



21

**REFERENCIA**

**MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE**

**RADICACIÓN:** 20001203800120030293  
**ASUNTO:** Proceso segunda instancia  
**MOTIVO DECISIÓN:** Apelación sentencia condenatoria  
**PROCESADO:** Elkin Leonardo Burgos Suárez y Otros  
**DEUTO:** Homicidio Agravado y Secuestro Simple  
**PROCEDENCIA:** Juzgado Penal del Circuito Especializado  
**FUNCIONARIO:** Luisa Pinto Ochoa  
**APROBADO:** Acta N° 082  
**DECISIÓN:** Se Confirma con modificación  
**FECHA:** Mayo veinticuatro (24) de dos mil diez (2010)

Se pronuncia la **SALA PENAL** sobre el recurso de apelación propuesto por los abogados defensores de Elkin Burgos Suárez, Willintóng Vera, Juan Manuel Rodríguez, Alberto David Pertuz, Leuder Castillo, Luis Carlos Pacheco Bolaños, Luis Carlos Maestre Montero, Ever de Jesús Peralta González, Pedro Andrés Cubillos Bolívar, Elkin Rojas, y Leuder Castillo Sánchez, aclarando que este último apelante lo hizo en nombre propio y por intermedio de su defensor, contra la sentencia condenatoria de fecha veinte (20) de mayo de dos mil nueve (2009), proferida por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de esta ciudad.

**1. HECHOS**

Enseñan los autos, que el 3 de octubre de 2004, asistió el señor Víctor Hugo Maestre Rodríguez, indígena Kankuamo, a una fiesta que se celebraba en la casa de la señora Flor María Carrillo, ubicada en el municipio de Atánquez, con motivo de la celebración de su cumpleaños, Allí también se encontraban los

72

señores Rafael Enrique Maestre Fuentes y Eliecer Enrique Maestre Cáceres. Cuando se acabó tal celebración fue interceptado en su camino a su residencia el señor Rafael Maestre Fuentes, por unas personas armadas que lucían prendas militares y pasamontañas, portando uno de ellos un brazalete alusivo al ELN, le solicitaron sus documentos y posteriormente le taparon la boca, pero este señor huyó. De la misma manera, a Eliecer Enrique Maestre Cáceres, se encontraba en su residencia y allí llegó un grupo armado y le preguntaron por un sujeto con el nombre de Valenciano, al parecer jefe guerrillero de esa zona. Este grupo le solicitó que los sacara de la zona porque estaban perdidos, pero éste se negó a ellos y a las voces sus padres alertando a los vecinos, emprendieron la huida.

El hoy occiso, Víctor Hugo Maestre, llegó a la residencia de su madre, ingirió algunos alimentos y alrededor de las 12 y 30 se fue para la residencia de su hermana a dormir, pero nunca llegó. Posteriormente, el 4 de octubre de esa misma anualidad, siendo aproximadamente las 11 de la noche, se escucharon varios disparos en cercanía del cerro El Peligro y en la mañana siguiente la Juez 90 de Instrucción Penal Militar, conjuntamente con el CTI, practicó en las instalaciones del Batallón La Popa de esta ciudad, el levantamiento del cadáver de un N.N., el cual había sido reportado por la Batería Dinamarca II del dicho batallón, como persona abatida en combate en el sitio denominado Guingueca, precisamente ubicado en la región de El Peligro, municipio de Atánquez. Este N.N., fue identificado ulteriormente como Víctor Hugo Maestre Rodríguez.

23

## 2. ARGUMENTOS DE LA DECISIÓN CONDENATORIA

Mediante sentencia fechada el 20 de mayo de 2009, el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Valledupar, condenó como responsables de los delitos de Homicidio Agravado y Secuestro Simple, donde aparece como víctima Víctor Hugo Maestre Rodríguez, al Subteniente Eikin Leonardo Burgos Suarez, el Cabo Tercero Pedro Andrés Cubillos Bolívar, Cabo Tercero Eikin Rojas, Dragoneante Luis Carlos Maestre Montero, y ios soldados regulares Fernando Rodríguez González, Juan Manuel Mejía Rodríguez, Luis Carlos Pacheco Bolados, Herber Peralta González, Albert David Pertuz Peralta, Willintong Vera y Leuder Castillo Sánchez. Los civiles Aníbal José Torres Daza y Giovannys José Montero Montero, fueron condenados como cómplices del delito de secuestro.

Los argumentos de la Juez Penal del Circuito Especializada de esta ciudad para proferir la sentencia condenatoria fueron los siguientes:

Respecto del secuestro se cuenta con la denuncia de Sol Mercedes Maestre Rodríguez y sus posteriores testimonios, donde da cuenta de que a Víctor Maestre se lo había llevado un grupo armado, igualmente los testimonios de Rafael Enrique Maestre y Eliecer Enrique Maestre Cáceres, dan cuenta de los hechos, en especial Rafael indicando como el mismo grupo armado intentó secuestrarlo.

Afirma la sentencia que es prueba directa de la ocurrencia del secuestro, la declaración de Aníbal de José Torres, que dice que

24

llevaron a Víctor Hugo con pasamontaña hasta el cerro el peligro y la declaración de Giovanni José Montero, en su indagatoria, quien dice que el ejército "agarró" a Víctor Hugo Maestre.

Argumenta la sentencia, que el teniente Elkin Burgos tenía conocimiento de que en el corregimiento de Atánquez, residían algunas personas simpatizantes, colaboradores o miembros de la guerrilla y había adoptado medidas disciplinarias de "trabajo Social" y restricción de la libre movilidad de los mismos, por eso no es creíble, que no supiera quienes eran esas personas, como lo ha afirmado y que ese fue el móvil del secuestro y posterior homicidio de Víctor Hugo Maestre, indicando que así lo ha dicho Giovanni Montero y Aníbal Torres, informantes del ejército quienes acompañaron al grupo de militares y sostienen que lo agarraron y lo llevaron para "el peligro" y allí lo mataron, que Víctor Hugo iba vestido de policía y le pusieron un pasamontañas. De lo que se desprende que el teniente Burgos y los hombres a su mando, fueron quienes simularon un combate para dar muerte a Víctor Hugo, manifiesta que estos testimonios son creíbles a pesar de algunas contradicciones y que lo que llaman "combate" no es más que las acciones que acabaron con la vida de Víctor Hugo Maestre. Indica que el motivo de la retractación de estos testigos no se encuentra claro, pero que analizando no hay razones para desconocer las primeras versiones, estas versiones son complementadas por Edison Julio Montero Alvarado y por Emer Enrique Martínez, quienes vieron a un encapuchado cargando una basuka y vestido de policía, que fue como se encontró el cadáver de Víctor Hugo. Se advierte que el uniforme correspondía a una talla que no era de la víctima.

Se fundamenta la a quo, en los dichos de los informantes del ejército para aseverar que no existió combate, en los testimonios de Januer Torres Maestre, Emel E. Martínez Dalbelis Luz Alvarado; para afirmar que el cuatro de octubre el ejército estuvo en Atánquez; Rafael A. Martínez, los vio el domingo en la tarde; el soldado Pedro Antonio Cebados, reconoció que estuvieron el 3 de octubre en Atánquez; el Cabildo Menor Wilmer Daza Ariza, informó que estuvieron hasta las 23:30 del 3 de octubre.

Tiene en cuenta a más la primera instancia:

- (i) Que el perito no encontró cartuchos disparados por el presunto enemigo, se encontraron solo vainillas de las armas de los militares.
- (ii) Que las coordenadas señaladas como lugar de combate por el teniente no coinciden con las señaladas por el soldado Pacheco Bolaños en la diligencia de inspección judicial y los argumentos de la defensa en el sentido de la incapacidad del perito oficial, no pasan de ser opiniones, pues no han presentado otro perito idóneo que descalifique a los de la fiscalía.
- (iii) Que de acuerdo con el perito balístico, las heridas no coinciden con la descripción de los hechos y con heridas producidas en esa topografía y en un combate. Con fundamento en lo que concluye que la prueba respalda la teoría de la fiscalía y al parte civil de que la Muerte de Víctor Hugo Maestre no se produjo en combate.

Respecto de la exclusión de la inspección como prueba, porque el soldado Pacheco Bolaños fue interrogado sin su abogado, se

26

niega porque en ese momento no estaba vinculado al proceso y actuó solo como guía.

### 3. DE LAS ALEGACIONES DE LOS IMPUGNANTES.

3.1. El Abogado Jorge Arturo Ramos Valenzuela, defensor de ocho de los procesados, Teniente Elkin Burgos Suarez, Dragoneante Luis Carlos Maestre Montero, y de los soldados Wellington Vera, Juan Manuel Mejía Rodríguez Rodríguez, Alberto David Pertuz, Leuder Jarman Castillo Sánchez, Luis Carlos Pacheco Bolaños, y Ever de Jesús Peralta González presenta los siguientes cuestionamientos a la decisión:

Afirma que no se tuvieron en cuenta algunas pruebas favorables y que el auto que decreta la investigación previa iniciada por el secuestro del indígena Kankuamo, Víctor Hugo Maestre Rodríguez, expresa como fundamento la información suministrada por Máximo Cristóbal Luque Carrillo, Miembro de Cabildo Mayor y secretario del cabildo menor de Atánquez, que este posteriormente niega haber dado la información y dice que no se presentó a la fiscalía para denunciar, por lo que la defensa afirma que la constancia fue puesta por la fiscalía para hacer aparecer como si la investigación fuera iniciada a solicitud del pueblo indígena, siendo que Maestre Rodríguez, no era considerado ni siquiera indígena, lo que constituye una irregularidad, que no consideró la primera instancia. La Juez Especializada no prestó atención a estos hechos.

Sostiene que se abrió investigación, el 14 de enero de 2005, y se decidió vincular a los militares en indagatoria con fundamento en

27

la denuncia de los familiares de Víctor Hugo, el informe del teniente Burgos y un informe técnico de la fiscalía, luego suspendió las órdenes de captura y decretó nuevas pruebas, allegándose el estudio balístico del C.T.I y declaraciones de personas residentes en Atánquez, quienes dan cuenta que Víctor Hugo Maestre, pertenencia a la Guerrilla. Resalta la declaración de Julio Edison Montero, quien dice que el encapuchado era Víctor Hugo y que es absurdo que fuera éste quien cargaba el arma bazuca, con fecha del 8 de agosto el despacho decreta nuevamente apertura de la investigación, lo que a su entender constituye otra irregularidad, pues se decretó apertura dos veces sobre la que no se pronunció la juez, en la segunda providencia se copio la primera y se ordenó la práctica de nuevas pruebas. A<sup>A</sup>nota que sólo el 9 de agosto de 2005, se propone la colisión de competencias y durante ese tiempo se practicaron pruebas ilegales sin ser juez natural y por no permitir el derecho de defensa, por lo que se violó el artículo 29 de la constitución por lo que se generó nulidad.

