



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Tribunal Superior Distrito Judicial de Yopal
Sala Única de Decisión

Yopal, cuatro (4) de septiembre de dos mil doce (2012)

Proceso penal

Contra: Pedro José Roa Alvarado

Delito: Homicidio en persona protegida, Desaparición Forzada, fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones y Concierto para delinquir.

Radicación: 85001-22-08-003- 2011-00092 (2012-0022) -01

M.P. Dra. Gloria Esperanza Malaver de Bonilla

(Discutido y aprobada mediante acta No. 125 de veintinueve (29) de agosto de dos mil once de (2012).

1. ASUNTO

Resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado Pedro José Roa Alvarado respecto al fallo condenatorio anticipado que el 29 de junio del presente año dictó el Juzgado Penal del Circuito especializado de Yopal – en Descongestión- en la Causa de la referencia.

2. HECHOS.

Fueron narrados en la sentencia de primera instancia así:

“El veintiséis (26) de julio en horas de la tarde los jóvenes EINAR HENRY MELO GUTIERREZ, JOSE ERNEL GARZON SÁNCHEZ Y JHON FABIO DAZA DOMINGUEZ salieron de su lugar de trabajo en una ladrillera cercana al municipio de Aguazul, hasta la oficina del propietario para recibir el pago por su trabajo, luego de un tiempo se les informo que no les pagaría ese día, por lo que EINAR HENRY MELO quien tenía fijada su residencia en el mismo lugar de trabajo les manifiesta a sus padres que se quedara un rato en el pueblo y posteriormente irá a su casa en bicicleta; los tres departen inicialmente en un billar y terminan yendo al Bar BABILONIA para compartir algunas bebidas junto a la novia de EINAR HENRY y una amiga de ésta; entrada la madrugada, a eso de las dos de la mañana los jóvenes se despiden de las mujeres con las que departían y deciden dirigirse a sus residencias.

Al día siguiente ninguno de los tres se presenta al lugar de trabajo, en horas de la tarde los padres de EINAR HENRY MELO GUTIÉRREZ, preocupados por el comportamiento impropio de su hijo inician su búsqueda, corroborando que efectivamente los tres fueron vistos por última vez a las dos de la mañana cuando abandonaron el bar BABILONIA; ante el extraño evento, el jefe

inmediato de los jóvenes igualmente requiere a los padres para que inicien la búsqueda, por ello el señor JAIME HENRY MELO RONDÓN el 28 de julio de 2007 presenta denuncia ante al SIJIN de Aguazul Casanare, además de diligenciar el correspondiente formato para búsqueda de personas desaparecidas. Por información conocida por el propietario de la Ladrillera en la que trabajan los desaparecidos, los familiares se enteran que se reportan tres muertes en combate por parte del Ejército Nacional, situación que los lleva a Monterrey Casanare donde el treinta (30) de julio de 2007 hacen reconocimiento de los cuerpos en álbum fotográfico ante la Unidad de Policía Judicial C.T.I. que había realizado la inspección a los cadáveres”.

3. LA ACTUACIÓN PROCESAL.

1. Con base en la denuncia presentada por el señor Jaime Henry Melo Rondón, por la desaparición de su hijo Einar Henry Melo, la Fiscalía 32 URI, abrió investigación por el presunto delito de desaparición forzada, en contra de responsables.¹

2. Por su parte el Juzgado 13 de Instrucción Militar, en auto de fecha 01 de agosto de 2007², abrió investigación en contra de responsables, por el delito de homicidio. Para luego vincular mediante indagatoria a PEDRO ALEX IVÁN ARIAS ÁLVAREZ y los soldados Profesionales, PEDRO JOSÉ ROA ALVARADO, UBER JOSÉ SIGUA GUTIÉRREZ, ROGELIO ALONSO PUCHIGAY NARANJO, LUIS ALBERTO MONTENEGRO MORA, JOSÉ ONELIO GUTIÉRREZ HOLGUÍN Y JULIO ROBERTO CASTRO.³

3. En auto del 26 de noviembre de 2007, la fiscalía 62 Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de Villavicencio, previo envió de las diligencias, avoco conocimiento ordenado algunas pruebas.⁴

4. Como quiera que simultáneamente con ésta investigación, el Juzgado 13 de Instrucción Militar adelantaba investigación con base en los mismos hechos⁵, la Fiscalía 8 delegada ante el Circuito, mediante oficio N° 158 de julio 1 de 2008, al considerar que dicho caso debería a ser asumido por la Unidad Nacional de Derechos Humano y DIH, dispuso que se remitieran las diligencias allí adelantadas, para que formaran parte de la investigación que se venía adelantando en la Fiscalía.⁶

5. Mediante Resolución N° 0-5773 de 24 de setiembre de 2008, el Fiscal General de la Nación, vario la asignación radicada bajo el número 108904, asignándosela al Fiscal Delegado ante los jueces Penales del Circuito Especializados, adscrito a la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.⁷ Correspondió su conocimiento a la fiscalía 60 Especializada de la UNDH y DIH.⁸

¹ folio 10 C-1

² folios 93-94 C-1

³ folios 303-305 del C-1 y folios 224/232, 233/238, 239/244,252/254,268/273 y 274/285 C-3

⁴ folios 41-44 C-1

⁵ folios 93-94 C-1

⁶ folios 5-9 C-2

⁷ folios 76-77 C-2

⁸ folios 83-84

6. Allegadas las diligencias que adelantaba la fiscalía 62 de la UNDH y DIH en auto del 3 de abril de 2009 avoco conocimiento, ordenando el envío de las diligencias a la fiscalía 20 de Instrucción Penal Militar, planteando desde ya el posible conflicto positivo de competencias.⁹ Dando cumplimiento a lo anterior se envió el oficio N° 001 F-60 dirigido al Juez 13 de Instrucción Penal Militar¹⁰. Mediante auto de fecha 30 de junio de 2009, la fiscalía 60 Especializada de la UNDH y DIH, una vez le fueron remitidas las diligencias asumió conocimiento y ordenó la práctica de pruebas, entre otras la ampliación e indagatoria del CS. Pedro Alex Iván Arias Álvarez y los soldados Profesionales, Pedro José Roa Alvarado, Uber José Sigua Gutiérrez, Rogelio Alonso Puchigay Naranjo, Luis Alberto Montenegro Mora, José Onelio Gutiérrez Holguín y julio Roberto Castro. Vinculando al Comandante de pelotón Johan Leonardo Rivera Muñoz y al Sargento Wilson Salvador Burgos Jiménez.¹¹

7. Mediante auto de fecha 10 de febrero de 2010, la fiscalía 60 Especializada de la UNDH y DIH¹² resolvió **situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de libertad**, en contra JOHAN LEONARDO RIVERA MUÑOZ, ALEX IVÁN ARIAS ÁLVAREZ, PEDRO JOSÉ ROA ALVARADO, UBER JOSÉ SIGUA GUTIÉRREZ, ROGELIO ALONSO PUCHIGAY NARANJO, LUIS ALBERTO MONTENEGRO MORA, JOSÉ ONELIO GUTIÉRREZ HOLGUÍN y JULIO ROBERTO CASTRO, como presuntos coautores del delitos de HOMICIDIO previsto en el artículo 103 del Código Penal, en concurso homogéneo AGRAVADO por las circunstancias previstas en los numerales 4 y 7 del artículo 104 ibídem, en concurso con el delito de DESAPARICION FORZADA agravado por las circunstancias descritas en el Artículo 166 numerales 1,8,9 y PORTE ILEGAL DE ARMAS de uso privativo de las FF.MM y de defensa personal, conforme a los artículos 365 y 366 de la misma codificación. Se abstuvo de pronunciarse respecto de los delitos de Concierto para delinquir y Fraude procesal. Ordenó su captura.

