

Radicado: 110013107011-2009-0051-00

Procesado: Carlos Andrés Cano alias "Keino" y José Horacio García Vásquez alias "Pedro Pun Pun".

Delitos: Homicidio en Persona Protegida y Concierto Para Delinquir Agravado.

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO ONCE PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE
BOGOTA

Bogotá. D. C. : Diciembre dieciocho (18) de dos mil nueve (2009)

Referencia : Causa número 110013107011-2009-00051-00

Procesados : CARLOS ANDRES CANO alias "KEINO" y PEDRO PABLO HERNANDEZ SEPULVEDA alias "PEDRO PUNPUN"

Conductas punibles : Homicidio en Persona Protegida y Concierto Para Delinquir

Procedencia : Fiscalía 86 UNDH-DIH Proyecto O.I.T de Neiva -Huila.

Asunto : Sentencia anticipada

1.- ASUNTO

Al Despacho se encuentra el proceso para proferir sentencia anticipada contra CARLOS ANDRES CANO por los delitos de Homicidio en persona protegida en concurso con el delito de concierto para delinquir, agravado y contra PEDRO PABLO HERNANDEZ SEPULVEDA, por el delito de homicidio en persona protegida, pues, respecto al delito de Concierto para delinquir agravado, el Despacho se pronunciará en acápites pertinentes.

2.- SITUACIÓN FÁCTICA

Los hechos ocurrieron en las primeras horas de la noche del 20 de junio de 2003 en el perímetro urbano del municipio de Fresno (Tolima), barrio Villa del Prado, en donde fue asesinada la enfermera FANNY TORO RINCON, por parte de individuos pertenecientes a las denominadas AUTODEFENSAS UNIDAS DE COLOMBIA, Frente Omar Isaza "FOI" del Magdalena Medio Antioqueño, quienes luego de propinarle lesiones mortales en su cuerpo con arma corto punzante, emprendieron la retirada con rumbo desconocido.

3.- INDIVIDUALIZACIÓN E IDENTIFICACIÓN DE LOS PROCESADOS

CARLOS ANDRES CANO, alias "Keino", identificado con la cédula de ciudadanía No.1.060.586.453 de Supia (Caldas), nacido en Quinchía, Risaralda, el 5 de junio de 1984, hijo de María Olga Luz Cano, estado civil soltero, con una hija de nombre Neiry Jomara Cano Valencia, grado de instrucción quinto de primaria.

De acuerdo a la características morfológicas reseñadas en diligencia de injurada¹, se trata de una persona de sexo masculino, de 1.67 de estatura, contextura atlética, color de piel moreno, boca pequeña, labios delgados, nariz recta, ojos cafés oscuros, cejas pobladas separadas, orejas ovaladas regulares, sin bigote, como señales particulares presenta tatuaje pequeño en el brazo izquierdo cara interna, en forma de "K".

PEDRO PABLO HERNANDEZ SEPULVEDA, alias "Pedro Pumpum", identificado con la cédula de ciudadanía No. 5.912.871 de Fresno (Tolima), nacido en Barrancabermeja el 12 de diciembre de 1961, hijo de José María Hernández y María Agueda Sepúlveda

¹ Folio 163 y s.s. c.o.3

(fallecidos), estado civil unión libre con María Nery Buitrago con quien tiene una hija de nombre Narly Yulieth Hernández Buitrago, noveno grado de instrucción, profesión comerciante de ropa.

De acuerdo a las características morfológicas reseñadas en diligencia de indagatoria², se trata de una persona de 46 años, con estatura de 1.72 metros, color de cabello negro y corto, ojos color cafés oscuros, orejas medianas, con bigote, con poca barba, contextura semi fornido como señales particulares presenta un tatuaje en hombro brazo derecho, con la figura de la cara de una pantera.

Se allegó Registro fotográfico y tarjeta decadactilar³, lo que indica que para efectos de la esta sentencia se encuentran plenamente individualizados CARLOS ANDRES CANO, cédula de ciudadanía No. 1.060.586.453 expedida en Supía (Caldas); y PEDRO PABLO HERNANDEZ SEPULVEDA, cédula de ciudadanía No. 5.912.871 expedida en Fresno (Tolima).

4.- ACTUACIÓN PROCESAL

4.1.- La Fiscalía Treinta y Seis (36) Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Fresno (Tolima), abrió indagación preliminar el 21 de junio de 2003, diligencias que posteriormente fueron reasignadas a la Fiscalía Quinta (5ª) Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados, Destacada O.I.T de Neiva (Huila).