Este defensor critica la declaración de Aníbal José Torres Daza y solicita que no sea tenido en cuenta, al igual que la declaración de Giovannis Montero Montero, porque declaró el 20 de agosto de 2005 y dijo que "el ejército agarró a Víctor", para luego afirmar que no sabe cómo lo cogió el ejercito, criticando la forma de hacer las preguntas y asevera que no tienen fuerza para ser fundamento de la sentencia condenatoria ya que en la audiencia se retractaron, pero esto no fue sido tenido en cuenta por la juez, quien fundamento su sentencia en la primera declaración de estos testigos.

2a

Expone que los testimonios de los habitantes de Atánquez, nunca afirmaron que fuera el Ejército quien secuestro a Víctor Hugo, que nadie los señala, ni siquiera los familiares de él mismo. Agrega que para acusar sólo se contaba con los testimonios de algunos habitantes del pueblo, el informe rendido por el Teniente Elkin Burgos, las declaraciones de los informantes del Ejército y la prueba técnica de la inspección al lugar. Añade que en el juicio se amplió la indagatoria a los implicados, quienes afirmaron que desde el 2 de octubre de 2004, estaban patrullando en la zona del cerro El Peligro y que el 4 del mismo mes se presentó enfrentamiento con la guerrilla donde se dio de baja a un NN.

Critica los testimonios de los peritos que hicieron la inspección judicial, indicando que no explicaron las inconsistencias de la prueba, ni por qué interrogaron al soldado Pacheco Bolaños los técnicos, violando el derecho, pero el juez de primera instancia no le otorga importancia a este asunto y por tanto pide nulidad de lo actuado, por eso y en consecuencia, la ilegalidad de todas las pruebas recogidas. Precisa que ya el 12 de octubre de 2004, había decretado la declaración, el 13 lo lleva a la inspección y lo interroga y el 14 le recibe indagatoria, (fl 252 -272 cuaderno 1). Por eso considera que no debe tenerse en cuenta la diligencia. Añade que en los alegatos de conclusión la fiscalía aceptó la nulidad de la diligencia, pero el juzgado especializado le da plena validez asaltando así los principios constitucionales y legales. Afirma que los técnicos del CTI, no salieron del camino en búsqueda de las pruebas sobre disparos de los atacantes.

Argumenta que el procedimiento de la inspección esta viciado, porque estaba presente el soldado Bolaños, porque no Jes



29

notificaron a los soldados individualizados, y se violaron los mínimos requerimientos para recoger y embalar las vainillas y partes de canana; violando las reglas mínimas de la cadena de custodia, por eso pide se decreté la inexistencia e ilegalidad de la inspección y los frutos de esta.

Respecto de las declaraciones en la audiencia pública, indica que Ener Martínez, dice que Edison Julio Montero lo presionó para que declarara. El juez dice que esto es una retractación que no debe tenerse en cuenta. En la etapa del juicio no se escuchó a los familiares de Maestre Rodríguez, pero que debe tenerse en cuenta que no involucran directamente a ninguno de los integrantes del ejército.

Pone en duda quienes eran los integrantes del grupo armado que secuestraron a Víctor Rugo y dice que los testimonios de los informantes son contradictorios con lo dicho por los informantes del ejército y hace una serie de elucubraciones sobre la actuación de Víctor Hugo y de los grupos armados ilegales que operaban en la zona. Afirma que éste pertenecía al grupo guerrillero hace varios años.

Reprocha la intervención de la fiscalía en la audiencia y recuerda la intervención del corregidor, que hace una radiografía de la situación de orden público que se vivía en el corregimiento.

Asevera que la fiscalía no tiene fundamento probatorio de lo realmente ocurrido, pues aunque pudo haber ocurrido el secuestro, el ejército no tiene nada que ver.

Insiste en que Víctor Hugo Maestre, pertenecía a un grupo armado ilegal y fue dado de baja en combate.

Expresa que en gracia de discusión, si se condenara por el delito de homicidio, no podría darse condena por el secuestro, pues este no sería un delito autónomo, sólo sería parte de los actos preparatorios.

Señala que frente al delito y los autores sólo: existen dudas, porque los testigos todos son familiares del señor Maestre y pide revocar los numerales uno y dos de la sentencia, puesto que el homicidio si se presentó, pero bajo la circunstancia del artículo 32 numerales 3,4 y 6 del Código Penal.

3.2 El abogado Jairo Humberto Ladino González, defensor del Cabo Pedro Andrés Cubillos Bolívar y del Cabo Elkin Rojas, divide su alegación en acápites, donde en la introducción ataca la sentencia con descalificaciones genéricas para luego argumentar con las siguientes tesis:

Debió dársele credibilidad a la versión de sus defendidos, porque la versión del procesado prevalece sobre las demás pruebas obrantes en el proceso, y porque los soldados fueron presionados y engañados por la fiscalía. Martínez Gil dice que lo llevaron con engaños pues no le dijeron que era para declarar, que a él le dijeron que el comandante del grupo era el Teniente Burgos, pero que él no sabía realmente quien era el comandante.

Solicita nulidad por ausencia de defensor, afirma que al soldado Luis Carlos Pacheco Bolaños, se le vulneró el derecho de defensa, artículo 29 de la Constitución, porque participó, sin

defensor, en la inspección judicial y como éste declaró allí; acogiendo la teoría de los frutos del árbol envenenado, las pruebas que se derivan de esa inspección deben declararse nulas, y que la negativa de la juez; con el argumento de que Pacheco Bolaño, no actuó como procesado sino como guía de la comisión investigadora, pues en esa etapa procesal previa, no había sido vinculado; desconoce lo ordenado por los artículo 29 y 250 de la constitución, reitera que Pacheco Bolaño asistió sin defensor a la diligencia de inspección y este le suministro múltiples informaciones a los técnicos deí C.T.I., sobre la forma en que ocurrieron los hechos según el testimonio de los peritos Luis Eduardo López Gómez y Rodolfo Lozano Rodríguez, quien explicó también cuáles fueron los movimientos tácticos de él y sus compañeros y señaló el lugar donde fue encontrado el cadáver y los elementos, pero la juez negó la exclusión de esta prueba argumentando que Pacheco Bolaños sólo era guía, no se le había vinculado formalmente.

Afirma que se desconoció la presunción de inocencia, argumenta que es al Estado a quien le corresponde probar la autoría y responsabilidad de los procesados. El defensor no concreta en su alegación el cargo en el caso concreto y se dedica a explicar desde varias perspectivas y teorías el concepto y a citar las normas que lo regulan.

Argumenta que la valoraciones equivocada de las pruebas conduce a error de hecho o de derecho, afirma que practicar la inspección judicial con carencia de defensa de Pacheco Bolaños, condujo a la nulidad de pleno derecho y luego al valorarla, para darle fuerza como prueba incriminatoria, se incurre en un error de

32

apreciación y de otro lado se incurrió en falso juicio de identidad al distorsionar varias pruebas entre ellas los testimonios de Sibilis María Maestre Martínez, quien dice que Víctor Maestre era miliciano y de Emer Enrique Martínez Gil, el que dice que Edison le dijo que dijera que conocía al teniente sin ser cierto.

Alega ausencia de responsabilidad penal, pues se actuó en estricto cumplimiento de un deber legal artículo 32 N° 4 del C.P., por eso solicita la revocatoria de la sentencia. Alega que el documento presentado como acta de la diligencia de inspección no está firmado. No es razonable calificar estos hechos como "Falsos Positivos" esa no es más que una apreciación subjetiva de la juez.

Arguye la inexistencia de los delitos de secuestro y homicidio agravado, dice que ninguno de los testigos vio que la patrulla militar, comandada por el Teniente Burgos, haya secuestrado o privado de su libertad a Víctor Hugo Maestre, y que la decisión se adoptó con fundamentó en pruebas ilícitas, evidencias parciales y declaraciones de referencia de familiares y amigos del occiso. Que por el contrario hay testimonios que dicen que a Víctor Hugo Maestre, se lo llevaron uniformados con brazaletes del E.L.N., que él pertenecía a ese grupo armado ilegal y que murió en enfrentamiento con el ejército.

Afirma la defensa, que no se ha probado que de haberse presentado el secuestro, este lo cometió el ejército y cita jurisprudencia sobre el poco valor probatorio que tienen los testigos de oídas. Agrega que se desconoció la prueba de descargos, especialmente el testimonio de Azael Heli Arias

#

Montero, quien dijo: el día que Víctor lo sacaron de aquí el ejército no estaba aquí, que pertenecía a la cuadrilla 6 de diciembre del E.L.N. La declaración de Sibeles María Maestre Martínez, quien dijo que Víctor era miliciano del E.L.N., y siempre andaba armado. Lo dicho por Ricardo Luis Romero Martínez, Corregidor de Atánquez, quien afirmó: que (Víctor) era miliciano, que andaba armado, extorsionaba a nombre de la guerrilla. De otro lado, Giovanni José Montero, afirmó que él - Víctor - lo que hacía era hacerle compras a la guerrilla, en el monte se ponía el uniforme de los "Elenos", él andaba con la guerrilla en el pueblo, hacía mandados a la guerrilla vestido de civil y que Aníbal José Torres Daza, resalta que era guerrillero.

De los anteriores testimonios el defensor infiere, que el hecho es atípico por que el homicidio se presentó en combate con un grupo del E.L.N., y termina solicitando la absolución y se decrete nulidad de lo actuado a partir de la inspección judicial lo que conlleva la libertad inmediata de los detenidos.

3.3 Le'uder. Jarman Castillo Sánchez, quien se identifica como Soldado regular adscrito al pelotón Dinamarca Dos Segunda Escuadra, comandado por el Cabo Pedro Cubidez Bolívar, presentó escrito sustentando el recurso de apelación con los siguientes argumentos:

(i) Que el Cabo Pedro Cubidez Bolívar, era el que tenía contacto con el Teniente Burgos.

(ii) Que el tipo de arma que le correspondía manejar era un lanza misil.

(iii) Que el pelotón estaba compuesto por tres (3) escuadras, cada una compuesta por diez (10) unidades, para un total de treinta (30) soldados.