8. Contra la anterior decisión, el defensor del procesado JOHAN LEONARDO RIVERA MUÑOZ interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación.¹³ Resuelto negativamente el primero, se concedió el segundo para ante la Fiscalía delegada ante el Tribunal Superior de Villavicencio,¹⁴ despacho que en auto del 29 de julio de 2011, se abstuvo de pronunciarse sobre el recurso por falta de sustentación.¹⁵

9. En auto del 9 de agosto de 2010, la Fiscalía 60 Especializada de la UNDH y DIH. ADICIONÓ la resolución por medio de la cual se resolvió situación jurídica, en el sentido de imponerle medida de aseguramiento por el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR en concurso con el punible de FRAUDE PROCESAL¹⁶ Contra la anterior el procesado JOHAN LEONARDO RIVERA MUÑOZ interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación, empero al no ser sustentado se declaró desierto. (Folio 140 C-6).

⁹ folio 87 C-2

¹⁰ folios 88-97 C-2

¹¹ folios 283-285 C-2

¹² folios 187-207 C-4

¹³ folios 3-10 C-5

¹⁴ folios 55-62 C-5

¹⁵ folios 52-61 C- de segunda instancia

¹⁶ folios 107-112 C-6

10. En auto de fecha 14 de febrero de 2011 se dispuso el CIERRE PARCIAL de la investigación.¹⁷

11. Una vez capturado el procesado PEDRO JOSÉ ROA ALVARADO¹⁸ fue escuchado en ampliación de indagatoria el 24 de febrero de 2011.¹⁹

12. En auto de fecha 25 de marzo de 2011, la Fiscalía 60 Especializada de la UNDH y DIH, calificó parcialmente el sumario. Negando la nulidad planteada por el Ministerio Público, y profiriendo resolución de acusación en contra de JOHAN LEONARDO RIVERA MUÑOZ, ALEX IVÁN ARIAS ÁLVAREZ, UBER JOSÉ SIGUA GUTIÉRREZ, ROGELIO ALONSO FUCHIGAY NARANJO, LUIS ALBERTO MONTENEGRO MORA, JOSÉ ONELIO GUTIÉRREZ HOLGUÍN Y JULIO ROBERTO CASTRO, como presuntos coautores del delitos de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, en concurso homogéneo con el delito de "DESAPARICION FORZADA Y PORTE ILEGAL DE ARMAS y FRAUDE PROCESAL" y por el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR.²⁰

13. Mediante auto del 6 de mayo de 2011 se declaró la nulidad parcial de lo actuado a partir de la constancia de ejecutoria del auto que decreto el CIERRE PARCIAL DE LA INVESTIGACION, calendado el 14 de febrero de 2011 dejando a salvo los elementos probatorios que reposen en el expediente luego de decretado el cierre instructivo. En la misma providencia le otorgo la libertad a Alex Iván Arias Álvarez, Uber José Sigua Gutiérrez, Rogelio Alonso Puchigay Naranjo, Luis Alberto Montenegro Mora, José Onelio Gutiérrez Holguín y Julio Roberto Castro.

14. Posteriormente el procesado PEDRO JOSÉ ROA ALVARADO fue escuchado nuevamente en ampliación de indagatoria en dos oportunidades, y en la segunda de éstas manifiesta su deseo de acogerse a sentencia anticipada.²¹

15. Con fecha 27 de octubre de 2011, antes de que se profiriera resolución de cierre de la investigación, respecto de éste procesado, se dio curso a la diligencia especial de sentencia anticipada, conforme con el artículo 40 del Código de Procedimiento Penal. Con asistencia de su defensor el encartado PEDRO JOSÉ ROA ALVARADO, el señor Fiscal Especializado, le explicó el significado, contenido y alcance jurídico de la diligencia, de igual forma lo ilustró respecto de que la impugnación de la sentencia condenatoria solamente se podía hacer en lo referente a la dosificación de la pena, los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y sobre la extinción de dominio de los bienes, así como los beneficios de disminución punitiva en caso de aceptar los cargos; en la misma la Fiscalía tras hacer una relación de las pruebas hasta entonces recaudadas y de la situación fáctica establecida a través de las mismas, le formuló cargos por los delitos de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA en concurso homogéneo sucesivo, a su vez en concurso con el delito de DESAPARICION FORZADA AGRAVADA por los numerales 1,8 y 9 del artículo 166 del C.P., PORTE ILEGAL DE ARMAS de uso privativo de las FF.MM y de defensa personal, conforme a los artículos 365 y 366 de la misma codificación y CONCIERTO PARA DELINQUIR los cuales fueron aceptados. En uso de la palabra el señor defensor solicito que al momento de dosificarle la

¹⁷ folio 164 C-6

¹⁸ folio 44 C-6

¹⁹ folios 236- 240 C-6

²⁰ folios 136-171 C-7

²¹ folios 139/142-220/223

pena se le otorgara el 50% de descuento aplicando por favorabilidad el artículo 351 de la Ley 906 de 2004. Finalmente se ordeno enviar el expediente para el Juez Penal del Circuito Especializado de Yopal con el objeto de dictar la sentencia anticipada.

4. LA SENTENCIA ANTICIPADA.

El 29 de junio del 2012 se dicto la sentencia, donde el juez a quo con base en las pruebas recaudadas establece que existe absoluta certeza sobre la participación y responsabilidad del acusado PEDRO JOSÉ ROA ALVARADO en los delitos de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA en concurso con el delito de DESAPARICION FORZADA, PORTE DE ARMAS DE FUEGO DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS; PORTE DE ARMAS DE FUEGO, PARTES O MUNICIONES y CONCIERTO PARA DELINQUIR, por lo que emprende la tarea de dosificar la pena a imponer y, en cumplimiento de la misma a través de un cuadro ilustra cada una de las conductas punibles con sus respectivos cuartos así:

DELITO	LIMITES PUNITIVOS	CUARTOS PUNITIVOS
HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA. Ley 599 de 2000. Artículo 135. Disminuida de una 1/6 parte a la mitad artículo 30, artículo 60 numeral 5.	PRISION 30 a 40 años Disminuidos 180 a 400 meses MULTA 1000 a 4166	180 a 235 meses 235 a 290 meses 290 a 345 meses 345 a 400 meses 1000 a 1791,5 SMLMV 1791,5 a 2583 SMLMV 2583 a 3374,5 SMLMV 3374.5 a 4166 SMLMV
DESAPARICION FORZADA. Ley 599 de 2000. Artículo 165, AGRAVADA por el artículo 166 numerales 1º, 8º Y 9º. Disminuida de una 1/6 parte a la mitad artículo 30, artículo 60 numeral 5.	PRISION 30 a 40 años Disminuidos 180 a 400 meses MULTA 1000 a 4166	180 a 235 meses 235 a 290 meses 290 a 345 meses 345 a 400 meses 1000 a 1791.5 SMLMV 1791,5 a 2583 SMLMV 2583 a 3374,5 SMLMV 3374.5 a 4166 SMLMV
CONCIERTO PARA DELINQUIR. Ley 599 de 2000. Artículo 340 inciso segundo. Disminuida de 8 a 18 años una 1/6 parte a la mitad artículo 30, artículo 60 96 meses a 216 meses numeral 5º.	PRISION 8 a 18 años 96 meses a 216 meses MULTA 1350 a 25 000 SMLMV	96 a 126 meses 126 a 156 meses 156 a 186 meses 186 a 216 meses 1350 a 7262,5 SMLMV 7262,5 a 13175 SMLMV 13175 a 19087.5 SMLMV 19087.5 a 25.000 SMLMV
PORTE DE ARMAS DE USO PRIVATIVO LAS FUERZAS ARMADAS. Ley 599 de 2000. Disminuida de una 1/6 parte a la mitad artículo 30, artículo 60 numeral 5º.	PRISION 18 a 100 meses	18 a 38,5 meses 38,5 a 59 meses 59 a 79,5 meses 79,5 a 100 meses

PORTE DE ARMAS DE FUEGO, PARTES O MUNICIONES. Ley 599 de 2000. Artículo 365. Disminuida de una 1/3 parte a la mitad artículo 30, artículo 60 numeral 5.	PRISION 6 a 40 meses	6 a 14,5 meses 14,5 a 23 meses 23 a 31,5 meses 31,5 a 40 meses
---	-------------------------	---

Luego precisa que por tratarse de un concurso de conductas punibles se aplicará lo regulado en el artículo 31 del C.P., en cuanto los procesados serán sometidos a la que establezca la pena más grave según su naturaleza aumentada hasta en otro tanto, sin que esta fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas, advirtiendo que no solo se está sujeto a observar la regla general, sino que no pueda llegar a superar los cuarenta (40) años establecidos en su momento por el inciso segundo del artículo 31 del C.P.

