

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO ONCE PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE BOGOTA

Bogotá. D. C., Febrero dos (2) de dos mil Diez (2010)

Referencia : Causa número 110013107011-2009-00056-00
Procesados : JUAN DE DIOS USUGA DAVID
Conductas punibles : HOMICIDIO AGRAVADO, CONCIERTO PARA DELINQUIR Y PORTE ILEGAL DE ARMAS
Procedencia : Fiscalía 82 Especializada Unidad D.H y D.I.H Proyecto O.I.T.
Asunto : Sentencia Ordinaria
Decisión : Sentencia condenatoria

1.- ASUNTO

El Despacho se ocupará de proferir sentencia ordinaria en el proceso adelantado contra JUAN DE DIOS USUGA DAVID, una vez adelantado el juicio por homicidio agravado en concurso heterogéneo con el de concierto para delinquir y Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones. Sin embargo, se tomarán adicionalmente al fallo, otras decisiones.

2.- SITUACIÓN FÁCTICA

El 19 de septiembre de 2000 a las 7:00 p.m., en el sector denominado La Luna en la ciudad de Cali, -Valle, mientras se encontraba parqueado en la camioneta que conducía, fue herido con arma de fuego el señor OMAR DE JESUS NOGUERA PAZ, quien se encontraba afiliado al Sindicato de Trabajadores de las Empresas Públicas de Cali- SINTRAEMCALI-. Su muerte se produjo 4 días después.

3.- INDIVIDUALIZACIÓN DEL PROCESADO

JUAN DE DIOS USUGA DAVID, alias "Giovanni" fue vinculado a la actuación mediante declaración de persona ausente, y a su nombre la Registraduría registra el Número de cédula de ciudadanía 71.938.240,¹ nacido el 26 de Septiembre de 1967 en Turbo Antioquía, hijo de JUAN DE DIOS y ANA.

4.- ACTUACIÓN PROCESAL

4.1.- La Fiscalía Seccional 26 Unidad de Vida e Integridad Personal de Cali, (Valle), mediante decisión del 29 de agosto de 2003, resolvió inhibirse de la apertura de investigación por la muerte del señor OMAR DE JESUS NOGUERA PAZ, debido a que no se logró individualizar a los presuntos autores del hecho.²

4.2.- En auto del 6 de marzo de 2007, la Fiscalía Octava (8ª.) Especializada Unidad O.I.T de Cali, (Valle), avocó conocimiento de la investigación³ y en decisión de calenda 7 de marzo siguiente declaró de oficio la nulidad de la resolución inhibitoria que había proferido la

¹ A folio 2 del c.o. Num 2, obra informe de consulta AFIS de la Registraduría Nacional del Estado Civil, a nombre de JUAN DE DIOS USUGA DAVID

² Folio 117 c.o. Num, 1

³ Folio 119 c.o. Num 1

Fiscalía Seccional 26 Unidad de Vida e Integridad Personal de Cali, (Valle) y en su lugar ordenó la práctica de pruebas⁴. Luego, en auto del 24 de agosto siguiente decretó otras pruebas⁵ con el fin de perfeccionar la investigación e identificar a los autores del hecho.

4.3- Mediante decisión del 31 de Julio de 2008, la Fiscalía decretó medida de aseguramiento consistente en detención preventiva contra HEBERT VELOZA GARCIA alias "Carepollo o H.H" y ELKIN CASARRUBIA POSADA alias "El Cura o Mario"⁶

El 20 de agosto del presente año, desde su lugar de detención en la Cárcel de Itagú (Antioquia) y ante la Fiscalía 82 Especializada D.H y D.I.H de Cali, (Valle), el procesado HEBERTH VELOZA GARCIA aceptó que Elkin Casarrubia y Reyes Guerrero pertenecían al Bloque Calima de las AUC y los cargos formulados por el instructor en forma integral (Folio 229 c.o.1); lo propio hizo el 25 de septiembre cursante, el sindicado ELKIN CASARRUBIA POSADA, alias "El Cura o Mario". Como el curso natural de esas actuaciones era la emisión de sentencia (que evidentemente ya se concretó contra los comandantes), la Fiscalía dispuso decretar la ruptura de la unidad procesal, y continuar la investigación en contra de JOSE MARIA REYES y JUAN DE DIOS USUGA DAVID⁷.

4.4. Mediante resolución del 14 de octubre del año cursante, la Fiscalía dispuso decretar la ruptura de la unidad procesal en relación con el sindicado JOSE MARIA REYES, quien aceptó cargos, y continuar la investigación en contra de JUAN DE DIOS USUGA DAVID.⁸ (Folio 297 c.o.1).

⁴ Folio 120 c.o. Num 1

⁵ Folios 156- 157 c.o. Num1

⁶ Folio 188 c.o. Num 1

⁷ Folio 275 c.o. Num 1

⁸ Folio 297 c.o. Num 1

4.5 El señor **JUAN DE DIOS USUGA DAVID** alias "GIOVANNI" vinculado en esta actuación mediante declaratoria de persona ausente⁹ por los delitos de homicidio agravado -artículo 103, en concordancia con el artículo 104 numerales 7º y 10º-, **concierto para delinquir agravado**, según el artículo 340 inciso segundo del Código Penal, y **Porte Ilegal de Armas art 365 C.P.**, delitos por los que la Fiscalía Delegada resolvió situación jurídica e impuso medida de Aseguramiento consistente en detención preventiva¹⁰. El 3 de Abril de 2009 dispuso el cierre de la investigación y el merito del sumario se calificó con resolución de acusación contra JUAN DE DIOS DE USUGA DAVID por el concurso heterogéneo de los delitos de Homicidio Agravado, porte ilegal de Armas y concierto para delinquir Agravado en su calidad de coautor material impropio¹¹

4.6. Ejecutoriada la resolución que calificó el merito del sumario¹² las diligencias fueron asignadas a este Despacho de conocimiento, el día 29 de Septiembre de 2009; descorrido el termino legal del artículo 400 del C.P.P. Ley 600 del 2000, el 10 de Noviembre se efectuó la audiencia preparatoria; la audiencia pública de juzgamiento se efectuó el día 22 de Diciembre de 2009.

5. FUNDAMENTOS DE ORDEN LEGAL

5.1. DE LA COMPETENCIA

El Acuerdo PSAA08-4959 de julio 11 de 2008, establece que los Juzgados Penales del Circuito Especializados de Descongestión creados a partir del 25 de junio del 2008, conocen exclusivamente del trámite y fallo de los procesos penales relacionados con los homicidios y otros actos de violencia contra dirigentes sindicales y sindicalistas, que se encuentren en

⁹ Folios 4 al 8 c.o. Num 2

¹⁰ Véase resolución de situación jurídica folios 42 a 62 c.o. Num 2

¹¹ Véase folios 81 a 89 c.o. Num 2, la decisión tiene fecha del 20 de mayo de 2009.

¹² Ejecutoriada Julio 29 de 2009

curso en los diferentes despachos judiciales del territorio Nacional, en cumplimiento al Acuerdo tripartito entre el Gobierno Colombiano, los sindicatos y los empresarios, dirigido a la defensa de los derechos fundamentales y el establecimiento de una presencia permanente de la O.I.T en Colombia (Organización Internacional del Trabajo), aprobado el 6 de septiembre de 2006 por el Consejo Nacional de Política Económica y Social, encaminado al fortalecimiento de la capacidad del Estado Colombiano para investigar, juzgar y sancionar violaciones a los Derechos Humanos y al DIH. Esas atribuciones se han prorrogado hasta junio del presente año, según el Acuerdo **PSAA09-6399** del 29 de Diciembre de 2009.

En desarrollo de ese programa y en consideración a que la víctima OMAR DE JESUS NOGUERA PAZ, era afiliado a la organización sindical de primer grado, SINTRAEMCALI¹³, la sentencia debe dictarse por los despachos concebidos dentro del programa OIT.