(iv) Que el teniente Burgos sacó tres soldados de la primera escuadra, tres de la segunda y tres de la tercera escuadra, y al azar lo escogió a él para el proceso.

(v) Que se le ordenó ubicarse en la parte alta del cerro El Peligro, aproximadamente a dos horas de Atánquez, que directamente no participó en ningún combate, que él pertenece a la segunda escuadra y que la escuadra que tuvo el contacto con el grupo al margen de la ley fue la uno al mando del teniente Burgos.

(vi) Que el Teniente le ordenó al Cabo Cubillos que bajara, como a las dos horas avisaron que habían dado de baja a un subversivo y le ordenaron mantenerse en el cerro prestando seguridad, que nunca vio a Víctor Maestre, ni vivo ni muerto, ni tampoco vio a los guías porque era el teniente Burgos el que los manejaba por seguridad.

(vii) Que en el informe del teniente Burgos, respecto de los hechos no lo menciona.

(viii) Que en el orden del día del Jueves 21 de octubre de 2004, en el Batallón la Popa se felicitó al comando que dio de baja a Víctor Maestre y él no está allí, que si están el Teniente Burgos Suarez, el Cabo Rojas Eikin, el Dragoneante Maestre Montero Luis, Soldados Muriel Polo Kindenson y Pacheco Bolaños Luis. <sup>14</sup>

25

No se vinculó a Múñeles Polo, no fue seleccionado y está en la felicitación.

(ix) Por último, cita la decisión de la procuraduría de fecha 18 de junio de 2008, donde lo absuelve de todo cargo. Concluye que en su caso particular, no se aplicó el in dubio pro reo y se olvidó la presunción de inocencia, no hay certeza.

3.4 El abogado Nivaldo Efraín Cabello Donado, defensor del soldado regular Leuder Jarman Castillo Sánchez, argumenta que no se demostró la responsabilidad de su cliente, pues no se sopesaron todas las circunstancias tácticas y jurídicas. Que la sentencia llega a la conclusión que los integrantes de la batería Dinamarca dos eran los responsables del homicidio de Víctor Maestre, solo se argumentó en contra del teniente Burgos, pero respecto de su defendido no se probó si estaba en contubernio con los demás, cuál fue su participación. Reconoce que Víctor Hugo fue asesinado por miembros del ejército nacional, pero no se determinó cuáles de los integrantes acordaron llevar a cabo el secuestro y el homicidio. Anota que respecto de Castillo Sánchez existe duda, sobre la materialidad del punible y la responsabilidad del procesado con alto grado de conocimiento, con certeza y en ausencia de duda. Acota que el fallo incurre en falencia cuando sólo se individualiza la responsabilidad del teniente Burgos, nadie individualiza la responsabilidad de los soldados, de ninguno de ellos, y que los informantes Torres Daza y Mendoza Montero, sólo se refieren al teniente Burgos, recalcando que el derecho penal de acto exige que se pruebe cuál fue la actividad de cada uno de los soldados frente a los hechos investigados. Expresa que si se admitiere lo dicho por Torres Daza y Montero Montero,

36

entonces cuál fue la intervención de su defendido; si la batería eran 33 los 5 ó 6 que secuestraron deben responder, pero cuáles son, el juzgado no lo probó y debió hacerlo, de lo contrario deberá aplicar la presunción de inocencia, no al contrario como lo hizo el juzgado presumiendo que lo hicieron.

Continua argumentando el defensor que la actividad probatoria debió acopiar pruebas para derrumbar la presunción de inocencia, y no es obligación del procesado demostrar su inocencia, que la presunción de inocencia es un derecho fundamental y cita jurisprudencia constitucional y tratados internacionales. Explica qué es la responsabilidad en materia penal, indicando que debe desvirtuarse la presunción de inocencia con pruebas oportuna y legalmente allegadas.

Sostiene que en estos casos hay un miembro del ejército que lidera y otros que lo siguen, y que en este caso Castillo Sánchez es acusado como coautor, pero no se prueba cuál fue su cooperación en el cometido criminal, no se probó su anuencia en la perpetración de los punibles, no se demostró cuál fue su rol en los mismos, que lo único que se acreditó es que no estuvo en la primera escuadra que fue la que participó en el presunto enfrentamiento, y que estuvo fue en la segunda. Cita el concepto de coautoría de la Corte haciendo énfasis, en el concepto de distribución de trabajo entre los coautores criminales, respecto de la coautoría impropia, añadiendo que la coautoría necesita cumplir con los requisitos del 29,2 acuerdo común, distribución del trabajo, aporte significativo en la ejecución del hecho y se requiere codominio del hecho. En consecuencia y en el entendido de que los comuneros dividen sus acciones, que no necesariamente de



37

manera individual son punibles, a Castillo Sánchez no se le demostró coautoría, sin embargo se le condenó a pesar de que por lo menos, se le debió reconocer la duda al igual que a los demás soldados regulares. Cita la decisión de la Procuraduría. Culmina sosteniendo que su asistido no pudo haber matado a nadie de acuerdo con su ubicación.

#### **4. CONSIDERACIONES**

##### **Competencia.**

La **SALA PENAL** de este Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, es competente para conocer del recurso de apelación impetrado contra la sentencia emitida por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de esta ciudad, el pasado 20 de mayo de 2009 , por lo tanto, procederá a su estudio dentro de los límites de competencia material que fija la sustentación de los apelantes, siendo vedado pronunciarse sobre otros asuntos que no hayan sido propuestos, a menos que se trate de nulidades o cuestiones que resulten unidas al objeto del recurso, en cuyos eventos si es competente este Cuerpo Colegiado para resolver por fuera o más allá de lo pedido.

##### **4.1 PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS**

Del análisis de los alegatos presentados por los defensores se concluye que han planteado varios problemas jurídicos pero también se han presentado, según se deja reseñado al resumir su alegaciones, algunas descalificaciones genéricas a las conclusiones de la valoración probatoria efectuada por la juez de

38

primera instancia, descalificaciones que se dejan reseñadas, pero no se referirá la Sala ellas, pues no cumplen con la exigencia argumentativa para ser tenidas en cuenta. Recuérdese que el impugnante tiene la carga procesal de argumentar precisa y particularmente en contra de las decisiones judiciales, para demostrar que son incorrectas y que las meras manifestaciones descalificándolas no cumplen la exigencia de un verdadero argumento en contra de la sentencia condenatoria; ha definido la Corte Constitucional al analizar la exequibilidad del numeral 1 del artículo 177 del CPP., que regula los efectos en que debe concederse el recurso de apelación<sup>1</sup> y ya lo había determinado la Jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia<sup>2</sup>, que los ataques genéricos no son suficientes para que proceda el examen de un tópico determinado, el apelante debe precisar su inconformidad y sustentar las razones que esgrime para ello, concretando los aspectos de los que disiente. Así las cosas, de las alegaciones de los defensores y uno de los procesados, presentados como impugnaciones en contra de la sentencia condenatoria, podemos concluir que los problemas jurídicos concretados de los argumentos de los impugnantes son:

¿La apertura de instrucción y las pruebas practicadas antes de que se resolviera la colisión de competencias negativa son validas?

¿La práctica de la inspección judicial está viciada de nulidad? Y en caso de respuesta positiva como subproblema ¿Cuáles pruebas se derivan de la inspección y están por tanto igualmente viciadas?

<sup>1</sup> Sentencia C-047 del primero de febrero de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>2</sup> Sentencia del 24 de junio de 2003, radicado 19.413, M.P. Mauro Solarte Portilla.

39

¿Existe prueba de quien secuestro y posteriormente dio muerte a Víctor Hugo Maestre Rodríguez?

¿Víctor Hugo Maestre Rodríguez era un guerrillero, por tanto, el homicidio se presentó en Combate, en estricto cumplimiento de un deber legal, y como consecuencia debe declararse la ausencia de responsabilidad?

¿Existe error en la calificación jurídica porque no se probó cuál es la responsabilidad de cada uno de los condenados y qué responsabilidad puede ser imputada de manera individual?

¿Por qué no se llamó a todos los miembros de la Batería Dinamarca Dos, a responder por los hechos investigados? y ¿Cuáles miembros de la Batería Dinamarca Dos debieron ser acusados?

¿El secuestro es un delito autónomo o hace parte de los actos preparatorios del homicidio?

**4.1.1. ¿La apertura de Instrucción y las pruebas practicadas antes de que se resolviera la colisión de competencias negativa son válidas?**

Revisada la actuación lo que observa la Sala es que la Fiscalía General de la Nación obtuvo conocimiento de la *noticia criminis* al efectuar la inspección al cadáver de Víctor Hugo Maestre Rodríguez, presentado por el Batallón La Popa como Guerrillero dado de baja en combate y desde allí se hacen observaciones que dan lugar a que se inicie la investigación previa; cuando la fiscalía especializada de Valledupar decide abrir investigación por un hecho punible del que tiene conocimiento, porque fueron precisamente sus investigadores judiciales los que realizaron la inspección al cadáver y evidenciaron desde un primer momento

40

elementos irregulares, no está haciendo otra cosa que cumplir con la ley que en el inciso segundo del artículo 27 de la ley 600 de 2000, establece la obligación de iniciar la investigación cuando se tenga conocimiento de la comisión de un hecho punible, si se tiene competencia para ello y la fiscal especializada tenía competencia, pues la hipótesis delictiva por la que se inició la investigación previa fue la de secuestro y si el señor Máximo Carrillo presentó o no denuncia no tiene relevancia, puesto que esta prueba no es tenida en cuenta para fundamentar la sentencia condenatoria y un delito de la gravedad del que nos ocupa, no requiere querrela ni petición especial para iniciar la investigación. Ya esta Sala al resolver recurso de apelación en auto del tres de mayo de dos mil siete al referiréis al mismo problema planteado por la defensa de Suarez Burgos y Maestre Montero, había dicho que no consideraba de transcendencia procesal la situación planteada, pues todo funcionario público que conozca de la comisión de una conducta punible deberá investigarla de oficio si considera que tiene competencia para ello, así como lo ha considerado la Fiscalía General de la Nación.