Continua señalando *"Así las cosas, debe precisarse que los cargos no incluyeron causales de mayor ni menor punibilidad de las relacionadas por los artículos 55 y 58 del C.P., hecho que nos ubica en el primer cuarto siguiendo el inciso 2° del artículo 61 ibídem, es decir en 180 meses de prisión, y 1000 a 1791,5 de multa y 90 a 122,5 meses de inhabilidad por el HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA; iguales montos por la DESAPARICIÓN FORZADA AGRAVADA; prisión de 96 a 126 y multa de 1350 a 7662,5 SMLMV por el CONCIERTO PARA DELINQUIR; 18 a 38,5 meses de prisión por el PORTE DE ARMAS DE FUEGO DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS; y, 6 a 14, meses de prisión por el PORTE DE ARMAS DE FUEGO, PARTES O MUNICIONES.*

Establecidos los límites del primer cuarto punitivo, y advirtiendo la gravedad de los hechos admitidos por el procesado que riñen abiertamente con los fines que la ley y la Constitución le imponen a todo servidor público, el daño real concreto desvirtuó la misión y visión que una institución del estado como el Ejército Nacional tiene fijados, en este caso hizo uso no sólo de las armas legítimamente otorgadas, sino de todo los medios a su alcance para vulnerar sin el menor reparo la vida de tres civiles protegidos por las normas del DIH, presentándolos como presuntos delincuentes, situación que deja incólume la necesidad de una pena con la principal función de retribución y como respuesta a los graves hechos reprochables desde todo punto de vista, que contra todo pronóstico por provenir de agentes del Estado, que no resulta ser que una muestra de total desprecio por la vida y el Estado de derecho sin mayor reparo. Por ello se entrara a fijar una pena por el HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA de 190 meses de prisión, 1010 SMLMV de multa y 100 meses de inhabilidad derechos y funciones públicas; por la DESAPARICIÓN FORZADA iguales proporciones a las fijadas para el homicidio anterior; por el CONCIERTO PARA DELINQUIR 106 meses y 1360 SMLMV de multa; por el PORTE DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES 28 meses de prisión; y finalmente 10 meses de prisión por el PORTE DE ARMAS DE FUEGO.

Como quiera que la pena más grave, según su naturaleza es la prevista para la HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA o en su defecto el previsto para la DESAPARICIÓN FORZADA AGRAVADA tratándose de las tres penas principales: prisión, multa e inhabilidad, penas estas que en virtud del concurso Homogéneo sucesivo de delitos será aumentada en otro tanto, así:

PORTE DE ARMAS DE FUEGO, PARTES O MUNICIONES. Ley 599 de 2000. Artículo 365. Disminuida de una 1/3 parte a la mitad artículo 30, artículo 60 numeral 5.	PRISION 6 a 40 meses	6 a 14,5 meses 14,5 a 23 meses 23 a 31,5 meses 31,5 a 40 meses

Luego precisa que por tratarse de un concurso de conductas punibles se aplicará lo regulado en el artículo 31 del C.P., en cuanto los procesados serán sometidos a la que establezca la pena más grave según su naturaleza aumentada hasta en otro tanto, sin que esta fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas, advirtiendo que no solo se está sujeto a observar la regla general, sino que no puede llegar a superar los cuarenta (40) años establecidos en su momento por el inciso segundo del artículo 31 del C.P.

Continua señalando *"Así las cosas, debe precisarse que los cargos no incluyeron causales de mayor ni menor punibilidad de las relacionadas por los artículos 55 y 58 del C.P., hecho que nos ubica en el primer cuarto siguiendo el inciso 2° del artículo 61 ibídem, es decir en 180 meses de prisión, y 1000 a 1791,5 de multa y 90 a 122,5 meses de inhabilidad por el HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA; iguales montos por la DESAPARICIÓN FORZADA AGRAVADA; prisión de 96 a 126 y multa de 1350 a 7662,5 SMLMV por el CONCIERTO PARA DELINQUIR; 18 a 38,5 meses de prisión por el PORTE DE ARMAS DE FUEGO DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS; y, 6 a 14, meses de prisión por el PORTE DE ARMAS DE FUEGO, PARTES O MUNICIONES.*

Establecidos los límites del primer cuarto punitivo, y advirtiendo la gravedad de los hechos admitidos por el procesado que riñen abiertamente con los fines que la ley y la Constitución le imponen a todo servidor público, el daño real concreto desvirtuó la misión y visión que una institución del estado como el Ejército Nacional tiene fijados, en este caso hizo uso no sólo de las armas legítimamente otorgadas, sino de todo los medios a su alcance para vulnerar sin el menor reparo la vida de tres civiles protegidos por las normas del DIH, presentándolos como presuntos delincuentes, situación que deja incólume la necesidad de una pena con la principal función de retribución y como respuesta a los graves hechos reprochables desde todo punto de vista, que contra todo pronóstico por provenir de agentes del Estado, que no resulta ser que una muestra de total desprecio por la vida y el Estado de derecho sin mayor reparo. Por ello se entrara a fijar una pena por el HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA de 190 meses de prisión, 1010 SMLMV de multa y 100 meses de inhabilidad derechos y funciones públicas; por la DESAPARICIÓN FORZADA iguales proporciones a las fijadas para el homicidio anterior; por el CONCIERTO PARA DELINQUIR 106 meses y 1360 SMLMV de multa; por el PORTE DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES 28 meses de prisión; y finalmente 10 meses de prisión por el PORTE DE ARMAS DE FUEGO.

Como quiera que la pena más grave, según su naturaleza es la prevista para la HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA o en su defecto el previsto para la DESAPARICIÓN FORZADA AGRAVADA tratándose de las tres penas principales: prisión, multa e inhabilidad, penas estas que en virtud del concurso Homogéneo sucesivo de delitos será aumentada en otro tanto, así:

Delito	Pena		
	Prisión	Multa	Inhabilidad
Homicidio en Persona Proteoída por el DIH	190	1010	100
Desaparición Forzada Agravada	180	1000	90
Concierto para Delinquir	96	1350	
Porte de armas de Fuego de Uso Privativo de las FA	18		
Porte de Armas de Fuego, Partes o Municiones	6		
PENA FINAL	490 meses	3360 SMLMV	190 meses

Así, la pena individual en concurso a imponer sería de CUATROCIENTOS NOVENTA (490) meses de prisión, TRES MIL TRESCIENTOS SESENTA (3360) SMLMV de multa y CIENTO NOVENTA (190) meses de inhabilidad, en virtud del concurso homogéneo sucesivo de delitos y en procura de hacer razonable y proporcional la punibilidad, sin dejar de sancionar los delitos que concursan, asignado a cada uno de ellos el mínimo de la pena a imponer al haberse acreditado la comisión de cada uno en particular, conociéndose además que se trata de tres víctimas.