5.2. PRESCRIPCIÓN POR EL DELITO DE PORTE ILEGAL DE ARMAS.

La prescripción de la acción penal está prevista como la consecuencia que el Estado debe soportar por haber dejado vencer el plazo que tiene para el ejercicio del ius puniendi, y se consagra como garantía para las personas que por sus comportamientos son pasibles de investigación penal, a fin de no someterles a acciones penales de término indefinido.

De ahí que el artículo 201 del decreto- ley 100/80, en cuya vigencia se cometió el delito, haya establecido la prescripción como fenómeno generador de extinción de la acción penal, y las normas que reglan esa figura sustancial del Derecho penal.

¹³ Folio 242 c.o.1

En el artículo 201 originario del decreto ley 100/80 en cita, se sancionó el delito de porte ilegal de armas con pena de prisión entre 1 y 4 años¹⁴, es decir, que a voces del artículo 80 del C.P., el término de prescripción para este delito contra la seguridad pública es de 5 años, y aunque con las modificaciones que ha sufrido esa norma sustantiva actualmente la pena es ostensiblemente más severa (ley 1142/07), por razones de favorabilidad debe aplicarse ultractivamente la primera mencionada.

Si como se dejó plasmado, el hecho que nos ocupa ocurrió el 23 de Septiembre de 2000, no se dedujeron circunstancias de mayor punibilidad y la resolución de acusación cobró ejecutoria el 28 de julio de 2009, es decir, que para ese momento habían transcurrido cerca de 8 años y 9 meses sin que se hubiese interrumpido el fenómeno prescriptivo, lo que conduce irremediablemente a la consolidación del fenómeno de la prescripción y a que la acción penal no pueda proseguir por este delito, tal como acertadamente lo advirtió el señor Defensor de oficio en sus alegatos conclusivos.

En ese orden de ideas, conforme al artículo 39 inciso 2 de la ley 600 que a este trámite corresponde, el juzgado de conocimiento declara la prescripción de la acción penal y cesa el procedimiento de la actuación, por el delito contra la seguridad pública.

5.3. DE LA CESACION DE PROCEDIMIENTO POR EL DELITO DE CONCIERTO PARA DELINQUIR.

Preliminarmente debe señalarse que respecto del delito de concierto para delinquir agravado, estaba vigente para la época de comisión, el Decreto 100 de 1980, que en su artículo 186 inciso 3º establecía para este delito una sanción que fluctuaba entre 10 a 15 años de prisión, por manera que en aplicación del principio de favorabilidad la norma

¹⁴ Es la misma pena establecida en la Ley 599 de 2000

aplicable es la Ley 599 de 2000, pues en el artículo 340 inciso 2º señala una pena que va desde 6 hasta 12 años de prisión.

En los alegatos de conclusión la Fiscalía no impetró condena por este delito, toda vez, que a través de la prueba oficiosa se acreditó la existencia de sentencia sancionatoria anterior por el mismo, proferida por el Juzgado 10 Penal del Circuito Especializado, argumento que también fue coadyuvado por la Defensa.

El delito de concierto para delinquir, presupone la existencia de una organización, conformada por un grupo de personas que han convenido llevar a cabo un número plural de delitos de cualquier naturaleza, colocando en peligro o lesionando indistintos bienes jurídicos tutelados, ya sea mediante la realización plural y simultánea de los agentes, o con la división de trabajo en un codominio del hecho¹⁵.

Dentro de la actuación resulta evidente que efectivamente la eliminación de la víctima se atribuye a la organización paramilitar AUC, actor ilegítimo dentro del conflicto armado colombiano, independientemente de que todas sus acciones ilícitas no estén relacionadas o sean cometidas con ocasión de aquel. En ese orden, y sabiendo de la pertenencia, figuración y protagonismo del aquí juzgado dentro de esa estructura de poder, sería viable referirnos en concreto al delito contra la seguridad pública que se le carga en la resolución de acusación, el concierto para delinquir agravado, como que hace parte del pliego de cargos y es necesario tomar una determinación de fondo al respecto.

El contenido del tipo penal que consagra el concierto para delinquir, corresponde a un delito de ejecución permanente¹⁶, luego es necesario

¹⁵ Corte Suprema de Justicia. M.P.DR. MAURO SOLARTE PORTILLA- 18/04/07 Proceso: 23997.

¹⁶ Se entiende por delito permanente aquel comportamiento *único* que inicia la vulneración o puesta en riesgo del bien jurídico y, *sin solución de continuidad*, mantiene en el tiempo la ofensa a ese interés hasta cuando el autor, por voluntad propia, deja de lesionarlo, o hasta cuando por otra razón, por ejemplo, la muerte de la víctima, su huida, el arresto del agente o la clausura de la instrucción, desaparece el daño o el peligro al interés o valor tutelado. *Ibídem*

descartar el interregno criminal sobre el cual gravita el juzgamiento y la eventual sentencia, garantizando así los principios de seguridad jurídica, y el de *non bis ídem*, bien sea en la modalidad de investigación simultánea por un mismo hecho, o en la de cosa juzgada¹⁷.

Dice la Corte: “ En consecuencia, como con la ejecutoria de la resolución de acusación se hace, por así decirlo, un corte de cuentas en el delito permanente que permite valorar el comportamiento ilícito que el procesado realizó por lo menos hasta el cierre de la investigación, se debe aceptar como cierto, aunque en veces sea apenas una ficción, que allí cesó el proceder delictivo y, en consecuencia,

i) los actos posteriores podrán ser objeto de un proceso distinto; y,

ii), a partir de ese momento es viable contabilizar *por regla general* el término ordinario de prescripción de la acción penal como que, en virtud de la decisión estatal, ha quedado superado ese “último acto” a que se refiere el inciso 2º del artículo 84 del Código Penal.”

También allí preciso que en tratándose de conductas que perduran en el tiempo, la regla general para determinar el último acto motivo de reproche penal en un procedimiento en concreto, es que se consideran involucrados todos los actos cumplidos hasta el cierre de investigación; los actos posteriores que se generen serán motivo de otro proceso penal. Otra variable prevista como excepción es hasta la fecha de captura del inculpado en el decurso de la actuación¹⁸.

De otro lado en el expediente obra la actualización reporte DAS¹⁹ de fecha 2 de Septiembre de 2008 suscrito por la detective LUZ ELVINA FARFAN ORJUELA donde se reportan algunas radicaciones delictivas del año 2006, 2008, contra del acusado, entre ellas los sumarios 518367, 815074,390310, de las Fiscalías 8 Especializada y 82 de Derechos Humanos por el delito de concierto para delinquir, por lo que el

¹⁷ Sentencia de 26 de septiembre de 2007 Radicado 23.896 M.P. Mauro Solarte P.

¹⁸ Sentencia 30 de marzo-06. M.P. ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON, Rad. 22813

¹⁹ Folio 276 c.o. Num 1

despacho solicitó a la autoridad la información respectiva acerca del estado de dichas investigaciones²⁰.

Según la jurisprudencia precitada y establecido que la regla general para el límite temporal de la imputación, es hasta la resolución de acusación, no obstante la permanencia del delito hasta el cierre de la investigación se considera como el último acto, dado que se trata de una persona vinculada como persona ausente sin que esté demostrado que a lo largo del trámite haya estado detenido, tenemos que el límite para el juzgamiento de este delito de concierto es el acto de cierre de investigación, que en este caso corresponde al **3 de abril de 2009**, pero esta fecha no se puede mirar de manera aislada, sino en relación con la prueba documental allegada, esto es copia de la sentencia proferida por el Juzgado 10 Penal del Circuito Especializado de fecha 16 de marzo de 2009²¹, donde se condena a USUGA DAVID por los delitos de Homicidio en Persona Protegida en concierto para delinquir Agravado.