**4.1.2. ¿La práctica de la inspección judicial está viciada de nulidad? Y en caso de respuesta positiva como subproblema ¿cuáles pruebas se derivan de la inspección y están por tanto igualmente viciadas?**

En el informe presentado el 28 de diciembre de 2004, por la comisión del C.T.I., que se trasladó a Valledupar y al corregimiento de Atánquez por orden de la Fiscal de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, se deja la siguiente constancia:

" por solicitud de la señora Fiscal se sugirió a los Funcionarios del Ejército no llevaran soldados de las filas que participaron en el combate con los presuntos subversivos; no obstante en la diligencia de Inspección que adelantábamos, observamos a un soldado con uniforme pero sin insignias, lo que significa que no estaba en uniformidad con los demás, este fue entrevistado y dijo llamarse PACHECO BOLAÑOS LUÍS CARLOS CC 7,592,949, que pertenecía al pelotón Dinamarca II, Batallón La Popa, al mando del Teniente BURGOS ELKIN; cuestionado dentro de estas diligencias"

A pesar de las anotaciones dejadas por la comisión del Cuerpo Técnico de Investigación, es necesario reconocer que es irregular que Pacheco Bolaños, fuera el guía para la diligencia de inspección y diera respuestas sobre lo sucedido, pero es necesario advertir que las violaciones de las reglas en el acopio de los medios probatorios, así como el desconocimiento del debido proceso probatorio, en principio no generan la nulidad del proceso sino la exclusión de la prueba por ilícita o ilegal, así lo ha recordado la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal<sup>3</sup>, en los siguientes términos

*"...Excepcionalmente la ilegalidad de las pruebas se traducen en nulidad del proceso según lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005, al limitar tal consecuencia a los eventos de crímenes de lesa humanidad como la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial, supuestos que se salen del acontecer táctico analizado. Así se pronunció la Corte: "Al respecto la Corte considera, que cuando el juez de conocimiento se encuentra en el juicio con una prueba ilícita, debe en consecuencia proceder a su exclusión. Pero, deberá siempre declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas, cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial. En efecto, en estos casos, por tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por sí sola hace que se rompa cualquier vínculo con el proceso. En otras palabras, independientemente de si la prueba es trascendental o necesaria, el solo hecho de que fue practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, es decir, mediante la perpetración de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, se transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso, por cuanto*

<sup>3</sup> Sentencia del 24 de agosto de 2009 M.P. Leónidas Bustos Ramírez

47

*se han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo. Además, como queda ya comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, debe proceder además a remitirlo a un juez distinto...En efecto, tradicionalmente en derecho colombiano se ha entendido que la aplicación de la regla de exclusión no invalida todo el proceso<sup>4</sup>, sino que la prueba ilícita no puede ser tomada en cuenta al momento de sustentar una decisión. No obstante lo anterior, entiende la Corte que tal principio debe ser exceptuado cuando quiera que se pretenda hacer valer en un juicio oral una prueba que ha sido obtenida en flagrante desconocimiento de la dignidad humana, tal y como sucede con las confesiones logradas mediante crímenes de lesa humanidad como lo son la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha considerado que adelantar procesos judiciales sin las debidas garantías, como lo es la exclusión de la prueba obtenida con violación a la integridad física del sindicado, "motiva la invalidez del proceso y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza." (Subrayas por fuera del texto original).*

De acuerdo con los argumentos jurisprudenciales propuestos, deberá entonces confirmarse en ese aspecto la sentencia y abstenerse de decretar la nulidad solicitada por las defensas, pues la inspección judicial y las pruebas que de ella se derivaron pueden verse afectadas, pero no generan nulidad de lo actuado.

#### **4.1.3. ¿Existe prueba de quien secuestro y posteriormente dio muerte a Víctor Hugo Mestre Rodríguez?**

Para resolver este problema deberá compararse, contrastarse y criticarse los testimonios que se refieren al asunto así:

De valor inusitado resultan las declaraciones Aníbal José Torres Daza, alias Meñe, informante del ejercito, y quien en compañía de

<sup>4</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 1º de febrero de 1993 y auto de 5 de mayo de 1997.

43

Montero Montero, sirvieron de "guías" a los soldados. En su declaración dijo que en ningún momento participó en los hechos, que todo el tiempo estuvo en el cerro El Peligro con el teniente. A folios 87 del cuaderno original 3, dijo que no es soldado, que es jornalero, explicando que los soldados los camuflaron para que los lleváramos a donde estaban los guerrilleros; expresó que señaló a Víctor Hugo como guerrillero dando la información al teniente Burgos; dice textualmente que el grupo del teniente Burgos "agarraron" a Víctor Hugo que iba saliendo de La Lomita que es un barrio de Atánquez. El otro informante y "guía" del ejército Giovanni José Montero Montero, alias Yova, afirma que ya Víctor estaba vestido de camuflado cuando el ejército lo "agarró" y lo trasladaron hasta el sitio en el que fue asesinado; versiones que corroboran lo dicho por los testigos de cargos respecto del secuestro de la víctima. Nos preguntamos entonces si estaba en manos del grupo del ejército comandado por el teniente Burgos ¿quién debe responder por su vida? la respuesta surge obvia.

La defensa ha criticado los testimonios de los dos guías e informantes del ejército, Giovanni José Montero Montero, alias Yova. y Aníbal José Torres, alias El Meñe, quienes aseveran en sus declaraciones que el ejército "agarro" a Víctor Hugo. La crítica se funda en el argumento de que no tienen credibilidad cuando acusan al ejército del secuestro de Víctor Hugo. Es de anotar, que este argumento ya había sido contestado en la sentencia por la a quo cuando afirmó que no encontraba claro el motivo de retractación de estos testigos y que resulta más razonable otorgar credibilidad a las primeras versiones, agrega la Sala, versiones más limpias, menos contaminadas por el farragoso transcurrir de este proceso, y continua la argumentación de primera instancia;

24

son creíbles porque estas versiones son complementadas por Edison Julio Montero Alvarado y por Emer Enrique Martínez, quienes vieron a un encapuchado cargando una bazuca y vestido de policía, que fue como se encontró el cadáver de Víctor Hugo.

Se advierte por el legista que practicó la necropsia, que el uniforme correspondía a una talla que no era de la víctima. Y no sólo está confirmada por estos testigos, sino además por los familiares de la víctima, su hermana Sol Mercedes Maestre Rodríguez, denunció el secuestro antes de que lo presentaran como "dado de baja en combate".

Los testigos Torres Daza y Montero Montero, son pruebas fundamentales en la determinación de la autoría y responsabilidad del grupo de soldados en los hechos investigados y aunque sus testimonios son contradictorios en las diferentes declaraciones vertidas en el desarrollo procesal, la valoración que hace la a quo de darle mayor credibilidad a los iniciales testimonios está claramente justificada en las reglas de valoración testimonial. Estos testigos claramente dicen la verdad en sus primeras versiones cuando aceptan que señalaron a Víctor Hugo Maestre como miembro de la Guerrilla, que lo capturó un cabo del ejército y otros soldados y le pusieron pasamontañas y uniforme y lo llevaron para el monte y allí lo mataron. Posteriormente Torres Daza, se retractó argumentando que lo expresado en la primera indagatoria lo dijo presionado porque sino decía la verdad lo mataban. Resulta así que queriendo retractarse de lo inicialmente afirmado resulta confirmándolo, pues la lógica informal permite concluir que si la fuerza, que dijo se ejerció en su contra, doblegó su voluntad, entonces se vio obligado a decir la verdad, la que por



245

supuesto es contraria a la última versión y confirma la interpretación que la Juez Especializada le dio a estos testimonios.

El testigo Edison Julio Montero Alvarado, quien da cuenta que se encontró la patrulla del Ejército llevando una persona encapuchada, pero que el distinguió como Víctor Hugo, porque lo conocía, agrega que el teniente Burgos le advirtió que no dijera que se habían encontrado.

Los testimonios de los miembros de la batería Dinamarca Dos, obviamente niegan su participación en los hechos, pues aceptarlos sería aceptar el homicidio por fuera de combate, pero esta versión pierde credibilidad con todas las contradicciones que se ha resaltado la rodean.

La secuencia fáctica probada es que Víctor Hugo Maestre Rodríguez, fue sacado en contra de su voluntad del caserío de Atánquez por un grupo de personas con vestido militares a eso de la media noche del día 03 de octubre. Hechos que se establecieron de la siguiente manera:

- (i) Con los testimonios de Sol Mercedes Maestre, el Inspector Ricardo Romero Martínez y Januer Fernando Torres.
- (ii) Con lo declarado por Aníbal José Torres Daza y Geovanis José Montero Montero, que aunque dieron versiones diferentes se le ha dado credibilidad a la declaración en la que afirman que le señalaron al teniente Burgos y a sus hombres el lugar donde se

2/6

encontraba Víctor Hugo y que ellos lo llevaron hasta el monte y allí lo ultimaron.

(iii) Justo Rafael Rodríguez Cáceres, da cuenta de la presencia del ejército a las 17:00 horas en el pueblo.

(iv) Edison Julio Montero, dice que se encontró con el ejército y llevaban un encapuchado, al que distinguió como Víctor Hugo.

(v) La afirmación de que cargaba un arma pesada como un lanza granadas o bazuca y estaba uniformado, no contradice la teoría de la defensa, es probable que haya sido obligado a cargar un arma, que bien no sabía utilizar, o bien estaba asegurada o descargada mientras era obligado a transportarla.

**4.1.4. ¿Víctor Hugo Maestre Rodríguez era un guerrillero, por tanto el homicidio se presentó en combate, en estricto cumplimiento de un deber legal, y como consecuencia debe declararse la ausencia de responsabilidad?**

Los alegatos de impugnación que dan lugar al problema jurídico que encabeza este acápite parten de una falacia argumentativa, paralogismo por afirmación del consecuente, este silogismo aparente surge la errada construcción lógica que partiendo de la preposición de que como de los elementos probatorios se infiere que Maestre Rodríguez era miembro de un grupo armado ilegal o era su auxiliador, de allí se deriva que su muerte fue en combate, deducción que es errónea, pues no necesariamente de la primera afirmación se concluye la segunda. Es cierto que los testimonios de Sibiles Maestre Martínez y Javier Torres Maestre, familiares Víctor Hugo Maestre Rodríguez, informan que era miliciano o

2/2

colaborador de la guerrilla, pero el convencimiento de que Víctor Hugo Maestre era un guerrillero, no autorizaba a los miembros del ejército a asesinarlo y presentarlo como dado de baja en combate, su obligación legal era capturarlo y una vez sometido, presentarlo ante las autoridades judiciales competentes para que fuera juzgado por sus presuntos delitos.