Pasa luego a aplicar la rebaja del artículo 351-1 Ley 906/2004 por ser más favorable que el taxativo descuento del art. 40 CPP. Así mismo cree conveniente hacerle el descuento del 40% teniendo en cuenta *"la gravedad de los delitos cometidos, la afectación a los bienes jurídicos protegidos, lo razonable y proporcional a la agresión causada"*. **Para imponer en definitiva una pena de DOSCIENTOS NOVENTA Y CUATRO (294) meses de prisión, multa de DOS MIL DIECISEIS (2016) salarios mínimos legales vigentes, Y CIENTO CATROCE (114) meses de inhabilidad de derechos y funciones públicas.**

5. LA IMPUGNACIÓN.

En tiempo oportuno el defensor del procesado PEDRO JOSÉ ROA ALVARADO interpuso y sustentó recurso de apelación, para que se modifique la sentencia en lo relativo a la dosificación de la pena, *"disminuyéndola a noventa (90) meses de prisión a cambio de los 294 impuestos"*. Exponiendo en síntesis lo siguiente:

Considera que en el acta de la diligencia de aceptación la fiscalía cometió un error al momento de calificar la conducta, pues, la única conducta por la que debe responder su próhijado es la *"COMPLICIDAD como interviniente sin que en él se presenten las calidades exigidas por el tipo penal según las circunstancias de tiempo modo y lugar de la ocurrencia de los lamentables hechos y su actuar reprochado por su actitud omisiva y no material activa"*

El homicidio de los señores EINAR HENRY MELO GUTIÉRREZ, JOSÉ ERNEL GARZÓN SÁNCHEZ Y JOHN FABIO DAZA fue perpetrado por un comando militar adscrito al Batallón de infantería N° 44 Ramón Nonato Pérez de Tauramena, al cual pertenecía su defendido como soldado profesional. Agrega *"la sindicación que le hizo la fiscalía en la ampliación de su indagatoria fue única y exclusivamente por HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA y en el momento de la aceptación de los cargos la sindicación se hizo por varias conductas y le toca aceptarla así porque según la Fiscalía no se podía modificar, sino que tenía que ser total o sea se aceptaba o no se aceptaba"*.

En cuanto al delito de Desaparición forzada, pese a estar incluida en el acta de aceptación de cargos, esta conducta no fue realizada por PEDRO JOSE ROA

ALVARADO como quiera que él no se desplazó al municipio de Aguazul donde fueron recogidos los tres jóvenes asesinados, sino que fue recogido por una camioneta NPR en la estación de servicio de la salida de Tauramena y tampoco participó en el traslado y asesinato de las personas víctimas del homicidio, su presencia en el lugar de los hechos se debió a ordenes de un superior, ignorando por completo lo que se iba a realizar allí.

De igual forma es ajeno al delito de concierto para delinquir, pues, jamás acordó con el teniente Cómbita ni con los demás superiores, únicamente acato ordenes de salir a la estación de Gasolina del pueblo donde fue recogido, sin saber con la situación que se iba a encontrar. Aún más, es bien sabido que en los oficiales como el teniente Cómbita jamás concertan con sus soldados, por el contrario emiten órdenes y los soldados están llamados a cumplirlas.

Por último en cuanto, en lo relacionado con los punibles de porte de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas armadas y porte de armas de fuego, partes o municiones, tampoco debe ser incluida como quiera que se trata de *"un concurso de delitos aparente, que debe resolverse a través de los criterios de la especialidad, de la subsidiariedad y de la consunción"*. Además, el primero de los tipos penales, no podría endilgársele a su defendido porque *"en su condición de MILITAR ACTIVO lo normal era que portara armas oficiales del ejército, pero sin embargo como él lo manifestó en la ampliación de su injurada no vio a los asesinados sino una vez fue llevado a cabo el levantamiento por la Fiscalía, y no portaba arma alguna ya que su actividad era de estafeta de la sección segunda S2 del BIRNO 44"*.

Respecto del proceso de dosificación punitiva, señala que el A quo partió del primer cuarto de dosificación, cuando debió imponer la sanción partiendo del mínimo del primer cuarto en razón a la ausencia de antecedentes penales, cumpliendo además con todos los requisitos. De otra parte, conforme a las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la ocurrencia de la conducta, es claro que PEDRO JOSÉ ROA ALVARADO cumplió una orden del superior al salir a la estación de servicio donde sería recogido por una camioneta.

Finalmente, pide que se le aminore la pena en el 50% porque su defendido se acogió en la etapa de la investigación, así mismo se le conceda la rebaja de la cuarta (1/4) parte en su calidad de cómplice como lo señala el artículo 30 del C.P.

6. LA INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURENTES.

La Fiscal 60 de la UDIH Y DIH. De manera oportuna recorrió el traslado señalado que:

Está en desacuerdo con los argumentos que hace el defensor del procesado en cuanto a la calificación jurídica y responsabilidad endilgada al acusado, advirtiendo cómo en la diligencia de aceptación fue asistido por el profesional del derecho que hoy impugna la sentencia.

Sin embargo, coadyuva el recurso en cuanto a la revisión de la pena impuesta al procesado, donde se debe tener en cuenta la situación en la que se presentaron los hechos, *"en donde los soldados, como en este caso el señor PEDRO JOSE ROA, ante una actuación de sus superiores, con su colaboración prestada, es predicable que la pena más allá, de lo plasmado en la norma, atendiendo los principio de la función de la pena, se considere también este"*

acto de confesión y contribución con la justicia". Por lo anterior se debe tener en cuenta "un descuento en la pena principal y no el quantum mínimo, esto es la 1/6 parte, en su calidad de COMPLICE, sino hasta la mitad, toda vez que este no ejecuto directamente la conducta, aunado a que la misma norma lo admite en el artículo 30 inciso segundo, en lo referido a su contribución.

De igual manera, y con fundamento en el principio de Favorabilidad, atendiendo lo dispuesto en la ley 906 de 2004, Art. 351, si bien es cierto, el señor ROA quebranto el mandato legal, este obedeció a una orden emanada de su superior, en donde su disciplina está estructurada en el cumplimiento de estas sin lugar a ser cuestionadas, a sabiendas que están incurriendo en una conducta ilegal. Por ello es predicable también su señoría, reconsiderar el quantum a ser merecedor, y reconocer hasta la mitad, por ser la misma norma que lo permite, y por supuesto lo decantado en la jurisprudencia".

7.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.1.- COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto, por versar sobre una decisión adoptada por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Yopal-en descongestión-, conforme al numeral 1º del Artículo 76 de la ley 600 de 2000.

A su turno el art. 204 del C. de P.P. señala que cuando se trate de sentencia condenatoria opera el principio de la no reforma peyorativa, salvo que el fiscal o el agente del ministerio público o la parte civil, teniendo interés para ello la hubieren recurrido, principio operante en este caso.

7.2.- PROBLEMA JURIDICO Y SOLUCIÓN.

Debe la Sala, en primer lugar resolver si es procedente que luego de acogerse a sentencia anticipada y aceptar los cargos imputados por la Fiscalía, el procesado pretenda desconocer la responsabilidad en uno o varios de esos ilícitos; y si en todo caso el juez como garante de los derechos del procesado y la legalidad del proceso, al dictar la sentencia anticipada debe velar porque en la aceptación de los cargos no se vulneren garantías fundamentales.

Seguidamente debe determinar la legalidad del proceso de dosificación punitiva, así como la procedencia de un mayor descuento por la aceptación de los cargos, aplicando por favorabilidad el artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

7.3.- LA IMPROCEDENCIA DE RETRACTACION LUEGO MANIFESTADA LA VOLUNTAD DE ACOGERSE A SENTENCIA ANTICIPADA.

Aspira el recurrente que, se modifique la sentencia para que se le rebaje la pena "disminuyéndola a noventa (90) meses de prisión a cambio de los 294 impuestos", incluyendo en su argumentación reproches dirigidos a cuestionar la tipicidad y responsabilidad en algunas de las conductas punibles aceptadas por su defendido, valga señalar, en presencia de quien hoy funge como su defensor.