De cara a establecer la violación a la garantía del non bis in ídem, se tiene que el cierre de investigación del Juzgado 10 Penal del Circuito Especializado ocurre el **13 de mayo de 2008**²²; es decir, que hasta esa fecha se consideran involucrados todos los actos cumplidos que hacen a elementos propios del concierto para delinquir. Significa que al verificar los hechos que nos ocupan alcanzan a estar inmersos en ese interregno, toda vez que la víctima en este caso, OMAR DE JESUS NOGUERA PAZ, perdió la vida el día 19 de Septiembre del 2000, circunstancia objetiva que permite afirmar que USUGA DAVID ya fue juzgado por el delito de Concierto para delinquir Agravado y que cobija los hechos hoy juzgados por este punible;

²⁰ La Fiscalía 82 da cuenta de haber remitido las diligencias bajo el radicado 538357²⁰ a este mismo Despacho, que devolvió la actuación con nulidad; asimismo el proceso No. 815074 fue remitida al juzgado 10 Penal del Circuito Especializado, y la radicación Num 390310 corresponde a este proceso.

²¹ Folios 59 a 100 c.o. Num 3

²² Vease folio 5 de la copia de sentencia rad 110013107010200800016

entonces al determinar que tal acto se lo atribuyó las Autodefensas Unidas de Colombia, bloque Calima, con el que estaba cocrterado, fácil es establecer que los cargos en una y otra acción penal guardan consonancia, pues se trata de una misma organización delictiva con idénticos objetivos en casi la totalidad del territorio nacional.

La Corte Suprema de Justicia en repetidas ocasiones ha precisado el alcance del principio constitucional de la cosa juzgada, según el que las sentencias judiciales ejecutoriadas o cualquier otra decisión con la misma fuerza vinculante, son material y jurídicamente intocables y resultan de obligatorio acatamiento, dado su carácter definitivo e inmutable, razón por la cual se prohíbe al funcionario judicial adelantar nuevas investigaciones por hechos ya juzgados, acorde con lo prevenido al respecto por el artículo 29 de la Constitución Política y los artículos 8° de la ley 599 y 19 de la ley 600 de 2000, que rigen esta actuación.

Los tratados internacionales sobre derechos humanos que se encuentran inmersos en nuestra legislación a través del llamado bloque de Constitucionalidad, en virtud del artículo 93 de la Constitución Política, tampoco han sido ajenos al tema. Recuérdese que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consagra en el artículo 14-7 *"Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país"*. Igualmente, el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica pregona: *"El inculpado absuelto por sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos"*.²³

En el caso particular, se encuentran reunidos los requisitos doctrinarios y jurisprudenciales para deprecar la existencia del - *principio non bis in dem* -, al existir identidad de: i) sujeto: el inculpado debe ser la misma persona física en dos procesos de la misma índole, ii) objeto:

²³ Véase sentencia No 23997 del 18 de Abril de 2007 M.P. Mauro Solarte Portilla

está constituido por el hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo penal, es decir correspondencia en la especie se refiere a que el motivo de iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos²⁴.

En ese orden de ideas, al existir identidad en los presupuestos jurisprudenciales atrás aludidos, antes que absolver al acusado, debe reconocerse el error en que se incurrió al judicializarlo doblemente por el mismo hecho, se cesará el procedimiento por el injusto contra la seguridad pública, dado que no puede proseguir de conformidad con el artículo 39 inciso 2 de la Ley 600 de 2000.

5.4. DE LOS PRESUPUESTOS DE CONDENA

Con base en el material probatorio adosado al paginario y en virtud de la permanencia de la prueba, se analizará si esta conduce al grado máximo del conocimiento, es decir, certeza, para imponer la sanción punitiva del Estado, en términos del artículo 232 de la ley 600/00, referido a la acreditación de la materialidad del injusto y la responsabilidad del procesado²⁵, de tal suerte que de existir la duda, debe resolverse a favor del procesado, a la luz del inciso 2º del artículo 7º del Código Penal. En consecuencia, determinados el ámbito de valoración y condena se procederá a efectuar el análisis pertinente, teniendo en cuenta las reglas de la experiencia, los postulados de la ciencia y los parámetros de la lógica.

5.4.1. De las conductas punibles

5.4.1.1. Del Homicidio Agravado

²⁴ Sentencia 6 -sep-07. M.P. María del Rosario González de Lemus. Rad. 26591

²⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. M. P. DRA. MARINA PULIDO DE BARON. FECHA: 10/11/2005. PROCESO: 22987

Pese a que según la fecha de los hechos, -19 de septiembre de 2000- la legislación aplicable sería el Decreto 100 de 1980, vigente en el tiempo de comisión del ilícito, y que contempló en su artículo 324 para el delito de homicidio agravado una pena psilante entre 40 y 60 años, por concurrencia del principio de favorabilidad al procesado, se procederá a la aplicación de la Ley 599 de 2000 - que en su artículo 103 impone una pena para de 25 a 40 años de prisión para el mismo delito, como quiera que la punibilidad es ostensiblemente menor.

5.4.1.2. DE LA OCURRENCIA DEL INJUSTO TÍPICO.

Para acreditar la materialidad del ilícito están referidos varios de los actos de investigación que la policía judicial en coordinación con la fiscalía desplegaron, tales como la inspección de cadáver N° 2753 al cuerpo del señor OMAR DE JESUS NOGUERA PAZ, identificado mediante necrodactilia, donde se hizo descripción de las heridas, lesiones y huellas de violencia encontradas en región escapular, axilar, región interclavicular, brazo y cara²⁶. Se explica la ubicación de heridas en informe técnico N° 001754 ²⁷; además se allegó el álbum fotográfico radicación N° CTI 001754, con 8 fotografías que ilustran acerca de la posición del cadáver en la morgue del hospital, los orificios producidos por arma de fuego, una herida de carácter quirúrgico y fotografía donde se observan los rasgos morfológicos del occiso OMAR DE JESUS NOGUERA PAZ. ²⁸

Respecto de la causa y manera de muerte, la necropsia practicada a OMAR DE JESUS NOGUERA PAZ, con anexo de dictamen de balística,

²⁶ Folio 2 c.o.1: "...ORIFICIO DE FORMA Y BORDES IRREGULARES DE 0.5 cms. de diámetro localizado en la región escapular izquierda tercio superior a 12 cms. de la línea media posterior. Herida de forma y bordes irregulares de 3x1 cms. de longitud localizada en región axilar izquierda tercio superior. Herida quirúrgica de 1.5 cms. de longitud con sutura localizada en la región del tórax lado izquierdo. Herida de forma y bordes irregulares de 5x2 cms. de longitud con exposición de tejido subcutáneo localizado en la región interclavicular. Orificio de forma y bordes irregulares de 1.5 cms. de diámetro localizada la región del brazo izquierdo tercio medio cara interna. Orificio de forma y bordes regulares invertidos de 0.8 cms. de diámetro localizada en la región del brazo izquierdo tercio medio cara posterior. Orificio de forma y bordes irregulares invertidos de 0.8 cms. de diámetro localizada en la región del codo izquierdo. Orificio de forma circular bordes regulares invertidos de 0.7 cms. de diámetro localizado en la región malar izquierda. Presenta cianosis en la región de la cabeza, cuello y nuca..." Ver complemento folio 8.

²⁷ Folio 15 C.O. Num 1

²⁸ Folio 10 c.o. Num 1

concluyó que se trataba de: *"...falleció debido a secciones raquimedulares altas secundarias a fracturas completas de tercera y cuarta vértebras cervicales al paso de proyectil de arma de fuego. En total cuatro entradas y dos salidas de proyectiles recuperándose los proyectiles N° 3 y 4. CAUSA DE LA MUERTE: Proyectiles de arma de fuego. MANERA DE MUERTE: Compatible con homicidio. MECANISMO DE MUERTE: Sección raquimedular alta..."*²⁹

Con fundamento en lo anterior se obtuvo dictamen de balística DRS-BAL-2000-1843 del 10 de noviembre de 2000, donde se concluye que: *"1...Proyectiles que pertenecieron al conjunto de cartuchos calibres 38 SPL respectivamente.2. Igualmente sirvieron como unidades de carga en un arma (s) tipo revólver, encontrando las marcas Smith & Wesson y Ruger, entre otros de similar calibre..."* (Folio 26 c.o.1).