Conforme al análisis probatorio efectuado en el acápite anterior, donde se dio respuesta positiva a la pregunta de si existía prueba de quien secuestró y posteriormente dio muerte' a Víctor Hugo Maestre Rodríguez, queda establecido que el grupo de militares lo retuvo, lo trasladan hasta el cerro El Peligro y allí le dan muerte. Razón para desestimar los argumentos del abogado Jairo Humberto Ladino González, pues resultan superados por las pruebas que dicen exactamente lo contrario de lo que interpreta el defensor; pues se desprende de la prueba aportada que el combate no se presentó, esta afirmación se sustenta en que:

- (i) Víctor Hugo fue retenido por unas personas que lo tenían bajo su égida y por tanto no podía combatir.
- (ii) No se presentaron soldados muertos ni heridos y recuérdese que serían los guerrilleros quienes esperan a los soldados en el campo quienes tendrían, en la hipótesis planteada por la defensa, la ventaja del factor sorpresa.
- (iii) El uniforme que portaba Maestre Rodríguez no era de su talla, según ha dicho el médico legista que practicó la necropsia.
- (iv) No podía conservar las prendas limpias después del combate.

248

(v) La escopeta de fabricación artesanal que fue presentada como una de las armas portadas por Víctor Hugo Maestre, no era apta para disparar, los proveedores de las armas no correspondían a ninguna de las presentadas.

(vi) No se encontraron vainillas distintas a las de la ametralladora M-60 del ejército. Todas las vainillas encontradas en la inspección judicial le pertenecían a la ametralladora estándar, calibre 765x51 mm.

(vii) El combate y la baja fue reportado a las 22:00 o 23:00 horas, los testigos dicen que escucharon aproximadamente 30 disparos en el cerro El Peligro a las 23:00 horas del 4 de octubre.

(viii) Aníbal José Torres Daza y Geovanis José Montero Montero, aunque dieron versiones diferentes y contradictorias afirman, en la primera de ellas y a la que se le ha otorgado credibilidad, que le señalaron al Teniente Burgos y a sus hombres el lugar donde se encontraba Víctor Hugo y que ellos lo llevaron hasta el monte y allí el ejército le disparó cuando intentaba huir.

(ix) El ejército presentó al indígena Kankuamo Víctor Hugo Maestre Rodríguez, como guerrillero dado de baja en combate.

La afirmación de que Víctor Hugo Maestre Rodríguez, cargaba un arma pesada, aparentemente un lanza granadas o bazuca, y que estaba uniformado, no contradice la interpretación de la primera instancia, pues como hemos anotado precedentemente, es probable que haya sido obligado a cargar un arma pesada, que o

2/9

bien no sabía utilizar, o estaba asegurada o descargada mientras él era forzado, por sus captores a transportarla. Es necesario recordar que ninguna de las armas presentadas por la Batería Dinamarca dos, como portadas por Víctor Hugo Maestre Rodríguez, corresponde a esta descripción.

Respecto de la manifestación del corregidor de Atánquez, Ricardo Luis Romero Martínez, vista la declaración que rindió ante un funcionario del Ejército Nacional, se observa que la interpretación de la Juez Especializada de este testimonio y de los testimonios en conjunto es la correcta y que lo afirmado por el defensor no pasan de ser elucubraciones e interpretaciones amañadas; obsérvese como el Corregidor declara que se denunció por la población el secuestro de la víctima por parte de un grupo armado y al día siguiente se supo de su homicidio. De este testimonio la defensa mencionada destaca que “prácticamente nadie vio cuando lo cogieron” y la conclusión a la que llega el corregidor “fue secuestrado por el grupo al cual el mismo pertenencia”. Si al momento de presentarse la denuncia por el secuestro aun no se sabía de la suerte de Maestre Rodríguez, qué interés podían tener en denunciar, si fuera tan claro que había sido secuestrado por sus propios compañeros de armas, pero el corregidor testigo elabora tesis infundadas y la defensa las retoma como si fueran ciertas. Si fuera verdad que la víctima era miliciano, esa información en vez de corroborar a la tesis de la defensa, afinca la teoría de la fiscalía, pues precisamente una vez identificado por el Teniente como auxiliador de la guerrilla, en lugar de proceder con los protocolos establecidos para estos casos en el procedimiento legal, es decir, informar a la fiscalía sobre los hallazgos para que ésta iniciara las diligencias tendientes a determinar si este

50

ciudadano era miembro o colaborador de un grupo armado alzado en armas, deciden secuestrarlo y llevarlo hasta el cerro "El Peligro", donde es ejecutado y luego presentado como dado de baja en combate.

Es tan evidente que la muerte de Maestre Rodríguez no se presentó en combate, que desde la misma inspección al cadáver los policías judiciales intuyeron que se faltaba a la verdad al presentar ese cuerpo como el de un subversivo dado de baja en combate, es así como los investigadores del CTI, adscritos al turno de inspección de cadáveres el día 05 de octubre de 2004, realizaron diligencia en asocio del juez 90 de Instrucción Penal Militar y al referirse al cadáver de Víctor Hugo Maestre dejaron la siguiente constancia:

"... El sujeto se encontraba vestido con prendas de uso privativo de la Policía Nacional con emblemas de la Policía Nacional ... Practicada inspección judicial a los elementos antes descritos se pudo notar que el uniforme que vestía el occiso (inspeccionado en el acta numero 8) visualmente no correspondía a la talla que usualmente debía vestir una persona de su contextura física (le queda grande); inexplicablemente portaba tres armas de fuego y el proveedor no correspondía a ninguna de ellas ,...cada camisa incluso la que tenía puesta el occiso, portaba en el hombro abrochado un brazalete del ELN ..."

**4.1.5. ¿Porqué no se llamó a todos los miembros de la Batería Dinamarca Dos a responder por los hechos investigados?  
¿Cuáles miembros de la Batería Dinamarca Dos debieron ser acusados?**

Para dar respuesta al interrogante es necesario advertir que efectivamente como lo ha planteado el procesado Leuder Castillo Sánchez en su escrito de impugnación, lo primero que se extraña en este trámite es que se abrió investigación y se condenó a un

oficial, dos suboficiales y 8 soldados, es decir 11 integrantes del Pelotón Dinamarca II, cuando de lo actuado hasta el 14 de enero de 2005, fecha en que se le llamó a indagatoria, era claro que el Pelotón Dinamarca II estaba integrado por 31 militares. La respuesta a este interrogante la encontramos rastreando las piezas procesales que se refieren a las personas que integraban el grupo de militares.

La Fiscalía Segunda Especializada en 2005-08-08, folios 28 y ss cuaderno N° 3, abre instrucción y ordenó vincular mediante indagatoria al Subteniente Elkin Leonardo Burgos Suarez, el Cabo Tercero Pedro Andrés Cubillos Bolívar, Cabo Tercero Elkin Rojas, Dragoneante Luis Carlos Maestre Montero, y los soldados regulares Fernando Rodríguez González, Juan Manuel Mejía Rodríguez, Luis Carlos Pacheco Bolaños, Herber Peralta González, Albert David Pertuz Peralta, Willintong Vera y Leuder Castillo Sánchez; a más de a los civiles Aníbal José Torres Daza y Giovannys José Montero Montero. Para lo que expidió las respectivas ordenes de captura.

De acuerdo con el informe del Coordinador de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación, fechado el 23 de agosto de 2005, folios 252 a 259 cuaderno 3, en cumplimiento de orden dada por la Fiscal Segunda Especializada de esa Unidad, da cuenta que el segundo comandante del Batallón La Popa, Mayor Oscar Reynaldo Rey Linares, informó que del 01 al 05 de octubre de 2004, conformaban la Compañía Dinamarca II, el Subteniente Elkin Leonardo Burgos Suarez, el Cabo Tercero Pedro Andrés Cubillos

12

Bolívar, Cabo tercero Elkin Rojas, Dragoneante Luis Carlos Maestre Montero, y los soldados regulares Fernando Rodríguez González, Juan Manuel Mejía Rodríguez, Luis Carlos Pacheco Bolaños, Herber Peralta González, Albert David Pertuz Peralta, Wiílintong Vera y Leuder Castillo Sánchez.

Respecto de las personas que integraban el grupo de militares que participaron en los hechos por los que se realizó la investigación, tenemos las siguientes declaraciones en las que se resaltarán los nombres de las personas que no fueron procesados a pesar de pertenecer a la Batería Dinamarca Dos:

El testimonio del Cabo Tercero Pedro Andrés Cubillos Bolívar, Comandante de la segunda escuadra, que afirma en su indagatoria que las escuadras estaban compuestas así: Primera escuadra, teniente Burgos y los soldados **Ortega, Pava, Molinares** Maestre, los hermanos Muriel y no recuerda otros nombres. La segunda escuadra a su mando y recuerda los nombres de los soldados Pertuz, Peralta, **Polo** y Polanco. La tercera escuadra, comandada por el cabo Rojas y los soldados **Pinto** y Maestre.

En declaración el soldado regular Wiílintong Vera, dice que la primera escuadra estaba dirigida por el Teniente y conformada por Pacheco Bolaños y Pacheco Galvis, Muriel Polo y Mestre Pertuz Plat,a no recuerda mas. La segunda escuadra al Mando del Cabo Cubillos, compuesta por **Ibañez**, Mejía, Peralta y Rodríguez y no recuerda los demás nombres. La tercera, al mando del Cabo Rojas y los soldados Pérez Núñez, Maestre; **Polanco. Polo, Pinto. Thomas, Correa**, esos son los se acuerda.



V3

En declaración de indagatoria ante el Juez Penal Militar, el SLR Castillo Sánchez Leuder Jarman dijo:

"Nosotros la contraguerrilla, DINAMARCA DOS conformada por ST Burgos Suarez Eikin Leonardo C 3 BOLIVAR CUBILLOS PEDRO C3 ROJAS ELKIN, SLR PACHECO BOLAÑOS LUIS CARLOS, SLR VERA WILINTON, SLR MEJIA RODRIGUEZ JUAN MANUEL SLR MESTRE MONTERO LUIS CARLOS, SLR PERTUZ PLATA ALBERT DAVID, SLR PERALTA GONZALEZ HELBERT, RODRIGUEZ GONZALEZ FERNANDO. Posteriormente y en la misma indagatoria dice; " ...ei SLR PEÑA llevaba el RPG..."