Frente a dichos argumentos, debe recordarse que es el propio artículo 40-9 de la ley 600 de 2000, el que limita la competencia para apelar las sentencias anticipadas, al señalar que el Fiscal General de la Nación o su delegado, el ministerio público, el procesado y su defensor pueden recurrir del fallo anticipado cuando su desacuerdo sea con "(i) la dosificación de la pena...(ii) los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y...(iii) la extinción del dominio sobre bienes"; sin que les sea permitido someter casos distintos a la controversia judicial y si lo hacen, hay que desestimarlos porque entrañan una retractación inadmisibles. Es que cuando el procesado admite su responsabilidad respecto de los cargos que se le formulan por parte de la fiscalía, renuncia precisamente a discutir en el juicio esa condición, la de responsable, y por lo tanto es consciente que la decisión será de condena por las conductas penales donde se ha declarado culpable renunciando al juicio y aceptando voluntariamente responsabilidad; esa aceptación de cargos que surge al pedir sentencia anticipada es una manifestación de voluntad irrevocable.

Sobre el tema la Corte Suprema de Justicia, de tiempo atrás ha expresado²²:

*"La sentencia proferida dentro del trámite abreviado e impugnada en casación solamente admite cuestionamientos sobre los temas relacionados con los supuestos a que hace referencia el artículo 37 B del Código de Procedimiento Penal (hoy 40-10). En efecto, como lo ha reiterado la Sala, en la sentencia anticipada al admitir el procesado su responsabilidad respecto de los cargos que se le formulan, consciente el perjuicio que se le causa con la resolución desfavorable, siendo tal aceptación irrevocable. Por lo mismo, renuncia al interés para impugnar la sentencia con fundamento en la negación de esa responsabilidad, por lo cual no puede controvertir la prueba que le sirve de sustento".*²³

7.4.- RESPETO DE GARANTIAS FUNDAMENTALES AL PROFERIR SENTENCIA POR ACEPTACION DE CARGOS.

El legislador colombiano ha consagrado mecanismos de terminación anticipada del proceso penal, que surgen principalmente de la iniciativa y aceptación del procesado de los cargos que el Estado por conducto de la fiscalía le imputa, uno de los cuales es la sentencia anticipada, prevista en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000.

La sentencia anticipada permite al sindicado –o procesado, según la etapa del proceso– renunciar a parte del juicio de responsabilidad penal obteniendo a cambio rebaja de pena que no alcanzaría por el trámite ordinario, luego se trata de institución jurídica que se funda en la conveniencia que el procesado tome parte en la definición de su responsabilidad al aceptar los cargos y renunciar a la actuación procesal subsiguiente con el fin de que el juez proceda a dictar sentencia.

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de fecha 20 de marzo de 2003, Radicado N° 15426. M.P. Herman Galán Castellanos

²³ Ver, entre otras, casación 11362, marzo 8/96, M. P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda; casación 10578, octubre 15/96, M. P. Dr. Jorge A. Gómez Gallego.

Pese a que el procesado renuncia a la controversia fáctica y jurídica por la conducta o conductas punibles que se ha imputado en la formulación de los cargos o en la resolución de acusación, según la etapa en que se encuentre el proceso al momento de solicitar la sentencia anticipada, el juez al momento de finiquitar el proceso y proferir el fallo, que pone fin al debate, debe asegurarse de la existencia de plena prueba que demuestra su responsabilidad como autor o partícipe del ilícito. Corresponde al Juez ejercer el control de legalidad, con el fin de verificar si en la actuación procesal se han violado garantías fundamentales del procesado, y por eso el legislador consagró como presupuesto indispensable, que la aceptación de los hechos por parte del procesado, al igual que su responsabilidad en ellos, se encuentre plenamente sustentada en las pruebas obrantes en el proceso, ya que la culpabilidad no puede deducirse simple y llanamente del reconocimiento de ésta por parte del implicado en ese acto de confesión; porque como en todo proceso penal a quien se condena debe desvirtuársele la presunción de inocencia. Por eso el juez no puede fallar basado exclusivamente en el dicho o aceptación de los hechos por parte del procesado, sino en las pruebas que ineludiblemente lo lleven al convencimiento de que éste es culpable de todos y cada uno de los delitos donde acepto su responsabilidad.

Como quiera que el a quo no refirió ninguna consideración al respecto, y sobre parte de ese aspecto versa el recurso de apelación de la defensa, debe la Sala entrar a analizar si conforme al escrito de acusación presentado por la fiscalía, y esencialmente de las pruebas recaudadas en la actuación, es posible endilgar a PEDRO JOSE ROA ALVARADO cada una de las conductas punibles que le fueron imputadas.

1- DEL HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA

Sobre este delito no existe discusión, es mas la defensa acepta que el procesado fue cómplice de la ejecución de los tres civiles ajusticiados en una presunta operación militar, de manera que sobre éste punto no se detendrá la Sala.

2- LA DESAPARICION FORZADA

El artículo 165 de la ley 599 de 2000 indica que "el particular que someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión..."

Como se advierte son varias las conductas que deben estar acreditadas para poder endilgar una desaparición forzada, pues no basta con que a la víctima se le prive de su libertad, sino que es necesaria la presencia adicional de elementos objetivos, como que el agente se niegue a dar información o a reconocer el paradero del desaparecido, y al mismo tiempo se hace necesario que le sustraiga del amparo de la ley.

Pese a que el procesado renuncia a la controversia fáctica y jurídica por la conducta o conductas punibles que se ha imputado en la formulación de los cargos o en la resolución de acusación, según la etapa en que se encuentre el proceso al momento de solicitar la sentencia anticipada, el juez al momento de finiquitar el proceso y proferir el fallo, que pone fin al debate, debe asegurarse de la existencia de plena prueba que demuestra su responsabilidad como autor o participe del ilícito. Corresponde al Juez ejercer el control de legalidad, con el fin de verificar si en la actuación procesal se han violado garantías fundamentales del procesado, y por eso el legislador consagró como presupuesto indispensable, que la aceptación de los hechos por parte del procesado, al igual que su responsabilidad en ellos, se encuentre plenamente sustentada en las pruebas obrantes en el proceso, ya que la culpabilidad no puede deducirse simple y llanamente del reconocimiento de ésta por parte del implicado en ese acto de confesión; porque como en todo proceso penal a quien se condena debe desvirtuársele la presunción de inocencia. Por eso el juez no puede fallar basado exclusivamente en el dicho o aceptación de los hechos por parte del procesado, sino en las pruebas que ineludiblemente lo lleven al convencimiento de que éste es culpable de todos y cada uno de los delitos donde acepto su responsabilidad.

Como quiera que el a quo no refirió ninguna consideración al respecto, y sobre parte de ese aspecto versa el recurso de apelación de la defensa, debe la Sala entrar a analizar si conforme al escrito de acusación presentado por la fiscalía, y esencialmente de las pruebas recaudadas en la actuación, es posible endilgar a PEDRO JOSE ROA ALVARADO cada una de las conductas punibles que le fueron imputadas.

1- DEL HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA

Sobre este delito no existe discusión, es mas la defensa acepta que el procesado fue cómplice de la ejecución de los tres civiles ajusticiados en una presunta operación militar, de manera que sobre éste punto no se detendrá la Sala.

2- LA DESAPARICION FORZADA

El artículo 165 de la ley 599 de 2000 indica que "el particular que someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión..."

Como se advierte son varias las conductas que deben estar acreditadas para poder endilgar una desaparición forzada, pues no basta con que a la víctima se le prive de su libertad, sino que es necesaria la presencia adicional de elementos objetivos, como que el agente se niegue a dar información o a reconocer el paradero del desaparecido, y al mismo tiempo se hace necesario que la sustraiga del amparo de la ley.

Como la desaparición forzada es un delito de carácter permanente²⁴, que conlleva dos momentos definidos a saber: 1) el de la consumación, que puede ser instantáneo, esto es en el momento que se retiene o priva de la libertad a la víctima y se incumple el deber de informar sobre ese hecho, y tal privación continua manteniéndose en el tiempo por el autor, y 2) el agotamiento, que corresponde a la finalización o terminación, porque cesa en su ejecución y por tanto se esclarece el delito, como cuando la víctima recupera su libertad, o cuando aparece muerta.