Sobre las circunstancias de ejecución de los hechos, se escuchó en declaración al señor RICARDO HERRERA MUÑOZ, quien viajaba con el occiso el día de los hechos en el vehículo camioneta a cargo del testigo, pues lo fue a llevar a su casa por motivos de seguridad; este testigo indicó en forma clara y con lujo de detalles, las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se suscitaron los acontecimientos, donde se resalta que fue exactamente frente a su casa, cuando apenas se desmontaba del automotor, recibieron la agresión de parte de por lo menos dos individuos, porque la gente afirmó que eran 3, uno que se dirigió a Noguera Paz y que no está en condiciones de describir y otro hacia él, de estatura aproximada de 1:70, contextura delgada y tez oscura, sin barba ni bigote y de cabello rapado; Dice que su compañero estaba sentado cuando lo sorprendieron, sin embargo asume que alcanzó a reaccionar y por eso fue blanco de los disparos que escuchó e interesaron el factor sorpresa planeado por los delincuentes, que fue finalmente lo que le permitió salvar su vida, pues también reaccionó tomando su pistola y en ese instante todos huyeron.

²⁹ Folio 29 c.o. Num 1

En similar sentido, pero desde otra óptica depusieron los testigos presenciales JORGE ELIECER GARCIA LOPEZ, quien acompañaba esa noche a la cuñada del dirigente sindical ROSS HELEN HENAO y se dirigían a la casa, cuando a escasos sesenta metros aproximadamente escucharon los disparos; es decir que ofreció datos importantes, en la medida que corrobora en forma general las circunstancias de tiempo modo y lugar, esto es, que dos individuos se acercaron a la camioneta de las empresas municipales de Cali que conducía la víctima e hicieron varios disparos que impactaron en la humanidad de OMAR DE JESUS NOGUERA PAZ, y por los cuales resultó herido de muerte; describe a uno de los tres hombres que vio huir una vez sonaron los disparos, como delgado alto y con camisa a cuadros³⁰. En el mismo sentido la esposa del anterior testigo, ROSS HELEN HENAO, quien se dirigía a la casa de su cuñado, el señor JORGE HERRERA, precisamente quien se encontraba con el occiso en la camioneta; la señora HENAO presenció lo sucedido pero no con la visibilidad óptima, pues en el momento de los mismos, se atravesó un bus³¹; bajo esas condiciones finalmente dice que no puede precisar características o rasgos del único agresor que “agarró” al escolta y salió corriendo una vez los disparos se escucharon, de quien escasamente señala era un negro, alto y delgado a quien no vio muy bien.

Las anteriores manifestaciones son coherentes y claras, que merecen credibilidad respecto a su objeto de percepción y respecto a la distancia y ángulo que cada uno dominaba, dadas las condiciones de iluminación

³⁰ Folio 47 c.o.1 “...cuando nos estábamos aproximando a una distancia de unos sesenta metros, ví cuando un señor se acercó a la camioneta de las empresas municipales de Cali y escuché unos tiros y vi cuando tres personas salían corriendo a coger la calle 15, en dirección de la carrera 23...en la camioneta se encontraba OMAR DE JESUS NOGUERA, pero en la parte del lado derecho se encontraba parado Ricardo Herrera...cuando yo ví que los tipos se acercaron allí, yo estaba a una distancia de 60 metros...cuando vimos los muchachos, uno por el lado izquierdo y los otros por el lado izquierdo (sic) donde estaba parado RICARDO HERRERA, fue cuando escuché los disparos, pero desde lejos, nosotros corrimos hacia la casa de RICARDO,...yo subí al apartamento de ricardo a llamar a la policía, cuando volví a bajar un vecino de RICARDO se había montado en la camioneta, para llevar a NOGUERA al hospital, porque todavía se encontraba vivo...Yo lo único que recuerdo, al que se hizo por el lado izquierdo de NOGUERA, que es un hombre delgado, alto y que tenía camisa a cuadros, no recuerdo más, porque estaba muy lejos...”

³¹ Folio 49 c.o.1 “...cuando ví que mi cuñado se estaba bajando de la camioneta, y ví que un negro alto agarró al escolta OMAR DE JESUS y ahí mismo escuché los tiros, pero en ese momento se me atravesó un bus de blanco y negro que pasaba, y lo único que pude ver fue que ese tipo salió corriendo hacia la Luna y ahí lo perdí de vista...yo escuché como tres o cuatro disparos no alcancé a ver el arma...PREGUNTADO: Diga como eran los rasgos físicos de la persona que le disparó a OMAR DE JESUS y si estaría en disponibilidad de hacer un retrato hablado. CONTESTO: Los rasgos físicos no los sé, solo se que era un negro alto y delgado...”

y nocturnidad, que impidieron identificar plenamente a los coautores materiales del hecho.

Lo destacable de esos testimonios es entonces que esa precisión que tuvieron del lugar del acontecimiento, sin duda relacionado con la casa de uno de los ocupantes del carro, Herrera, de la condición de amenazado que tenía éste, de la manera como se perpetró sorpresivamente el acercamiento de los agresores, es coincidente con la narración que hizo REYES NIÑO en su indagatoria, que si bien no corresponde de manera integral a lo depuesto por los testigos en cita, porque falla en el número de atacantes que REYES GUERRERO oculta al señalar que fue sólo a perpetrar el homicidio, es consecuente en todo lo fundamental, en términos de identificación de su incursión criminal, sin que por su misma condición de investigado para aquel momento de la indagatoria, le obligara a incriminar a otro u otros relacionados con el tema de la comisión o concreción del delito.

De esa manera queda especificada la comprobación del Injusto típico delimitado en el artículo 103 del código penal, y así resulta evidente la perpetración violenta del homicidio, sin que en el caso específico tenga ninguna trascendencia el hecho de haberse producido la muerte del ciudadano PAZ NOGUERA 4 días después del atentado contra su humanidad; se trató de una incursión delictiva que por sus características objetivas, revela que no se rompió la relación de causalidad entre el acto de agresión y la muerte certificada, y que esta resultó ser el efecto natural de la entidad de las lesiones corporales, como que los proyectiles a su paso generaron secciones raquimedulares altas, secundarias a fracturas completas de tercera y cuarta vértebra³²; es decir, se reafirma la acción objetiva suficiente para terminar con la vida del trabajador de EMCALI OMAR DE JESUS NOGUERA PAZ y la real afectación al bien jurídico de la vida.

³² Conclusión a la que arriba el medico legista vista a folio 30 c.o. Num 1

5.4.1.3 Circunstancias Agravantes

En cuanto a las circunstancias de agravación punitiva, ha sido pacífica la jurisprudencia al señalar que dentro de la órbita de las garantías que le asisten al procesado, y más concretamente el derecho al debido proceso, se involucra la congruencia que debe existir entre, ya sea, la acusación, formulación de cargos o variación de la calificación – art. 404 C.P.P.- y la sentencia, en lo que atañe a los aspectos personal (sujetos), fáctico (hechos y circunstancias), y jurídico (modalidad delictiva), lo que indica, que si uno de estos ítems no guarda identidad con lo concluido en la sentencia, su resultado será el quebrantamiento de las bases fundamentales del juicio y por ende la violación al derecho de defensa³³. Por ello toda causal de agravación – Genérica o Específica -, debe aparecer determinada en forma expresa en la resolución de acusación desde el punto de vista fáctico y jurídico³⁴, y no podrá el juzgador anteponer su opinión ni su conocimiento personal a lo que resulte postulado por la Fiscalía, para agravar las condiciones de la acusación.

La Fiscalía imputó la circunstancia de agravación al señor JUAN DE DIOS USUGA DAVID, **la contenida artículo 104 numeral 7 C.P.** referido de manera indistinta a colocar a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad o aprovecharse de tales condiciones, pero que inequívocamente fue imputada en la acusación o pliego de cargos, pues la narración no permite equívoco alguno al respecto³⁵.