4.2.-El 12 de mayo de 2008, La Fiscalía 86 Sub Unidad de Apoyo UNDH-DIH, dispuso vincular legalmente a PEDRO PABLO HERNANDEZ SEPULVEDA; en consecuencia, ordenó librar la

² Folio 181 y s.s. c.o.2

³ Informe de Myriam Pineda Perez, Investigadora adscrita al C.T.I. Folio 149 a 151. c. o. 5.

respectiva orden de captura a fin de ser escuchado en diligencia de indagatoria⁴.

4.3.- Vinculado a la investigación el 23 de mayo de 2008, fue resuelta la situación jurídica en la cual la Fiscalía se abstiene de imponer medida de aseguramiento de detención preventiva; como consecuencia, resuelve dar libertad inmediata al sindicado PEDRO PABLO HERNANDEZ SEPULVEDA, por el delito de Homicidio Agravado.⁵

4.4.- El 2 de septiembre de 2008 se dispuso vincular legalmente a CARLOS ANDRES CANO; en consecuencia, ordenó librar la respectiva orden de captura a fin de ser escuchado en diligencia de indagatoria.⁶

4.5.- Una vez vinculado a la investigación el sindicado CARLOS ANDRES CANO, el 12 de septiembre de 2008, fue resuelta la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación, como posible coautor responsable de los delitos de Homicidio Agravado en concurso con Concierto para Delinquir, Agravado. En la misma Resolución se dispone Revocar la resolución interlocutoria de fecha 23 de mayo de 2008 en sus numerales 1 y 2, y en su lugar dicta medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de libertad provisional contra PEDRO PABLO HERNANDEZ SEPULVEDA como coautor de los delitos de Homicidio Agravado en concurso con Concierto para Delinquir Agravado y ordena librar las respectivas órdenes de captura.

4.6.- El 22 de diciembre de 2008, se decretó el cierre de la investigación y el 18 de abril de 2009 se emitió Resolución de Acusación contra CARLOS ANDRES CANO y PEDRO PABLO

⁴ La indagatoria obra a folio 181. c.o.2

⁵ Folio 208 a 219 c.o.2.

⁶ Indagatoria que obra a folio 163 c.o.3.

HERNANDEZ SEPULVEDA, como coautores de los delitos de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, en concurso con CONCIERTO PARA DELINQUIR⁷, AGRAVADO; de igual manera se dictó Resolución Acusatoria contra JOSE HORACIO GARCIA VASQUEZ como presunto Coautor del delito de Concierto para delinquir, Agravado, y precluye la investigación penal a favor del mismo por el delito de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA; decisión que fue confirmada por la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior de Neiva, Huila, el 16 de junio de 2009.

4.7.- El conocimiento de las diligencias fue asignado a este Despacho el 21 de agosto de la cursante anualidad. La audiencia preparatoria (primera sesión) se efectuó el 8 de octubre, la cual fue suspendida para que los defensores que ese día asumían la defensa recobraran la posibilidad de solicitar las pruebas, fijándose como nueva fecha para continuación de la Audiencia Preparatoria el 19 de octubre.

4.8 En dicha Audiencia los procesados CARLOS ANDRES CANO y PEDRO PABLO HERNANDEZ SEPULVEDA, aceptaron ser coautores de los delitos de **Homicidio en persona protegida** (artículo 135 del Código Penal), **en concurso con el delito de Concierto para delinquir, agravado**, según el artículo 340 del C.P.⁸. Igualmente se dispone CESAR EL PROCEDIMIENTO a favor de JOSE HORACIO GARCIA VASQUEZ, por el delito de Concierto para Delinquir, por cuanto se encuentra demostrado que se adelantó una investigación y juzgamiento por ese mismo hecho.

5. FUNDAMENTOS DE ORDEN LEGAL

5.1.- De la competencia

Mediante Acuerdo PSAA08-4924 de junio 25 de 2008, el Consejo

⁷ Véase folios 163 a 208 c.o. 14

⁸ Folio 124 a 131 c.o.5.