Este tipo penal sanciona la finalidad del agente de desaparecer a una persona, logrando que no se sepa nada de su paradero, elemento que lo diferencia del secuestro, por eso no se informa sobre la situación de privación de libertad a ninguna persona y en esa medida a la víctima se le sustrae del amparo de ley, haciendo imposible que autoridad alguna verifique cómo y porqué se privo a esa persona de su libertad.

En el presente caso, se puede advertir que EINAR HENRY MELO GUTIERREZ, JOSE ERNEL GARZON SÁNCHEZ Y JHON FABIO DAZA DOMÍNGUEZ fueron privados de su libertad en el municipio de Aguazul la madrugada del 27 de julio de 2007 cuando se dirigían a sus residencias luego de haber estado en un establecimiento del sector de los chongos departiendo, al ser interceptados por hombres armados en una camioneta de color blanco con vidrios polarizados, para luego sobre las cinco y media de la madrugada ser ejecutados por personal del ejército Nacional perteneciente al Batallón "Ramón Nonato Pérez" de Tauramena, supuestamente dentro de la misión táctica **JONAS**, haciéndolos aparecer como delincuentes dados de baja en combate, porque al avistarlos e identificarse como autoridad, éstos dispararon contra la tropa; personal que informó a sus superiores sobre el resultado de la operación a eso de las 5:40 a.m. según el libro de novedades de la unidad militar, habiendo señalado que los delincuentes portaban una pistola, dos revólveres y tres granadas y no tenían ningún documento de identificación.

El acusado, según el material probatorio recaudado en el plenario no participó en el acto de privación de la libertad de las tres personas civiles en el municipio de Aguazul, ni en su desplazamiento hasta el sector del municipio de Monterrey donde finalmente fueron ejecutados; tampoco está acreditado que en éste propósito haya contribuido de manera eficaz a la realización de esa conducta o haya prestado una ayuda posterior porque haya concertado previamente con sus superiores militares; lo que se evidencia en el proceso es que PEDRO JOSE ROA ALVARADO el día de los hechos se desplazó desde Tauramena hasta Monterrey al sitio de los hechos en la vereda Los Mangos, en compañía del cabo ARIAS y otros soldados del batallón para acompañar la supuesta misión táctica, organizada y comandada por el teniente COMBITA y el teniente RIVERA, misión que dentro del plenario queda en evidencia que fue irreal, al punto que su documentación para justificar el hecho es posterior al acontecimiento y muerte de las víctimas; pero el hecho de haber participado en el falso operativo diseñado por los oficiales de la tropa donde ultimaron a los tres civiles para hacerlos aparecer como delincuentes muertos en combate, no lo convierte ni en autor ni en cómplice de la desaparición, que como ya se vio requiere de múltiples conductas para que se configuren los elementos de su tipicidad; nótese como no está probado que él haya sido quien desapareció a los civiles, los ocultó y no dio a conocer sobre la ubicación o su paradero, o quien contribuyó de manera eficaz para que ese suceso tuviera ocurrencia; del

²⁴ CSJ, Sala Penal, Auto del 21 de septiembre de 2009, expediente con Radicación 32022.

acusado solo se tiene certeza que se desplazó desde Tauramena hasta Monterrey con otros soldados al mando de cabo ARIAS y porque previamente así se había convenido con los comandantes de la supuesta misión tenientes COMBITA y RIVERA, entre otras cosas porque él como soldado profesional oriundo de Tauramena conocía perfectamente la zona a donde debía desplazarse para reunirse con los oficiales, lugar donde finalmente participo del operativo donde se dio muerte a esos tres jóvenes; conducta por la cual se le ha endilgado el Homicidio en persona Protegida.

El delito de desaparición forzada, entonces, según la prueba que aparece recaudada en el plenario no es posible imputársele pues no están acreditados sus elementos configurativos, de manera que la Sala para salvaguardar las garantías fundamentales del procesado, especialmente el debido proceso, excluirá de los cargos éste ilícito.

3.- DEL CONCIERTO PARA DELINQUIR

El artículo 340 de la ley 599 de 2000, señala que "cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos", y en el inciso segundo dispone que: "cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas...homicidio, terrorismo... la pena será de ocho (8) a dieciocho (18) años...". En este delito el legislador consideró de pactar, acordar o convenir la comisión de delitos indeterminados, es una conducta punible, que atenta contra la seguridad pública, sin que por tanto sea necesario exigir un resultado específico fruto de ese acuerdo para pregonar el desvalor de esa conducta, solo es que se acuerde cometer delitos, sin importar la naturaleza de los mismos, su modus operandi o la finalidad de esos delitos, pero ese acuerdo debe permanecer en el tiempo, pues de ser momentáneo u ocasional sería simplemente una participación en el delito que se ejecuta finalmente.

Se trata de un delito de mera conducta, donde se sanciona el simple acuerdo, esto es la decisión común de varias personas que se proponen cometer delitos indeterminados con la idea de crear entre ellos un estado delictivo, y por eso ese comportamiento constituye una amenaza para la seguridad pública; en este caso quienes acuerdan cometer delitos lo hacen de manera genérica, no organizan un plan para ejecutar uno o varios delitos en concreto, sino que puede haber tantos como sean necesarios para concretar el permanente fin del concierto.

En el presente caso, se endilga este delito al procesado porque se dice él participo previamente el 16 de agosto de 2006 en la Operación Misión Táctica ARMAGEDON como miembro del Batallón de Infantería No. 44, donde según investigaciones de la fiscalía se han cuestionado las acciones militares, porque se les ha señalado de haber participado de muertes en combate por fuera de la legitimidad con la que deben actuar los miembros de la fuerza pública.

Pero si se constata el material allegado al plenario sobre dichas investigaciones no es posible determinar con certeza que PEDROJOSE ROA ALVARADO se haya puesto de acuerdo o haya convenido con sus superiores jerárquicos diseñar y ejecutar misiones tácticas militares para causar la muerte de civiles haciéndolos aparecer como muertos dados de baja en combate. No existe evidencia sobre ese acuerdo, y tampoco de su permanencia, toda vez que en el acta de cargo se refiere a hechos que en lo que tiene que ver con el procesado

son de agosto de 2006, es decir casi un año antes de los hechos que ahora son materia de análisis, pero de éste acontecer no hay prueba en el expediente; además es poco probable que siendo un soldado profesional, sus superiores concertaran con él la posibilidad de cometer delitos, siendo un hecho evidente que en la vida militar son los altos oficiales los que diseñan y planean las estrategias en tanto que los soldados se encargan de ejecutarlas, de manera que era poco probable que todas las misiones tácticas que se fueran a ejecutar por las tropas del ejército se realizaran, primero con fines ilícitos, y segundo habiéndose puesto de acuerdo con los soldados que iban a participar en los mentados operativos.

La Sala encuentra entonces, que éste delito tampoco se encuentra configurado con el material probatorio que aparece en el plenario, y mucho menos que sobre éste delito se pueda predicar la complicidad del acusado; porque es que el concierto, es acuerdo o pacto para cometer delitos, de manera que en la hipótesis planteada por la fiscalía no cabría la participación como cómplice del acusado, porque sencillamente el acusado acordó o no acordó cometer delitos contra civiles para hacerlos aparecer como bajas dadas en combate.

4.- PORTE ILEGAL DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS.

Este tipo penal consagrado en el artículo 366 del CP, sanciona al que sin permiso de autoridad competente porte o tenga en un lugar armas o sus partes esenciales, accesorios esenciales, municiones de uso privado de las Fuerzas Armadas, entendiéndose por porte no solo hecho de llevar el arma consigo, sino de igualmente es portador todo aquel que conoce de esta circunstancia y participa en la empresa delictiva común.