Esa causal, a veces de la doctrina comporta una diferencia entre la indefensión y la inferioridad, y ella gravita en que la indefensión es el estado en que la persona se encuentra sin medios de defensa, desamparado ante el agresor: en tanto por inferioridad se tiene el estado de la víctima que pese a contar con medios de defensa no puede

³³ Folio 58 a 61 c.o. num 1

Corte Suprema de Justicia, Sent., febrero 11 de 2004, rad. 14.343/ 12 de marzo de 2008 M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Proceso 27096

³⁴ Sentencia 12 de marzo de 2008 M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Proceso 27.096

³⁵ Sentencia de 21 de noviembre de 2002. M.p. JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO Rad. 16.35

utilizarlos, o que se encuentra en situación de debilidad, creada por el homicida o conscientemente aprovechada³⁶

En el caso objeto de análisis la modalidad comportamental corresponde a estado de indefensión, por cuanto la víctima distraída estaba completamente ajena a cualquier forma de agresión de persona alguna, ubicado dentro de la camioneta, atento a las órdenes que le indicaba RICARDO HERRERA MUÑOZ ³⁷, ya que era el primer día que le prestaba el servicio de seguridad al directivo sindical, cuando intempestivamente fue sorprendido por la acción de un hombre quien le esgrimió y disparó el arma de fuego contra su humanidad, es decir, no queda duda que en ese momento fue presa del sorprendimiento del que se valieron sus agresores para aprovechar el estado de indefensión en que se encontraba, confiado y distraído, y al frente de la casa o residencia del dirigente sindical, lo que indicia un estado de relajación frente a la labor cumplida; lo cierto es que aunque contaba con el medio de defensa idóneo y similar al del atacante de nada le sirvió, frente a la asechanza y superioridad de sus atacantes, porque los testigos presenciales dan cuenta de la existencia de dos hombres³⁸.

Porque es sobresaliente que hubo seguimiento previo para asegurar la eficacia del ataque, que como consecuencia quien se acercó a dispararle lo hizo una vez el vehículo estaba estacionado y sin que se desmontara del mismo quien cumplía ocasionalmente la misión de conductor y escolta del compañero Herrera; esa posición de suyo fulge impeditiva de cualquier posibilidad de huir o refugiarse, e inclusive de evadir con alguna posibilidad de éxito las balas asesinas que adicionalmente fueron disparadas lo suficientemente cerca del blanco como para producir el resultado que se buscaba, pues nótese que conforme al protocolo de

³⁶ El Homicidio Tomo I Orlando Gómez López pag. 457

³⁷ Folios 23 a 25 c.o. Num 1

³⁸ Vease declaración de Ricardo Herrera Muñoz.

necropsia las lesiones fueron causadas en la cara y en la región malar inferior izquierda³⁹.

El testigo presencial RICARDO HERRERA MUÑOZ aseguró reiteradamente que su compañero NOGUERA disparó en el desarrollo de los hechos⁴⁰. Pero esa manifestación que hace obedece a la rememoración de la actitud combativa de NOGUERA PAZ pues le escuchó pronunciar que “dispararía el día que viera un arma apuntándole o se sintiera amenazado”, mas es solo una apreciación o conjetura, como que ninguna prueba testimonial se refirió a tal hecho, pues no solo nadie dice haberle visto arma al hoy occiso y mucho menos que efectivamente la hubiese disparado, sino que no existe prueba técnica alguna, o evidencias encontradas dentro del automotor, trayectoria de los rastros etc., de donde tal afirmación pueda tener apoyo.

Como bien lo dice de muy buena fe el testigo Herrera, la llegada al vehículo de por lo menos un individuo por cada lado y dirigido cada uno a sendas personas que ocupaban el automotor, fue simultánea, y mientras intentó sacar su arma se escucharon los disparos que disuadieron la agresión en su contra y ahí mismo vio a su compañero herido; esto corrobora que se trató simplemente de un proceso mental que elaboró y del cual quedó convencido como un hecho cierto, cuando se refiere a lo que posiblemente hizo NOGUERA PAZ frente al ataque: “concluí inmediatamente que mi compañero disparó para proteger mi vida”. Obvio es que sintiéndose víctima y protagonista del ataque, por la situación que venía atravesando el sindicalista, -amenazas y hostigamientos de parte de las autodefensas-, al testimoniar asumió que el ataque iba dirigido contra su vida como así lo afirmó y lo representó en su mente.

³⁹ Folio 29 c.o. num 1

⁴⁰ Folio 23 . c.o num 1

A esa conclusión se llega además, porque el testigo presencial JORGE ELIECER GARCIA, ubicado aproximadamente a una distancia de 60 metros, coincide en señalar que solo se acercó un hombre a la camioneta, pero huyeron tres⁴¹, entre tanto la mujer que le acompañaba, ROS HELEN HENAO, se limita a afirmar que oyó tres o cuatro disparos, inmediatamente, de tal forma que no hay nada que revele la existencia de un real cruce de disparos, lo cual permite concluir el estado de indefensión en que se encontraba la víctima, conforme al Num 7 art 104 C.P.

La agravación punitiva del **numeral 10 del art. 104 del c.p.**, la deriva la Fiscalía de las causas o motivos del delito, es decir, la condición de sindicalista del occiso y en razón de ello.

Esa norma penal está generando una protección reforzada del derecho de sindicalización, como que el art 39 de la Constitución Nacional consagra el derecho de los trabajadores y empleadores a constituir sindicatos o asociaciones, norma constitucional que se debe analizar sistemáticamente con los principios del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo O.T.I ⁴²; es ésta una manifestación de la política criminal del Estado expresada en la función legislativa, que se apoya en el fuero de los dirigentes sindicales, para conminar a los destinatarios de la ley penal, de la aplicación de una pena más grave en caso de impedir y/o entorpecer mediante la violencia física contra la integridad de las personas, el libre y amplio ejercicio de ese derecho constitucional.

Entonces, la circunstancia de agravación que nos ocupa, descansa sobre la relación de la muerte de la víctima con su condición de "servidor

⁴¹ Fl. 47-48 C.2 "...ví cuando un señor se acercó a la camioneta de las empresas Municipales de Cali y escuche unos tiros, ví cuando tres personas salían corriendo a coger la calle 15, en la dirección de la cra 23, no más, en la camioneta se encontraba OMAR DE JESUS NOGUERA, pero en la parte del lado derecho se encontraba parado RICARDO HERRERA..."

⁴² " 36. Deben adoptarse todas las medidas adecuadas para garantizar que cualquiera que sea la tendencia sindical, los derechos sindicales puedan ejercerse con normalidad, dentro del respeto de los derechos humanos fundamentales y en un clima desprovisto de violencia, presiones, temores y amenazas de toda índole Véase 246 informe, caso núm 1343, parágrafo 394.

público” y que el homicidio ocurra como respuesta a la actividad sindical que estaba desarrollando⁴³”, según lo dedujo la Fiscalía en sus alegatos de conclusión. Ese vínculo lo expresa la disposición penal, precisando que debe tratarse de la concurrencia y relación de un presupuesto objetivo y uno subjetivo.

Efectivamente está acreditado que OMAR DE JESUS NOGUERA PAZ pertenecía al sindicato SINTRAEMCALI o Sindicato de las Empresas Públicas de Cali, es decir tenía la condición de afiliado más no la condición de dirigente sindical, de tal forma que desde el punto de vista objetivo falla el requisito que contempla la norma en cuando a la condición cualificada del dirigente sindical, sin que se desconozca la condición de servidor público⁴⁴ y sindicalista, que cobijaba a quien resultó víctima.

A través de la prueba testimonial recaudada, se estableció la vinculación laboral de Noguera con la empresa de EMCALI y según lo refirió RICARDO HERRERA se autorizaba a los trabajadores para que colaboran con la dirigencia sindical, razón por la que para ese día estaba escoltando a su compañero y era el primer día que ejercía tal labor⁴⁵, lo que significa, que el día de marras la víctima cumplía funciones de escolta o seguridad a un dirigente sindical, y no las funciones propias de su cargo, ni relacionadas siquiera con la condición de miembro de sindicato⁴⁶.

Entonces, aunque la Fiscalía finca la petición de condena en las manifestaciones que hiciera el autor material del hecho, quien ya fue juzgado anticipadamente, JOSE MARIA REYES GUERRERO, cuando

⁴³ Record : Minuto 44 video 011 de fecha 22 de Diciembre de 2009.