En indagatoria rendida por el SLR Pertuz Plata Albert David, ante el Juez Penal Militar dijo que la contraguerrilla Dinamarca 2 estaba dividida en tres escuadras, cada escuadra tenía un comandante, el Teniente Burgos iba comandando la primera escuadra, el Cabo Cubillos con la Segunda, y el Cabo Rojas la Tercera, el Teniente Burgos era el Comandante de la Contraguerrilla, *"en la Primera Escuadra iba mi Teniente Burgos, Murieies, Polo, Ortega, Maestre, Pacheco Bolaños, Pacheco Galvis, Otero, Pava, Molinares, Pelufo. En la segunda iba yo punteando la segunda escuadra me seguía Rodríguez y de ahí no me acuerdo el orden, mi cabo Cubillos, soldados Peña, Castillo, Mejía; Peralta, Rojas y de la tercera no recuerdo el orden pero iba mi cabo Rojas los soldados Pinto, Martínez, Maestre Polanco son los que recuerdo..."*

A folios 216 y ss del cuaderno seis, en ampliación de indagatoria el Teniente Eikin Leonardo Burgos Suarez, respecto de la conformación de la Batería Dinamarca 2, dijo que estaba compuesta aproximadamente por treinta (30) hombres dividida en tres escuadras.

524

El Soldado Maestre Montero Luis, en ampliación de indagatoria a folios 218 del cuaderno 5, dijo que la Batería Dinamarca dos se dividió en tres escuadras, que la contraguerrilla se integra por treinta y seis hombres, que él estaba en la primera escuadra con Willintong Vera, y que con ellos, en la primera escuadra iban dos guías, luego dice que el puntero era Wilington Murieles Polo.

Se observa que en las declaraciones de los procesados mencionan como integrantes de la Batería Dinamarca Dos y ubican en el teatro de las operaciones militares a personas que no fueron vinculadas a este proceso, por lo menos **Ortega, Pava, Molínares, Polo, Pinto, Ibáñez, Polanco, Thomas; Correa, Plata Albert David, soldados que no fueron procesados.**

El 09 de noviembre de 2004, la Juez Penal Militar dispuso la apertura de investigación y que se escuchara en indagatoria a ST Burgos Suarez Elkin, Cabo Cubillos Bolívar Pedro, Cabo Rojas Elkin, SLR: Pacheco Boñaños Luis, SLR Pertuz Plata Albert David, SLR Vera Willintog, SLR Mejía Rodríguez Juan, SLR Maestre Montero Luis, SLR Castillo Sánchez Leuder, SLR Peralta González Helber, SLR Rodríguez González Fernando.

En enero 14 de 2005, la Fiscalía Segunda Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, dispuso decretar la apertura de investigación y como consecuencia vincular mediante indagatoria al ST Burgos Suarez Elkin - Comandante de pelotón, C 3 Cubillos Bolívar Pedro Andrés - Comandante de escuadra, Rojas Elkin, - Comandante de escuadra, Rodríguez González Fernando - fusilero, Pacheco

Bolaños Luis, Pertuz Plata Albert David, Vera Willintog, Mejía Rodríguez Juan.

A folios 119 del cuaderno original uno, el teniente coronel Comandante del Batallón de Artillería N° 2 la Popa, certifica la Lista de los integrantes de la batería Dinamarca Dos:

"ST Burgos Suarez Elkin, C3 Cubillos Bolívar Pedro, C3 Rojas Elkin, DG González Mendoza Jaider, DG Mestre Montero Luis, DG Idaburo Contreras Carlos, SLR Castillo Sánchez Leuder, SLR Correa Prado Brayan. SLR Daza Pérez Jaime, SLR Maestre Martínez Luis, SLR Mejía Rodríguez Juan Manuel, SLR Molina Ballesta Fredy, SLR Murieles Polo Kidenson, SLR Murieles Polo Jeison, SLR Ortega Ortega Nelson, SLR Otero Bello Javier, SLR Paba Mejía Luis Alfonso, SLR Pacheco Bolaños Luis Carlos, SLR Pacheco Galvis Roiber, SLR Pelufo Rodríguez Samir, SLR Peña Romero Wilberto, SLR Peralta González Heíbert, SLR Perez Nuñez Hernesto, SLR Pertuz Plata Albert David, SLR Pinto Maestre Jean Carlos, SLR Polanco Pérez Elkin, SLR Polo Ortega Hernán, SLR Restrepo Teherán Wilmer , SLR Rodríguez González Fernando, SLR Serpa Polo Edgar Rafael, SLR Thomas Simanca José. SLR Vera Wilinton."

Una prueba relevante que obra en el expediente para resaltar que no todos los intervinientes en los hechos fueron investigados, es que el soldado Murieles Polo Kindelson, fue felicitado por el Comando del Batallón La Popa, por haber participado en la "baja" de Maestre Rodríguez, pero no fue procesado. Se observa que en la pesquisa tendiente a identificar a las personas que deben ser procesadas por estos hechos, se aportó copia parcial del orden del día del Batallón La Popa de 21 de octubre de 2004, en la que puede leerse:

"ORDEN DEL DIA N° 245 DEL COMANDO DEL BATALLÓN DE ARTILLERÍA N° 2 "LA POPA" PARA HOY JUEVES 21 DE OCTUBRE DE 2004 EN VALLEDUPAR....

...ARTICULO 712 NOVEDADES DE PERSONAL

(...)

Se complace en felicitar de manera muy especial al siguiente personal que se relaciona "por sus CONDICIONES

20

PROFESIONALES" (sic) obtención de resultados operacionales durante el desarrollo de la misión táctica ESPARTACO, de la operación SATURNO en el sitio región del peligro corregimiento de Atánquez el día 04 de octubre de 2004, donde fue dado de baja un bandido, recuperadas tres armas de fuego y material de guerra, demostrando un alto sentido de pertenencia y deseos de acertar en la misión asignada por el Comando Superior, son ellos:  
ST BURGOS SUAREZ ELKIN  
C3 ROJAS ELKIN  
DG MAESTRE MONTERO LUIS CARLOS  
SLR MURIELES POLO KINDENSON  
SLR PACHECO BOLAÑOS LUIS....."

A folios 235 del cuaderno 5, reposa el listado del personal adscrito a la Batería Dinamarca 2, la cual operaba en el corregimiento de Atánquez donde resultó muerto el señor Víctor Hugo Maestre Rodríguez, relacionado por el señor Teniente Coronel Raúl Antonio Arévalo, Comandante del Batallón de Artillería N° 2 La Popa, fechado en Valledupar el 06 de diciembre de 2005-

**PRIMERA ESCUADRA**

TE BURGOS SUAREZ ELKIN  
SLR SERPA PRADA BRAYAN  
SLR MAESTRE MONTERO LUIS  
SLR PACHECO BOLAÑOS LUIS CARLOS  
SLR PELUFO RODRIGUEZ SAMIR  
SLR PEREZ NUÑEZ ERNESTP  
SLR PINTO MAESTRE JEAN CARLOS  
SLR RESTREPO JERAN WIL.MER  
SLR TOMHAS SIMANZA JOSE  
SLR SEPA POLO EDGAR FARAEL

**SEGUNDA ESCUADRA**

C3 CUBILLOS BOLIVAR PEDRO  
SLR CASTILLO SANCHEZ LEUDER  
SLR DAZA PEREZ JAIME (OPERADOR MGL)  
SLR PERALTA GONZALEZ ELBER (OPERADOR RPG)  
SLR PERTUZ PLATA ELVER DAVID ( OPERARODR M-60)  
SLR POLO ORTEGA HERNAN  
SLR VERA WILINTON  
SLR RODRIGUEZ GONZALEZ FERNANDO

**TERCERA ESCUADRA**

C3 ROJAS ELKIN  
SLR INDADURO CONTRERAS CARLOS  
SLR MAESTRE MARTINEZ LUIS  
SLR MOLINARES BALLESTAS FREDY  
SLR MURIELES POLO KINDENSO  
SLR ORTEGA ORTEGA NELSON

SLR OTRO BELLO JAVIER  
SLR PAVAS MEJIA LUIS ALFONSO  
SLR PACHECO GALVIS ROIBER

Hacemos estas extensas citas de los listados y de lo declarado por los involucrados, respecto de quienes constituían la Batería Dinamarca Dos, a fin de precisar y determinar que durante el proceso nunca hubo claridad en el ente investigador sobre quiénes eran las personas que integraban la Batería Dinamarca Dos y por eso no se le llamó a todos a indagatoria. La competencia de esta Sala está limitada a resolver sobre el asunto apelado, lo que no obsta para observar que existen otras personas - soldados - en las mismas condiciones que los procesados y que no han sido investigados. En cumplimiento de la búsqueda de la verdad real, la investigación integral debe hacerse, por lo que se remitirá copia de lo actuado a la Fiscalía General de la Nación Unidad Nacional de Derechos Humanos, para que ahonde y amplíe la investigación en los términos propuestos.

**4.1.6. ¿Existe error en la calificación jurídica porque no se probó cuál es la responsabilidad de cada uno de los condenados y qué responsabilidad puede ser imputada de manera individual?**

El problema jurídico planteado tiene que ver con la argumentación de los impugnantes en el sentido de que no pudo probarse cuál fue la participación de cada uno de los procesados, y por tanto, sólo se debe condenar al Teniente Burgos, que era el comandante de la Batería Dinamarca Dos. Este es un dilema de carácter dogmático respecto del concepto de autoría y probatorio respecto de quiénes fueron las personas que secuestraron y dieron muerte

a Maestre Rodríguez. Se pregunta la defensa si puede predicarse autoría y responsabilidad de todos y cada uno de procesados con fundamento en la prueba allegada, para contestar que hay que concluir que la sentencia debió señalar cuáles fueron los actos particulares con los que contribuyó cada uno de los condenados en la secuencia táctica que culminó con la muerte del presunto Guerrillero.

Admitir esta teoría implicaría desconocer las normas penales establecidas en el artículo 29 del Código Penal sobre autoría, donde puede leerse que son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte. En este, como en todos los casos de ejecuciones extrajudiciales, los perpetradores obviamente niegan su participación y se cuidan de no dejar testigos ni huellas que los incriminen. En el asunto sub judice, los integrantes de la Batería Dinamarca Dos, no fueron lo suficientemente cuidadosos, pues no sólo se dejaron ver en el caserío, aunque intentaron ocultar su identidad, sino que dejaron como testigos a los dos guías, que luego declararon en su contra. Pero además, presentaron un cadáver como dado de baja en combate, en el que la policía judicial inmediatamente notó huellas que evidenciaban inconsistencias con lo narrado por los militares, esto sumado a las incongruencias que se han resaltado en acápites anteriores y en las cuales incurrieron los militares al momento de "contar la historia" y presentar las "pruebas que la respaldan", por ejemplo las armas presuntamente incautadas al guerrillero después de combate, llevan a la ineludible conclusión de que los integrantes de la Batería Dinamarca Dos, son autores responsables de homicidio de Maestre Rodríguez.