El delito de fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas se encuentra inmerso dentro del capítulo de los delitos de peligro común o que puedan ocasionar grave perjuicio para la comunidad. El legislador sanciona la conducta, no por los efectos dañinos que se puedan alcanzar, sino simplemente por la potencialidad del daño, porque en sí mismas tienen la suficiente entidad para poner en peligro la vida, la integridad personal, el patrimonio o la pacífica convivencia de los ciudadanos.

Así, pues, un individuo por el solo hecho de ejecutar, sin permiso de autoridad competente, cualquiera de los verbos rectores previstos en el artículo 366 del Código Penal, esto es, *importar, traficar, fabricar, reparar, almacenar, conservar, adquirir, suministrar o portar* armas o municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, o explosivos, transgrede el ordenamiento sustantivo y se hace merecedor a una sanción penal. No se requiere otra causación de daño o agravio, pues cualquiera de esas conductas, por sí mismas, atenta contra el bien jurídico de la seguridad pública.

En el acta de cargos al procesado, frente a éste delito nada se dice con relación a PEDRO JOSE ROA ALVARADO, pudiera pensarse que la imputación obedece a que él participo o estuvo presente como soldado profesional del batallón, en el lugar donde ocurrió la ejecución extrajudicial de los tres jóvenes víctimas, y por lo tanto debía portar su fusil o arma de dotación oficial. Pero este hecho no configuraría por sí solo el delito de porte, porque debe recordarse que él era soldado profesional, pertenecía al Batallón No. 44

de Tauramena, y en esa condición tenía asignado un arma de uso privativo de la fuerza pública porque hacía parte de su dotación de armamento asignado, que la haya utilizado o no para ejecutar un delito como el de Homicidio en persona protegida, no lo hace autor del delito de porte, porque se reitera él la tenía porque esa era su arma de dotación, la que le habían asignado para el ejercicio de sus funciones como soldado.

La Fiscalía no puede pretender que la sola descripción de unos hechos en el Acta de Cargos para sentencia Anticipada, se cumplan las exigencias de acreditar tanto la existencia de la conducta como los elementos para inferir la responsabilidad del acusado, en todos y cada uno de los delitos por los cuales imputa responsabilidad. Por eso dicha acta, equivale a la resolución de Acusación, luego su rigor no puede ser diferente, en cuanto a los elementos necesarios para poder proferir una sentencia de condena.

Frente a éste delito debe señalar la Sala que aún cuando fue aceptado por el procesado, no existe prueba en el expediente que permita evidenciar los elementos que lo configuran.

5.- PORTE ILEGAL DE ARMAS DE DEFENSA PERSONAL

El artículo 365 del CP sanciona la conducta de aquella persona que sin permiso de autoridad competente porte o tenga en un lugar armas de fuego de defensa personal.

En el acta de cargos al procesado, frente a éste delito nada se dice con relación a PEDRO JOSE ROA ALVARADO; pero la acusación por porte de armas podría surgir teniendo en cuenta que él participo o estuvo presente como soldado profesional del batallón, en el lugar donde ocurrió la ejecución extrajudicial de los tres jóvenes víctimas, a quienes en el escenario presentado ante las autoridades judiciales les fueron colocadas armas como una pistola y dos revólveres; pero como la responsabilidad que se le ha imputado al procesado es como cómplice, y no coautor, deberían estar acreditados en el plenario indicios de los cuales inferir que el procesado contribuyó de manera efectiva para realizar el porte de las armas que a la postre les fueron colocadas realización a las víctimas para hacerlas aparecer como delincuentes que asaltaron a la tropa. Pero reitera la Sala de éstos hechos ni siquiera se hace mención en el acta de cargos para sentencia anticipada. De manera que sin mérito la fiscalía le imputo dicho delito y el procesado acepto su participación al pedir la sentencia, pero éste hecho donde la conducta punible no está acreditada no puede ser más que una transgresión de sus garantías, así como de la legalidad del proceso, actos que en todo caso el juez ha de controlar.

7.5.- GRADO DE PARTICIPACIÓN

En criterio del defensor, la condena debio ser bajo el título de cómplice, mas no de de autor, otorgando la respectiva rebaja en la pena a imponer; sobre el punto debe la Sala señalar que pese a que en la providencia que resolvió la situación jurídica se le imputaron los cargos como COAUTOR, en el acta de de formulacion de cargos se le mencionó que su responsabilidad en los punibles

era como participe en calidad de cómplice, condición que igual fue tomada por el juez de primer grado al momento de llevar a cabo la dosificación punitiva, haciendo la correspondiente rebaja de que trata el inciso segundo del artículo 30 del C.P., es decir que la pena se disminuye de una sexta parte a la mitad, y así fue aplicada tal como lo refleja el correspondiente cuadro de dosificación.²⁵

En este punto tampoco asiste razón a la Fiscalía al descorrer el traslado, pues el inciso segundo del artículo 30 del C.P., al señalar que el cómplice, incurre en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad, es decir, que la rebaja de esas proporciones se hace es al momento de determinar los extremos punitivos, y no al final del proceso de dosificación. Menos aun pretender que se le de la mitad, pues, para aplicar esta rebaja, como bien lo indico el a quo se hace teniendo en cuenta lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 60 del C.P., esto es que si la pena se disminuye en dos proporciones, la mayor se aplicará al mínimo y la menor al máximo de la infracción básica.²⁶

7.5.- DOSIFICACIÓN PUNITIVA.

No es cierto como lo afirma el defensor que el Juez deba imponer *"la sanción partiendo del mínimo del primer cuarto en razón a la ausencia de antecedentes penales, cumpliendo además con todos los requisitos"*. Pues, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 61 del C.P.,²⁷ una vez determinado

²⁵ Artículo 30. Partícipes. Son partícipes el determinador y el cómplice.

Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.

Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.

Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte.

²⁶ Artículo 60. Parámetros para la determinación de los mínimos y máximos aplicables. Para efectuar el proceso de individualización de la pena el sentenciador deberá fijar, en primer término, los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover. Para ello, y cuando hubiere circunstancias modificadoras de dichos límites, aplicará las siguientes reglas:

1. Si la pena se aumenta o disminuye en una proporción determinada, ésta se aplicará al mínimo y al máximo de la infracción básica.
2. Si la pena se aumenta hasta en una proporción, ésta se aplicará al máximo de la infracción básica.
3. Si la pena se disminuye hasta en una proporción, ésta se aplicará al mínimo de la infracción básica.
4. Si la pena se aumenta en dos proporciones, la menor se aplicará al mínimo y la mayor al máximo de la infracción básica.
5. Si la pena se disminuye en dos proporciones, la mayor se aplicará al mínimo y la menor al máximo de la infracción básica.

²⁷ Artículo 61. Fundamentos para la individualización de la pena. Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva.

Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la

el cuarto punitivo, para establecer la pena a imponer, el sentenciador entra a ponderar la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto. Entonces no es cierto que por el solo hecho que el acusado no tenga antecedentes el juez deba necesariamente partir del mínimo del primer cuarto e imponer la pena mínima, porque aún estando en ese cuarto tiene un margen de movilidad que le permite imponer hasta el límite de ese primer cuarto, atendiendo precisas circunstancias como la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, que solo en cada caso concreto el sentenciador puede apreciar.

Dada la exclusión de varias de las conductas imputadas y aceptadas, advierte la Sala, que el proceso de dosificación de la pena impuesta a PEDRO JOSE ROA ALVARADO, debe ser elaborado en ésta instancia, no sin antes señalar que el hecho por el juez a quo presentas serias irregularidades que contrarían el principio de legalidad de la pena, porque si bien la determinación de los cuartos y la pena impuesta en cada uno de los delitos se hizo conforme a los parámetros legales, sin embargo, a la hora de aplicar lo relativo al concurso de conductas punibles, incurrió en la prohibición del artículo 31 del CP, pues sencillamente sumó aritmeticamente las sumas determinadas en concreto para cada delito, eso refleja el cuadro donde precisamente los 490 meses de prisión.