⁴⁴ El art 123 de la Constitución define el concepto de servidor público. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y los trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, La ley y el Reglamento.

⁴⁵ Folio 150 c.o. Num 1

⁴⁶ En planta se encargaba de los cierres del acueducto

reitera haber dado muerte al sindicalista OMAR DE JESUS NOGUERA PAZ, porque estaba organizando unas marchas en contra de las AUC, debido a los homicidios que cometía esta organización criminal particularmente contra los sindicalistas de EMCALI ⁴⁷, en manera alguna puede construirse la circunstancia agravante sobre esa aseveración, pues en esta oportunidad el juzgado encuentra necesario resaltar que todos los antecedentes del hecho y la circunstancia y la presencia accidental del acompañante de Herrera, fueron factor de error respecto de quién iba a ser la persona muerta, hecho que cambia completamente el panorama respecto de la circunstancia agravante que nos ocupa.

Y cuando se citan los antecedentes del hecho, se plantea el juzgado la razonabilidad de las afirmaciones de RICARDO HERRERA MUÑOZ al referir las amenazas que había sufrido y se muestra convencido de que el atentado era en su contra, solo que aparentemente hasta los propios agresores, pese a haber utilizado la sorpresa para acertar en el golpe, también fueron confundidos con la presencia de ese segundo hombre dentro del automotor, que se revirtió en sorpresa para ellos y finalmente por eso se salvó⁴⁸, pues nadie sabía que ese día le acompañaría Noguera y finalmente quien armado se cercó se alejó por el sonido de los disparos, distractor que le obligó a huir.

En conclusión, si quien a pesar de la intención de dar muerte a un dirigente sindical, se la perpetró a otro sindicalista sin aquellas calidades calificadoras, razones objetivas directamente relacionadas con la culpabilidad y la gravedad de la sanción, o proporcionalidad de la pena, no se le hará aumento punitivo por ese concepto.

⁴⁷ "...: Si acepto los cargos ya que fui yo quien mate a ese señor, la hora no la recuerdo con exactitud, pero si recuerdo que este señor estaba organizando como una marcha en contra de las autodefensas porque le estaban dando de baja a los sindicalistas de EMCALI, incluso se hablaba de que el señor quería hacer algo a nivel internacional en contra de las autodefensas ..."

⁴⁸ Folio 151 c.o.1 "...teníamos amenazas los diez directivos del sindicato, el atentado se hizo a la entrada de mi casa, de manera que insisto la presencia de OMAR NOGUERA en ese momento, fue fortuita...pienso que estos individuos tenían la misión de atentar en mí contra mientras un tercero amenazaba a OMAR NOGUERA por el lado izquierdo de la camioneta...
....

Lo anterior no significa que se esté poniendo en duda la proveniencia del homicidio en cabeza del grupo paramilitar a que se refirió el confeso REYES, es lo suficientemente elocuente en el punto, refiriendo expresamente la línea de la estructura paramilitar con influencia en la zona, donde cumplía papel importante el aquí acusado.

5.6. Autoría y Responsabilidad

El contexto factico acabado de analizar por si mismo sugiere la existencia de una organización criminal interesada en segar la vida de OMAR DE JESUS NOGUERA, pues a lo largo del proceso se ventila la presencia y dominio que las AUC ejercían en la zona, grupo delincencial de donde provino materialmente la acción homicida.

En efecto a través de **ELKIN CASARRUBIA POSADA**, conocido como el segundo al mando del Bloque Calima, después de HEBERTH VELOZA, en ampliación de indagatoria⁴⁹ se supo que JOSE MARIA REYES GUERRERO hacía parte del bloque, y cumplía órdenes de alias "la ARAÑA y GIOVANNI", y en efecto, ese ciudadano también aceptó cargos por estos hechos.

En similar sentido obran las manifestaciones de **HEBERTH VELOZA GARCIA**⁵⁰, reconocido como el jefe máximo del bloque Calima, quien también aceptó los cargos por línea de mando, y en su indagatoria afirma que alias "Diego la marrana, GIOVANI o Sancocho, tenía autorización para llevar a cabo acciones militares en la ciudad de Cali." Y aunque menciona que existían varios alias "arañas" y no sabe específicamente a quien se refiere, lo cierto es que directamente de Diego la Marrana o Giovanni, dependía el tema de las muertes, porque

⁴⁹ Folio 179 c.o. Num 1

⁵⁰ A folios 180 a 185 c.o. Num 1, obra la indagatoria de HEBERTH VELOZA GARCIA

eran "... eran los encargados de enviar a las personas hacer los trabajos". Este personaje también aceptó cargos por este delito.

De otro lado, **JOSE MARIA REYES NIÑO**, quien dentro de la organización llegó a ser Comandante urbano de Cali, es claro al señalar las funciones de cada uno: "Araña era el coordinador y recibía la gente y las instruía y las mandaba para el resto del país. Y Giovanni era el Comandante que cuidaba a Cali, era el Jefe de la Araña"⁵¹, quien estaba a ordenes del Cura y HH, jefes superiores; respecto al poder de decisión de alias GUIOVANI preciso "... tenía autonomía para hacer lo que quisiera, pero si tenía que rendirle cuentas a los mandos superiores de lo que él hacía, se llamaban reportes"⁵²; finalmente esta persona en esa diligencia de indagatoria reconoció fotográficamente⁵³ a JUAN DE DIOS USUGA DAVID como alias GUIOVANNI, al que se venía refiriendo. También aceptó cargos por este hecho, lo que indudablemente lo vincula al grupo paramilitar con conocimiento de su composición y devenir.

Es decir, que irrefutablemente y conforme a los testimonios de los Comandantes del bloque Calima y al urbano de Cali, se establece la existencia de JUAN DE DIOS USUGA conocido dentro de la organización delictiva con el alias de GIOVANNI, quien por línea de mando, tenía la facultad de ordenar la ejecución de la víctima, toda vez que a través de las pruebas recaudadas se estableció que era el Comandante de Zona⁵⁴, para la época de ocurrencia del hecho y que tenía autonomía para ordenar el homicidio de NOGUERA PAZ, tal como lo resaltó la Fiscalía en los alegatos de conclusión.

Así se establece la existencia de una organización paramilitar, con una línea de mando bien definida que operaba al interior de las Autodefensas

⁵¹ Folio 246 c.o. Num 1

⁵² Folio 247 c.o. Num 1

⁵³ Se le puso de presente el álbum de desmovilizados del bloque Calima.

⁵⁴ Informe de investigadora Criminalística MARTHA CECILIA SALAZAR ORTIZ

Unidas de Colombia, Bloque Calima, siendo JUAN DE DIOS USUGA DAVID, quien dio la orden a alias la ARAÑA y este a su vez a los ejecutores materiales, tal como se infiere de las manifestaciones de REYES NIÑO; así se llegó a terminar con la vida de OMAR DE JESUS NOGUERA PAZ.

Y como bien se extrae de las versiones de las personas que acaban de referirse, conocidas como miembros visibles del bloque, se trata de "un aparato organizado de poder", del que también hacía parte alias GIOVANI, identificado posteriormente por JOSE MARIA REYES NIÑO como JUAN DE DIOS USUGA DAVID, sin que se perciba ningún motivo específico que los conduzca a hacerse autoimputaciones delictivas para favorecer a otros, o señalamientos que comprometan a terceros, pues en lo fundamental, sus afirmaciones son verosímiles, a través de ellas se muestran hechos detallados y coherentes, de manera que cobran fuerza respecto a la existencia de JUAN DE DIOS USUGA, su lugar dentro de la estructura y su capacidad de ordenar la muerte del sindicalista.