59

Se afirma que son los militares, integrantes de la Batería Dinamarca Dos, los autores responsables del homicidio, pues aunque los testigos solamente mencionan directamente al Teniente Burgos Suarez y a un Cabo, sin decir exactamente cuál de ellos, es lícito en la valoración probatoria recurrir a las inferencias legales y al análisis que efectuó la a quo, pues de no ser así, salvo la confesión, en ningún caso podría condenarse a los autores de este tipo de delitos, por no ser posible establecer de qué manera concreta, con qué actos específicos, con qué movimientos, se aportó, por cada uno de los sujetos agentes al acto criminal, es decir, no puede exigirse, como se entiende de la impugnación presentada por uno de los defensor, que se determine en qué momento se pusieron de acuerdo los integrantes de la batería para cometer el ilícito, de quién fue la idea, si el comandante asignó funciones en el desarrollo de la misma o no y en caso positivo a quién le asignó tal o cual función y si la cumplió efectivamente o no.

En asuntos como el subjuice, no es posible exigirle al juez que determine particularmente cuáles fueron las circunstancias especiales del aporte de cada uno de los procesados, cuál fue su contribución objetiva en la realización del hecho; es suficiente con saber, que en este caso, no se presentó ningún combate y que lo que realmente pasó fue que se capturó ilegalmente y se sacó de la población de Atánquez a una persona, que fue luego asesinada en el cerro El Peligro y presentada como dada de baja en combate. No es relevante, desde la perspectiva dogmática de la coautoría, determinar quién de ellos lo secuestro, quién lo condujo hasta el sitio, quién disparo el arma homicida. Entendemos, de

60

acuerdo con la prueba legalmente aportada, que en forma mancomunada planearon la realización y desarrollaron las acciones tendientes a la ejecución del hecho punible, sin que tenga importancia que el Teniente Burgos diera la orden expresamente, pues es claro que no puede esgrimirse como causal de justificación, ya que la responsabilidad se deriva del actuar conjunto de la Batería Dinamarca Dos. Respecto de la responsabilidad de los coautores en asuntos como el que nos ocupa y de la diferencia de los criterios que guían la coautoría y la coautoría impropia en esta última, como se ha desarrollado jurisprudencialmente el principio de imputaciones recíprocas la Corte Suprema de Justicia<sup>5</sup> ha dicho:

"Si bien es cierto que el inciso 2º del artículo 29 de la ley 599 de 2000, actual Código Penal, tan solo consagra como coautoría aquella en la que los sujetos activos de la conducta, *"mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte"*, también lo es que, tradicionalmente, la Sala ha distinguido dos clases de participación plural de personas en la realización de la conducta punible. La primera, que la Corte ha denominado coautoría propia, ocurre cuando convergen varios sujetos en la ejecución del tipo, pero se considera que cada una de las acciones individuales fue suficiente para producir por sí sola el resultado: *"Son coautores aquellos autores materiales o intelectuales que conjuntamente realizan un mismo hecho punible, ya sea porque cada uno de ellos ejecuta simultáneamente con los otros o con inmediata sucesividad idéntica conducta típica (Pedro, Juan y Diego hacen sendos disparos de revólver sobre Juan y lo matan)"*<sup>6</sup>. Y la segunda, que ha sido denominada por la Sala coautoría impropia, es la contemplada en la norma en comento y en ella concurren (i) una decisión común al hecho, (ii) una división o repartición de funciones y (iii) una contribución trascendente en la fase ejecutiva del injusto. Una de las diferencias fundamentales entre ambas figuras radica en que, por un lado, en la coautoría propia aún es predicable el principio de necesidad, propio de las teorías de la participación de corte objetivo-material, según la cual es autor (o, en el evento de una pluralidad de sujetos agentes,

<sup>5</sup> Sentencia del 14 de octubre de 2009, radicado 26266. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca-

<sup>6</sup> Sentencia de 24 de abril de 2003, radicación 17618, citando a la decisión de 9 de septiembre de 1980. En el mismo sentido, sentencias de 8 de septiembre de 2007, radicación 25974, 8 de noviembre de 2007, radicación 17618, 23 de marzo de 2009, radicación 29418, y 8 de julio de 2009, radicación 31085, entre otras.



61

coautor) quien realiza una aportación imprescindible y causal al resultado típico, sin la que éste jamás se hubiera podido concretar<sup>7</sup>. En la coautoría impropia o funcional, por el contrario, lo que impera es el principio de la imputación recíproca, ya referido por la Corte en anteriores providencias, de acuerdo con el cual... "[...] cuando existe una resolución común al hecho, lo que haga cada uno de los coautores es extensible a todos los demás, sin perjuicio de que las otras contribuciones individualmente consideradas sean o no por sí solas constitutivas de delito"<sup>8</sup>. De esta manera, salta a la vista que en la figura de que trata el inciso 2º del artículo 29 del Código Penal no es posible aplicar el principio de necesidad de la aportación causal, en la medida en que cada uno de los coautores necesita la intervención de los demás en aras de la obtención del fin común. En otras palabras, el dominio del hecho es conjunto, porque existe una interdependencia funcional entre los partícipes. Adicionalmente, la valoración acerca de la importancia del aporte individual al hecho la debe realizar el funcionario mediante un juicio *ex ante*, es decir, teniendo que retrotraerse al momento de la acción y examinando si según las condiciones de un observador inteligente situado en la posición de autor el aporte sería relevante para alcanzar el objetivo en común. Es decir, para efectos de establecer la trascendencia de la acción individual, es improcedente todo juicio de verificación *ex post* que implique el reconocimiento, ya sea explícito o tácito, del principio de necesidad de la aportación casual o, lo que es lo mismo, que parta de la idea de que conforme a las circunstancias a la postre conocidas el resultado debió haber dependido en concreto del aporte del partícipe, como ocurriría, por ejemplo, si se fundara la coautoría del vigilante o 'campanero' tan solo por el hecho de que, ante el peligro de ser descubiertos, tuvo que actuar avisándole a los demás<sup>9</sup>. El juicio *ex ante*, por el contrario, se sustenta en que la contribución ya es significativa cuando la función que de acuerdo con el plan común se le atribuye a la persona representaría una intervención inevitable en el evento de producirse las circunstancias oportunas. En el ejemplo dado, entonces, la importancia de la función no podría ser estimada en razón de la materialización de un determinado acto o no, sino en virtud de qué tan relevante era para la empresa criminal la labor de vigilancia en el caso de haber sido necesaria, sin perjuicio de que al final la participación tan solo se haya quedado en el plano de apoyo psíquico o moral. La Corte de ninguna manera ha sido ajena a tal postura, en la medida en que en múltiples providencias ha recalcado que el aporte individual al hecho puede, además de físico, ser espiritual: "Esa contribución común en pro del mismo fin puede ser material o moral -éspiritual-, por ejemplo cuando, en esta última hipótesis, la presencia definida de uno de los comuneros refuerza o estimula el cumplimiento del plan trazado, presiona y multiplica las energías de los otros, apoya al resto, reduce las defensas de la víctima, aumenta la intimidación padecida por ésta, incrementa la

<sup>7</sup> Cf. Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en materia penal*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 58-61.

<sup>8</sup> Sentencia de 2 de julio de 2008, radicación 23438. En el mismo sentido, sentencia de 18 de marzo de 2009, radicación 26631.

<sup>9</sup> Roxin, Op. cit., p. 314.

22

*agresividad de los otros autores o comporta una mayor seguridad para ellos en cuanto, v. gr., la cantidad de sujetos intensifica el amedrentamiento que sufre la persona objeto de la acción, efe.”<sup>10</sup>.*

Otra de las implicaciones del principio de la imputación recíproca radica en que, para la Sala, en aquellas actividades delictivas en las que uno o varios de los sujetos llevan consigo armas de fuego, a todos les son achacables como coautores los resultados típicos que con la utilización de las mismas se produzcan: ... “[...] cuando varias personas deciden cometer un delito de hurto y para su realización utilizan armas de fuego, están creando un riesgo jurídicamente desaprobado que a todos les corresponde asumir en la medida de su intervención, pues la decisión de incorporar a la tarea delictiva las armas se atribuye a todos y por tanto también será de todos la responsabilidad por los delitos que se cometan con el empleo de esas armas en desarrollo de la conducta punible cometida. “En consecuencia, el hecho de que uno de los procesados hubiese ejecutado materialmente la descripción típica consagrada en las conductas punibles, ello de manera alguna conlleva a [sic] que se sustraiga a los terceros de su condición de autor<sup>11</sup>.

De las declaraciones rendidas por los soldados miembros de la Batería Dinamarca Dos, que comandaba el Teniente Elkin Burgos, puede colegirse que están de acuerdo previamente en lo que declararon para hacer coincidir los aspectos fundamentales de la secuencia fáctica que narran y con la que pretenden hacer creer que no estuvieron en el caserío de Atánquez, que no retuvieron ilegalmente a Víctor Hugo Maestre y que este murió en un enfrentamiento con un grupo armado ilegal, pero la prueba dice todo lo contrario como se ha analizado en acápites anteriores.

La contribución de cada uno de los integrantes de la Batería Dinamarca Dos, fue determinante en los hechos investigados. El Comandante Burgos Suárez y los demás suboficiales y soldados mancomunadamente, dominaron la situación fáctica, determinando el curso causal que inició con el secuestro y terminó con la muerte de Maestre Rodríguez.

<sup>10</sup> Sentencia de 21 de agosto de 2003, radicación 19213. Reiterada en los fallos de 26 de octubre de 2006, radicación 22733, 10 de junio de 2008, radicación 23033, y 8 de julio de 2009, radicación 31085, entre otras muchas.

<sup>11</sup> Sentencia de 28 de septiembre de 2006, radicación 20662,

#### 4.1.7. ¿Se presenta concurso de los delitos de Homicidio y Secuestro o este sólo es aparente?

En este aspecto encuentra Ja Sala, que es acertada la posición de la defensa cuando argumenta que debió condenarse únicamente por el delito de homicidio, ya que la retención y conducción al lugar donde fue asesinado hace parte del *iter criminis* y no constituye el delito autónomo de secuestro. Efectivamente, tal como lo describe la sentencia condenatoria, el grupo de soldados comandados por el Teniente Burgos ejecutó la captura ilegal de Maestre Rodríguez y lo condujo hasta el cerro El Peligro donde le dieron muerte con el objetivo de presentarlo como un miembro del ELN dado de baja en combate.