El artículo 31 de nuestro Código Penal al referirse al concurso de conductas punibles señala: *"El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas"*.

Como al procesado se le imputa el concurso homogéneo sucesivo por el homicidio de los tres civiles a quienes se hizo aparecer como delincuentes muertos en combate, y la pena individualizada para un homicidio en persona protegida fue tasada por el a quo en 190 meses de prisión, ésta pena debe ser aumentada por el concurso de conductas punibles "hasta en otro tanto", sin que supere la suma aritmética de todas y cada una de las penas individualmente consideradas. Y en todo caso el incremento por el concurso no puede ser superior al límite de pena de prisión previsto por la ley, que para la época era de 40 años como lo señaló el a quo.

Para el caso concreto, atendiendo la gravedad de las conductas y sus efectos nocivos tanto en las víctimas como en la sociedad, la naturaleza de las causales de agravación, pues se trató de la desaparición y muerte de tres personas

preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena, en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda.

civiles a manos de personal del ejército Nacional con la única finalidad de ser presentados como personas dadas de baja en combate dentro de una misión táctica militar que nunca existió; por eso la intensidad del dolo es absoluta, ya que esa conducta fue preparada y no mereció ningún reparo para su ejecución; además se está sancionando un número considerable de delitos concursantes, pues se trató de la comisión de tres homicidios, de manera que la pena a imponer debe cumplir una función de retribución y también resocializadora.

Como al delito de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA le fue asignada la de 190 meses de prisión y multa 1010 SMLMV-, el aumento de ésta pena por el concurso de los otros dos homicidios, es de 190 meses de prisión, e igual proporción frente a la multa, esto es, **la pena de prisión será de 380 meses, y la multa de 2020 SMLMV.** El criterio para aumentar la pena "hasta en otro tanto", obedece a la pena mínima a imponer si se juzgara separadamente el delito en concurso, en este caso el otro homicidio, por lo tanto para sancionar con la pena que corresponde a los delitos en concurso, la sumatoria de las penas individualizadas ha de respetar el mínimo legal de cada una, desde luego respetando los límites que señala el artículo 31 del CP.

6.7.- DESCUENTO POR SENTENCIA ANTICIPADA.

Son muy diferentes los aspectos que tuvo en cuenta el a quo para definir en qué medida habría de rebajarse la pena, como puede verse en la transcripción de la parte pertinente del fallo, esas consideraciones son propias del proceso de individualización de la pena, según los parámetros del inciso tercero del artículo 61 del C.P., pero no pueden ser las condicionantes para ordenar la rebaja de pena como beneficio por haberse acogido el procesado a sentencia anticipada.

Sobre la dosificación de la rebaja punitiva por allanamiento a cargos en la ley 906 de 2004, aplicable por favorabilidad a casos regidos por la ley 600 de 2000 donde el acusado se acoge a sentencia anticipada, la Corte Suprema de Justicia²⁸, ha señalado que la disminución de la pena en esos casos debe ser determinada de manera proporcionada por el juez, con base en criterios no relativos a la realización del injusto, sino teniendo en cuenta las actividades hechas por la administración de justicia, la importancia del allanamiento para el resultado del proceso y las dificultades probatorias para las labores de imputación o llamamiento al juicio; por eso el artículo 351 y 355 de la ley 906 no establecieron una rebaja fija de la sanción para cuando el allanamiento se produce en la imputación o en la audiencia preparatoria, sino que frente a esas situaciones se dispuso una rebaja ponderada de "hasta la mitad de la pena" o "hasta la tercera parte", según corresponda a cada una de las etapas, pues es el juzgador quien debe determinar en ese margen qué tipo de quantum de rebaja concede analizando las circunstancias que guarden relación con la eficaz colaboración que permitan lograr los fines de la justicia, y dar aplicación a principios como la economía procesal o la celeridad, pues debe tener en cuenta la dificultad de acreditación probatoria y en esa medida lo que representa en aceptar la responsabilidad, o la colaboración para descubrir o

²⁸ Entre otros, Sentencia del 6 de junio de 2012. Radicado 38353 con ponencia del Dr. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.

identificar a otros partícipes u otros delitos, sin que en éste proceso sea posible invocar criterios de individualización de la pena del artículo 61 del CP, porque éstos ya se apreciaron y se tuvieron en cuenta para señalar la pena definitiva a la cual se aplicara la rebaja.

Entonces, al aplicar por favorabilidad, el art. 351-1 de la Ley 906/2004, lo que se debe entrar a sopesar, son las circunstancias que subyacen al instituto, ya que el tratamiento punitivo más benigno es directamente proporcional al mayor ahorro en recursos investigativos del Estado. Para el caso en concreto según lo ya destacado, fue en la ampliación de indagatoria en la que el procesado PEDRO JOSE ROA ALVARADO reconoció la autoría de las conductas punibles endilgadas, esto es en los albores del proceso evitando todo un desgaste en la investigación y además con la información suministrada dio claridad a lo sucedido, así como sobre la participación de los demás implicados, evitando así el desgaste del aparato jurisdiccional porque con su información no solo se juzga su responsabilidad, sino la de los demás efectivos del ejército que participaron en la ejecución de las conductas punibles investigadas, y por esta razón estima la Sala conveniente otorgarle el 50% de la rebaja de la pena.

Así tenemos entonces, que la pena ya tasada impuesta esto es los 380 meses de prisión, 2020 SMLMV de multa descontada en la mitad, arrojaría una pena definitiva de: **CIENTO NOVENTA (190) MESES DE PRISIÓN Y MULTA DE MIL DIEZ (1010) SMMLV. La pena de Inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas será por un tiempo igual al del de la pena de prisión.**²⁹

En conclusión, haciendo un control tanto de las garantías procesales del procesado al aceptar su responsabilidad en los cargos imputados, como de la legalidad de la pena a imponer, la Sala, por los argumentos aquí expresados modificara la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la SENTENCIA ANTICIPADA proferida el 29 de junio de 2012 por el Juzgado Penal del Circuito Especializado en Descongestión de Yopal, la cual quedará así:

PRIMERO: Declarar penalmente responsable a PEDRO JOSE ROA ALVARADO, identificado con la C.C. No. 74.856.806, expedida en Tauramena, de condiciones civiles y personales conocidas en el proceso, como cómplice en la modalidad dolosa por el delito de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA en concurso homogéneo sucesivo, del cual fueron víctimas EINAR HENRY MELO GUTIERREZ, JOSE ERNEL GARZON SANCHEZ y JOHN FABIO DAZA DOMINGUEZ.

²⁹ Artículo 52 inciso final del C.P.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, condenar anticipadamente a PEDRO JOSE ROA ALVARADO, identificado con la C.C. No. 74.856.806, expedida en Tauramena, a la pena principal de CIENTO NOVENTA (190) MESES DE PRISIÓN; MULTA DE MIL DIEZ (1010) SMMLV, y una Inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión.

SEGUNDO.- Las restantes decisiones de la sentencia objeto de apelación quedan incólumes.

TERCERO: Contra la presente decisión procede el recurso de casación.

CUARTO: Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

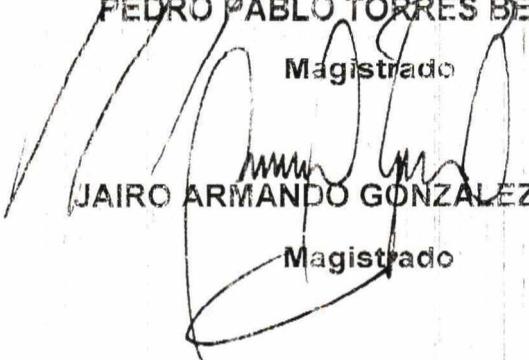
NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE.


GLORIA ESPERANZA MALAVER DE BONILLA

Magistrada


PEDRO PABLO TORRES BELTRAN

Magistrado


JAIRO ARMANDO GONZALEZ GÓMEZ

Magistrado