Entonces no resultan acertadas las manifestaciones que hizo la defensa para descalificar la autoría de los hechos en cabeza de su prohijado JUAN DE DIOS USUGA DAVID, porque establecida la pertenecía al grupo ilegal paramilitar, así como el cargo que ocupaba para el momento de los hechos, se puede inferir razonadamente que si bien es cierto se trata de una organización jerarquizada, en que unos dan la orden, otros la transmiten y finalmente la cumplen los llamados gatilleros o patrulleros, todos comparten los objetivos de la organización criminal que se identifica con la filosofía de la justicia privada, la limpieza social y otros presuntos motivos altruistas para el manejo de las comunidades, donde se imponen por la fuerza de las armas, el poder y el terror que infunden, de suerte que sin ignorar las distintas posturas que existen alrededor de la forma como habrían de responder

penalmente quienes ejercen una u otra función jerarquizada dentro de ese tipo de estructuras.

El Despacho encuentra que si ninguno de los miembros de la organización actúa como mero instrumento, porque al ser fundador o ingresar posteriormente a la organización comparten, comulgan y aceptan como propios sus propósitos de eliminación de ciertos miembros de la comunidad que se oponen a sus "ideales", que son riesgo para la subsistencia de la organización, que políticamente resultan contrarios a sus fines, a quienes el Estado no aplica el derecho penal, o simplemente se le considera objetivo como en el caso de los sindicalistas al encasillarlos con el rol de los guerrilleros, cada uno de los miembros de esa organización cumple una función determinada hacia los mismos logros que estiman propios, pero realizados a la manera de empresa, y con división del trabajo criminal.

Entonces al establecerse plenamente que JUAN DE DIOS USUGA DAVID, alias GIOVANNI, dio la orden dentro de la estructura de poder de asesinar a OMAR DE JESUS NOGUERA PAZ, debe responder por el homicidio agravado realizado a título de dolo.

Por último, como la defensa hace objeciones al tema del móvil, para solicitar la absolución del acusado, debe precisarse que es cierto el equívoco que en un momento de la investigación surgió, dada la manifestación hecha por el herido de gravedad en el lapso de internación y atención médica de urgencias, tiempo en que le expresó a su esposa que pensaba que el motivo del atentado era por una denuncia que había instaurado por la forma irregular como iban a sacar unas válvulas del acueducto⁵⁵.

12. Folio 19 c.o.1 "...él me dijo que tenía problemas porque él estaba investigando de unas válvulas que iban a sacar del acueducto (sic) y el no permitió que las sacaran y eso fue hace como unos cinco meses más o menos pero él no me dijo que personas eran solamente que eran unos ingenieros que iban a (sic) vender unas válvulas que según ellos ya no servían pero el decía que las válvulas estaban buenas y no las dejó sacar de la empresa..."

Igualmente, que se dijo por la esposa del sindicalista, que ARLEX AVENDAÑO había amenazado a la víctima por problemas que se habían suscitado a propósito de manejos irregulares al interior del sindicato, de lo cual existía un video⁵⁶, situación en la que insiste en su ampliación de declaración⁵⁷; Adicionalmente, que muy molesto se había mostrado su esposo por la visita de este ciudadano a su lecho de lesionado.

Obviamente en su momento fueron las hipótesis planteadas por su familiar, pero que se desplazaron con la información de los propios compañeros de ilicitud, a las que ya se ha hecho reiterada alusión y que no dejan duda de las implicaciones de USUGA DAVID en ese homicidio.

Luego, mal podría aceptarse la fundamentación de la defensa para solicitar la absolución del defendido, bajo el argumento de que faltó investigar la tesis o hipótesis de que el asesinato de la víctima se debió a que los mismos compañeros del sindicato lo mandaron matar, como lo pudo manifestar en su lecho de muerte OMAR DE JESUS NOGUERA PAZ en presencia de su esposa, u otro motivo de orden personal distinto del mencionado.

La existencia de las anomalías al interior del sindicato, como también lo refiere el testigo amigo y compañero del occiso, HAROLD VIAFARA GONZALEZ, e inclusive las constantes denuncias por manejos irregulares al interior de la EMCALI, y sobre la denuncia por hurto de las válvulas que hizo en una oportunidad el occiso⁵⁸, publicitada por los distintos medios de comunicación, no son parámetro probatorio

⁵⁶ Folio 91 c.o.1 "...un video donde aparece él o sea mi esposo, haciendo unas denuncias de unas válvulas que decían que se estaban sacando que porque estaban malas y las iban a vender por un valor que no era el real, puesto que las válvulas no estaban malas, el que estaba sacando las válvulas era el ingeniero ARLEX AVENDAÑO, el cual amenazó de muerte a mi esposo...Pues el me dijo ese mismo día que llegó a la casa, que él había denunciado al ingeniero porque se estaba sacando las válvulas, pero no sé donde lo denunció y que ese mismo día el ingeniero lo había amenazado a él, que le había dicho que se iba a morir por sapo, y cuando estaba en la Clínica del Valle del Lili, entró a visitarlo el señor ALEXANDER BARRIOS, y cuando este señor se retiró un poco OMAR DE JESUS me dijo que sacara ese señor de ahí, que no lo dejara entrar más que porque iba era a ver como estaba el tirado en esa cama, porque mi esposo decía que lo había mandado a matar era ese señor o sea ALEXANDER BARRIOS, que porque mi esposo iba a destapar la olla podrida, y que lo iba a mandar a Villanueva..."

⁵⁷ Véase folio 103 c.o. Num 3

⁵⁸ Véase declaración de HAROLD VIAFARA GONZALEZ folio 145 - 147 c.o. Num 1. que lo estaban amenazando, que se sentía perseguido por las denuncias que él estaba haciendo constantemente por supuestas contrataciones que iban contra el patrimonio público".

contundente como para soslayar la confesión de los paramilitares sobre la orden de darle muerte, sin duda nacida en las AUC; y es que tampoco se entendería el interés o motivo que habría tenido esa organización para cubrir a unos terceros, reiterando en distintas oportunidades que en efecto fueron los realizadores de ese homicidio.

Entonces no es afortunada la tesis de la defensa, porque el hecho de preexistir un riesgo de ninguna manera desvirtúa la confesión de las cabezas visibles y mandos medios de las AUC que fueron determinantes en la comisión del delito, como para darle cabida a la duda.

Tampoco es de recibo el planteamiento de la defensa cuando propone que no se sabe a ciencia cierta a quien se refería REYES NIÑO cuando expuso que efectivamente iba a matar a un sindicalista, fundamentado en las versiones obrantes a folio 161 c.o.; el Despacho encuentra que aun cuando en ocasión anterior no valoró ese contenido por hacer parte de unas manifestaciones obtenidas ilegalmente o con violación de las garantías constitucionales y legales, en torno a las manifestaciones autoincriminatorias que hizo ese ciudadano, solo en aras de la aclaración del tema, debe insistirse que como ha quedado develado en el devenir probatorio, las circunstancias del hecho muestran que en realidad el ciudadano Reyes conocía con anticipación la casa del sindicalista Herrera y le había hecho seguimiento al mismo, de suerte que previo seguimiento a la víctima aprovechó cuando el automotor se detuvo para disparar contra el conductor, que solía ser el mismo dirigente que le ordenaron matar⁵⁹.

Y es el propio Herrera quien explica la situación tan confusa que se presentó en ese momento, de suerte que si como él lo cree, pudo haber un error en el destinatario de los disparos, ese hecho no cambiaría lo que se estableció, y es que la orden de muerte al sindicalista cuyos pasos siguieron los autores materiales, provenía de la organización AUC

⁵⁹ Folios 244 a 248 c.o. Num1.

dominante en la zona, y esa fue la que se quiso cumplir, de manera que ese posible equívoco de Reyes al momento de matar, no llama a duda sobre la concurrencia del acusado Usuga David en el asesinato, pues el confeso REYES señaló claramente, refiriéndose a las autodefensas, que en efecto había sido una orden que él ejecutó, dada por el coordinador del grupo en Cali, de quien JUAN DE DIOS USUGA DAVID era el jefe que tenía a cargo la ciudad⁶⁰.

En conclusión, es innegable que el individuo alias "la araña" a que se contrae el cargo, no es otro que el subalterno del enjuiciado hoy, y que se trató de una decisión que pertenecía a la estructura militar cuya cabeza operativa, en línea de mando, correspondía al aquí acusado, quien entonces debe responder como coautor de esa ejecución criminal en cabeza de NOGUERA PAZ, el sindicalista víctima.