Las varias acciones ejecutadas por los procesados tenían unidad de acción, pues todas iban dirigidas a una misma finalidad concreta, determinada por los autores, la que era presentar a Maestre Rodríguez como un guerrillero dado de baja en combate, si el objetivo sólo hubiera sido matarlo, pudieron haberlo hecho en el propio corregimiento de Atánquez, pero era necesario conducirlo hasta un sitio adecuado para simular el enfrentamiento armado, así que para el fin perseguido por los sujetos agentes era necesario secuestrar y trasladar a la víctima, sin que estas dos acciones puedan tipificarse autónomamente como delitos, en este caso lo que encontramos es un concurso aparente de tipos, pues los militares desarrollaron una sola conducta penalmente relevante.

b4

Para determinar en cuales casos nos encontramos frente a un concurso real y en cuales frente a un concurso aparente de tipos penales, puede recurrirse a los criterios establecidos jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal<sup>12</sup> quien al respecto ha dicho:

El *concurso aparente* de delitos ocurre -que bien se ha clarificado es solo un aparente concurso-, cuando una misma situación de hecho desplegada por el autor pareciera adecuarse a las previsiones de varios tipos penales, cuando en verdad una sola de estas normas es aplicable al caso en concreto, atendiendo razones de especialidad, subsidiaridad o consunción que las demás resultan impertinentes por defectos en su descripción legal o porque las hipótesis que contienen van más allá del comportamiento del justiciable<sup>13</sup>. Se trata, por ende, de un formal acomodamiento de ía conducta a dos disímiles descripciones que la punen en la ley, solo que el análisis de sus supuestos bajo aquellos postulados generales de contenido jurídico elaborados por la doctrina posibilitan descartar su material concurrencia, por entrar, preferiblemente, uno de ellos a colmar en los distintos órdenes de los principios que los regulan, con mayor amplitud en sus características estructurales, o en el desvalor de conducta que es predicable o en el nivel de afectación del bien jurídico que es objeto de tutela con su contemplación legal<sup>14</sup>. La jurisprudencia<sup>15</sup> ha señalado que el *concurso aparente* de tipos penales tiene como presupuestos básicos (i) la unidad de acción, esto es, que se trata de una sola conducta que encuadra formalmente en varias descripciones típicas, pero que realmente sólo encaja en una de ellas, (ii) que la acción desplegada por el agente persiga una única finalidad y (iii) que lesione o ponga en peligro un solo bien jurídico, de manera tal que la ausencia de uno de tales elementos conduce a predicar el concurso real y no el aparente<sup>16</sup>. La Corte Suprema de Justicia<sup>17</sup> ha destacado,

<sup>12</sup> Sentencia de julio 25 de 2007, radicado 27383, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

<sup>13</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias de 9 de marzo de 2006, radicación 23755 y de 10 de mayo de 2001, radicación 14605, entre otras. La Corte Constitucional lo define como aquel concurso que tiene lugar cuando una misma conducta parece subsumirse a la vez en varios tipos penales diversos y excluyentes, de tal manera que el juez, no pudiendo aplicarlos coetáneamente sin violar el principio del *non bis in ídem*, debe resolver concretamente a cuál de ellos se adecúa el comportamiento en estudio (Sentencia C-133/99).

<sup>14</sup> En lo dicho véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 15 de junio de 2005, radicación 21629.

<sup>15</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 17 de agosto de 2005, radicación 19391.

<sup>16</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 15 de junio de 2005, radicación 21629.

<sup>17</sup> Ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias 18 de febrero de 2000, radicación 12820, de 10 de mayo de 2001, radicación 14605, y de 9 de marzo de

65

coincidiendo con la doctrina, que la solución racional del *concurso aparente* de tipos -para obviar el quebranto del principio *non bis in ídem*-, en el sentido de seleccionar la norma que resulte adecuada, impone la aplicación de los principios de *especialidad, subsidiariedad y consunción, ....*"

La secuencia fáctica sintetizada, puede describirse diciendo que los procesados retuvieron a Maestre Martínez y luego de trasladarlo hasta el cerro el peligro lo mataron. Esta pluralidad de movimientos, presenta unidad de acción que va dirigida a un fin único, y aparentemente pone en peligro varios bienes jurídicos inicialmente desde una ubicación temporal posterior como la que corresponde al Juzgador y desde una perspectiva externa lo que se observa es un atentado contra la libertad individual, una vez determinado el objetivo final de la retención y ejecutado el acto realmente querido, es decir el homicidio, queda claro que la retención sólo fue un medio para llegar al fin, presentar a Víctor Hugo Maestre como guerrillero dado de baja en combate y luego lograr el "positivo".

En el asunto sub iudice, el delito de homicidio contiene todos los elementos constitutivos del secuestro, hace parte el capturar y trasladar a la persona hasta el sitio en que se requiere darle muerte para cumplir el plan de presentarla como dada de baja en combate. Así el juicio de desvalor del homicidio consume el juicio de desvalor del otro delito, dado que la entidad del secuestro no trasciende ni cobra autonomía respecto de la violación del bien jurídico tutelado por la ley en este caso la libertad individual, en la medida en que el legislador ya ha descrito y sancionado en el homicidios dejando sentado que no tendría sentido para los "secuestradores" arrebatarse a la persona si no tuvieran la intención 2006

66

desde un principio y efectivamente materializaran el homicidio que es realmente el único delito que cometen, y por tanto, no estamos frente a un concurso aparente de tipos.

En este orden, deberá revocarse de la condena el concurso y tasar la pena sin considerar este último hecho punible, por lo que la pena a imponer será de 339 meses de prisión, acogiéndonos a la pena impuesta por la a quo.

Capítulo aparte merece la participación de los guías indígenas Torres Daza y Montero Montero, los que fueron condenados como cómplices en el secuestro y según se ha argumentado, son cómplices pero en el homicidio, su ayuda fue fundamental para ubicar y señalar a Maestre Rodríguez, si bien no se estableció si conocían y compartían o no las intenciones de los militares, pero en el asunto a estudio desde la perspectiva de los apelantes nos encontramos frente a la figura del apelante único, pues aunque varios defensores presentaron argumentos en contra de la sentencia condenatoria; todos los sujetos coinciden en solicitar la revocatoria de la sentencia condenatoria a favor de sus prohijados, y por tanto, estamos frente a la prohibición de reforma en peor, lo que restringe la competencia de la Sala en virtud de la pretensión de estos actores. Por ello, a pesar de considerar que la sanción a los dos guías indígenas Torres Daza y Montero Montero, debió ser mayor se mantendrá la impuesta por la a quo ya que les es más favorable.

Como colofón de lo argumentado, puede entonces finalmente concluirse que existe prueba suficiente según la exigencia legal

67

del artículo 232 de la ley 600 de 2000, para dictar sentencia condenatoria en contra de los procesados, en esencia esta es:

(i) Que la víctima fue reportado por el ejército como dada de baja en combate.

(ii) Que Víctor Hugo era considerado por el grupo de ejército como miliciano alzado en armas.

(iii) Que fue sacado a la fuerza de Atánquez por un grupo de hombres armados y uniformados.

(iv) El mismo día este grupo pretendió sin éxito secuestrar a otras dos personas tildadas en el pueblo de ser milicianas.

(v) Que algunos testigos identifican a este grupo como el dirigido por el Teniente Burgos Suarez.

(vi) La hermana de la víctima denunció su secuestro el día 4 de octubre, antes de que el ejército lo reportara como dado de baja en combate.

(vii) Los informantes y guías del ejército, Giovanni Montero y Aníbal Torres, afirman textualmente en sus declaraciones que el ejército "agarró" a Víctor Hugo.

(viii) Víctor Hugo Maestre fue presentado por el comando del Batallón La Popa como dado de baja en combate.

(ix) En la zona, para la época de los hechos había dos grupos armados; así resulta una lógica deducción los autores del

68

secuestro pertenecían al mismo grupo que posteriormente lo presentó como dado de baja en combate.

La prueba testimonial analizada lleva a la certeza de la ocurrencia del homicidio y de la responsabilidad de los soldados comandados por el Teniente Burgos Suarez. Contó la a quo con la prueba testimonial directa de los vecinos del pueblo que vieron a los soldados encapuchados, pero identificados, sacar a Maestre Rodríguez de Atánquez y el testimonio directo de los guías que acusan a la patrulla militar de darle muerte en el cerro El Peligro. Si no se contara con la prueba testimonial de los guías indígenas sobre el momento del homicidio, la prueba indiciaría llevaría a la misma conclusión con un alto margen de probabilidades de acierto. Teniendo probado, como hechos indicadores, que fueron los soldados quienes retuvieron a Maestre Rodríguez, que fue presentado como dado de baja en combate y las incongruencias respecto de detalles como las armas encontradas, el uniforme y las otras, ya suficientemente ilustradas, también probadas, sobre el presunto enfrentamiento armado, resulta concluyente la autoría y responsabilidad de los procesados. Razones suficientes para confirmar en este aspecto la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, EN SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

J



69


## RESUELVE

1. Confirmar parcialmente la sentencia apelada, aclarando que se condena únicamente por el delito de homicidio agravado a Eikin Leonardo Burgos Suárez, Pedro Andrés Cubillos Bolívar, Eikin Rojas, Luis Carlos Pacheco Bolaño, Luis Carlos Maestre Montero, Fernando José Rodríguez González, Juan Manuel Mejía Rodríguez, Herber de Jesús Peralta González, Albert David Pertúz Peralta, Willintong Vera y Leduder Jarman Castillo Sánchez, y se revoca la condena en lo que tiene que ver con el secuestro simple.
2. Como consecuencia de lo anterior, se les modifica la pena impuesta en primera instancia, quedándoles en definitiva en trescientos treinta y nueve (339) meses de prisión. La multa impuesta queda igual a la fijada en el fallo apelado, es decir, en setecientos (700) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
3. Respecto de Aníbal Torres Daza y Guiovanny Montero, se confirma la sentencia, en aplicación del principio de la prohibición de reforma en peor.
4. Negar la nulidad solicitada.
5. Remitir a la Fiscalía General de la Nación Unidad Nacional de Derechos Humanos, copias fotostáticas de esta actuación, para que se investigue a los demás integrantes, para la fecha de los hechos, de la Batería Dinamarca Dos adscrita al Batallón la Popa.

72

6. Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE**  
Magistrado

(Permiso)

**JORGE E. CABRERA JIMÉNEZ**  
Magistrado

  
**RAFAEL DÍAZ MEZA**  
Magistrado

  
**MARTHA VALERA IBÁÑEZ**  
Secretaria