No sobra hacer hincapié en esas condiciones particulares propias de quien ejerce funciones de dirigencia, aún en el ala operativa de la organización, capacidades que merecieron la confianza de quienes manejaban el bloque y el frente paramilitar, de suerte que USUGA DAVID merece juicio de reproche por la muerte infligida a Noguera Paz, pese a la posibilidad de auto regularse y serle exigida socialmente un comportamiento distinto.

5.7. DE LA PUNIBILIDAD

Teniendo en cuenta que los hechos tuvieron ocurrencia el 19 de septiembre de 2000, le asiste a este Despacho el deber legal de verificar la norma más favorable, habida cuenta del tránsito normativo desde la ocurrencia de los hechos a la emisión del presente fallo.

⁶⁰ Folio 246 c.o. Num 1 Folio 246 c.o. Num 1 "esto fue una orden de la Araña quien era el coordinador en Cali" y Juan Davis Usuga David "Era el comandante que cuidaba Cali, era el jefe de la Araña"

El acusado JUAN DE DIOS USUGA DAVID, fue hallado responsable del delito de homicidio agravado según el numeral 7º del C.P.

Armonizando el artículo 103 con el 104 del C.P., la pena privativa de libertad para el homicidio agravado es de veinticinco (25) a cuarenta (40) años de prisión, es decir, entre 300 y 480 meses de prisión.

En punto de los cuartos de movilidad se determina que el inculpado se ubica en el primero que oscila entre 300 y 345 meses de prisión, porque no concurren circunstancias de las que el artículo 58 del c.p. prevé para agravar la conducta, dado que no fueron imputadas dentro del contexto de los cargos.

La pena a imponer se fijará ponderando la menor o mayor gravedad de la conducta, daño real o potencial, intensidad del dolo, y demás aspectos determinados en el inciso 3º del artículo 61 del Código Penal; así, en el presente asunto, es evidente gravedad del injusto por la forma de ejecución del ilícito, de grandes repercusiones en el ejercicio de las libertades ciudadanas, pues sin duda el comportamiento criminal es desestabilizador de la paz, por los tintes de intolerancia frente a la opinión, a la oposición y a la diferencia con quienes levantan la voz para reclamar derechos sindicales, de suerte que será proporcional la pena de prisión para quien además, por el lugar de mando que representaba en la estructura militar, debe ser castigado con mayor severidad. Esto aun cuando, conocido la multiplicidad de formas y métodos de eliminación que ha usado el mismo grupo paramilitar, en este caso no se haya actuado con la barbarie o crueldad que ha caracterizado otros homicidios. Lo procedente será aplicar a USUGA DAVID un total de **360 meses** de prisión.

Como pena accesoria a la de prisión, se impondrá a la consistente en la interdicción de derechos y funciones públicas por el término de veinte (20) años, conforme lo señala el art. 51 del C.P.

5.7. DE LA INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

5.7.1. Perjuicios materiales

Al contexto probatorio no fueron aportadas probanzas, encaminadas a demostrar la causación de un daño material derivado del daño emergente, como tampoco del lucro cesante, por ello al no encontrarse probado el mismo, no será motivo de valoración, en términos del art. 97 del C.P., que de manera puntual señala que estos deben demostrarse.

5.7.2. De los Perjuicios morales

Con esta finalidad se decretó oficiosamente la ampliación del testimonio de MARIA CECILIA BAYER MENDOZA⁶¹, el cual se analiza conglobantemente con las manifestaciones vertidas anteriormente⁶², quien afirmó que el occiso estuvo casado durante 8 años con ella, con 3 hijas de 6, 5 y 3 años para la época del fallecimiento de su esposo, siendo el único que velaba por la familia, que convivían habitual y armónicamente, y con comportamiento favorable a la permanencia y estabilidad de la relación familiar, de donde bajo esos parámetros debe considerarse la naturaleza, gravedad y circunstancias de la conducta, como lo autoriza el código penal en su artículo 97 incisos 1 y 2, para concluir que su vida segada de manera abrupta fue generadora de impacto y trauma en su esposa e hijas, al punto que refiere la declarante se vio en la necesidad de buscar ayuda psicológica

⁶¹ Folio 102 a 104 c.o. Num 3

⁶² Véase folios 19 y 91 c.o. Num 1

para su hija mayor, a través de la E.P.S, además que a pesar que han pasado más de ocho años de la muerte de su esposa, aún se advierte afligida, de suerte que a todos les fue suprimido el afecto natural filial y el apoyo de todo orden del que eran merecedores hasta la fecha de los hechos, por la convivencia que tenían con él.

Adicionalmente a las hijas se les impidió seguir disfrutando de la figura paterna y de lo que ella representa para su desarrollo integral, lo cual significa que se condenará a pagar al sentenciado JUAN DE DIOS USUGA DAVID, sin perjuicio de los demás copartícipes que eventualmente llegaren a condenarse en virtud de estos hechos de manera solidaria, en favor de los herederos del occiso OMAR DE JESUS NOGUERA PAZ el equivalente en moneda nacional a QUINIENTOS (500) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES, a favor de su esposa y de sus hijas en partes iguales, como perjuicios morales ocasionados con la infracción.

5.8. DE LOS MECANISMOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA

Establece el artículo 63 del Código Penal, dos requisitos para la concesión del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, de la concurrencia de un aspecto objetivo, y otro subjetivo que aquí no se verifican, como tampoco se dan los requisitos para concederle la prisión domiciliaria, contemplada dentro del artículo 38 del actual Código de las Penas.

En consecuencia, el sentenciado JUAN DE DIOS USUGA DAVID deberá purgar su pena intramuralmente y una vez sea capturado deberá permanecer privado de su libertad en el establecimiento carcelario designado por el INPEC para la ejecución de la presente sentencia.

En consecuencia de lo anterior, se dispone librar la orden de captura contra JUAN DE DIOS USUGA DAVID, una vez cobre ejecutoria este fallo.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE BOGOTA**, Administrando Justicia en nombre de la República y por la Autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECRETAR la prescripción de la acción penal por el delito de FABRICACION, TRAFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO DE USO PERSONAL.

SEGUNDO: CESAR EL PROCEDIMIENTO por el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído

TERCERO : CONDENAR a JUAN DE DIOS USUGA DAVID, a la pena principal de **TRESCIENTOS CINCUENTA (350) MESES DE PRISION**, como coautor responsable de homicidio agravado objeto de acusación.

CUARTO. CONDENAR a JUAN DE DIOS USUGA DAVID A la pena accesoria de Interdicción de Derechos y funciones públicas por el término de **VEINTE (20) AÑOS**.

QUINTO : CONDENAR a JUAN DE DIOS USUSGA DAVID, en forma solidaria con los que eventualmente resulten condenados al pago de la indemnización por perjuicios por los daños morales irrogados, en cuantía de **QUINIENTOS SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES** en

favor MARIA CECILIA BAYER y sus tres hijas concebidas dentro del matrimonio NOGUERA - BAYER.

SEXTO: DECLARAR que no hay lugar a conceder al aquí sentenciado los mecanismos sustitutivos de la pena de prisión, debiendo cumplir la pena aquí impuesta en un establecimiento penitenciario que señale la dirección del **INPEC**.

SEPTIMO: Ejecutoriada esta sentencia, líbrese la orden de captura antes las autoridades judiciales.

OCTAVO: Por el Centro de Servicios Administrativos de estos Despachos, de manera inmediata, remítase la totalidad de la actuación al JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO -REPARTO- DE CALI, (VALLE), para los fines legales a que se contrae el parágrafo artículo 7º del acuerdo 4443 del 14 de enero de 2008.

NOVENO: Contra la presente providencia procede el recurso de apelación, que se surtirá ante la Sala Penal del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, conforme a lo establecido en el artículo 9º del Acuerdo N° 4443 de 2008 emanado del Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

La Juez,

TERESA ROBLES MUNAR