Superior de la Judicatura estableció la creación, entre otros Despachos, de éste, el Juzgado Once (11) Penal del Circuito Especializado de Bogotá, con funcionamiento a partir de la misma fecha; posteriormente, mediante el Acuerdo PSAA08 4959 de julio 11 de 2008, se le asignó competencia para el conocimiento exclusivo del trámite y fallo de los procesos penales relacionados con los homicidios y otros actos de violencia contra dirigentes sindicales y sindicalistas, en curso en los distintos despachos judiciales del territorio nacional y los que se encuentran en los Juzgados de Descongestión creados con el Acuerdo PSAA08-4443 de 2008, en cumplimiento al Acuerdo tripartito entre el Gobierno Colombiano, los sindicatos y los empresarios, dirigido en defensa de los derechos fundamentales y el establecimiento de una presencia permanente de la O.I.T en Colombia, 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 prorrogaron hasta el 18 de Diciembre mediante el acuerdo **PSAA09-** 6093 del 14 de julio de 2009.

En desarrollo de ese programa y en consideración a que la víctima FANNY TORO RINCON, era afiliada al Sindicato ANTHOC-⁹, ese solo hecho fue suficiente para determinar la competencia del programa y particularmente de este juzgado, en concordancia con el artículo 5 transitorio de la ley 599 de 2000, adoptado como legislación permanente. Bajo esos parámetros se emitirá fallo y se adoptarán las determinaciones conexas que resulten frente a todos los delitos que conforman la aceptación de cargos.

De Igual manera la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que el móvil del ilícito no es una condición para atribuir competencia a los juzgados que hacen parte

⁹ Folio 237 c.o.1

de este programa¹⁰.

6. Naturaleza Jurídica de la Sentencia anticipada

Como forma anormal de terminación del proceso penal, constituye un mecanismo de política criminal del Estado para promover la eficiencia del sistema judicial, pero vinculada a la preservación de garantías fundamentales; se autoriza al juez a emitir un fallo antes de agotarse o cumplirse todas las etapas procesales establecidas por el legislador, ante la aceptación que hace el vinculado o acusado de los hechos materia de investigación y de su responsabilidad como autor o partícipe de los mismos, siempre y cuando el sujeto pasivo de la acción esté debidamente asistido por abogado defensor, actúe libre, consciente y voluntariamente y se verifique la existencia de prueba que respalde su manifestación, lo que equivale a que se respete el principio de presunción de inocencia a su favor y se le compense con una rebaja punitiva en los términos que fija la ley.

Así se efectivizan los principios de celeridad, economía procesal y de eficacia, en tanto no se desgasta innecesariamente la administración de Justicia.

Todo esto dentro del marco de reafirmación y reconocimiento del principio de lealtad procesal como expresión de la buena fe que atañe a todos los actores o intervinientes en el trámite de sentencia anticipada, lo que supone el deber del fallador de ejercer control de legalidad, con el fin de verificar si en las actuaciones procesales se han violado garantías fundamentales, caso en el que deberá obrar de conformidad emitiendo las decisiones que correspondan, de suerte que si es necesario, decretará la nulidad de lo actuado sin aplazamiento¹¹.

¹⁰ Sentencia 6 de marzo de 2008. M.P. ALFREDO GOMEZ QUINTERO. Radicado 29280

¹¹ Sentencia Corte Suprema de Justicia Rad.25.306 M.P. Augusto J. Ibañez Guzmán. Sentencia Corte Constitucional C 425 de 1996

6.1. Del control de legalidad del acta de Cargos.

Sobre el particular la jurisprudencia ha delimitado dicha función al examen por parte del operador judicial, a cuatro tópicos a saber:

1. Determinar si el acta es formalmente válida.
2. Establecer si la actuación es respetuosa de las garantías fundamentales.
3. Verificar que los cargos no contraríen de manera manifiesta la evidencia probatoria.
4. Constatar que la adecuación que se hace de los hechos en el derecho sea la correcta¹².

Revisada el acta de cargos ya reseñada, se observaron las formalidades que exige el artículo 40 del C. de P.P., en cuanto a la oportunidad de la solicitud de sentencia anticipada, luego de la indagatoria del procesado, y antes del cierre de investigación. Por otra parte, fueron circunstanciadamente dados a conocer los hechos base de la investigación, que se enrostraron en el momento de la indagatoria, que es el escenario natural para precisión de los cargos de los que se defenderá el vinculado a partir de ese momento.

Así mismo esos cargos, pese a la morigeración de la tipicidad que debe hacerse, no contrarían de manera manifiesta los hechos ni la evidencia probatoria, como quiera que las probanzas existentes en el paginario refieren de manera cierta y objetiva la existencia de los injustos acusados contra la vida de la enfermera FANNY TORO RINCON y contra la Seguridad Pública (Homicidio y Concierto para Delinquir).

Se denota entonces el absoluto respeto a las garantías fundamentales que en este tipo de actos procesales de aceptación de

¹² Sentencia 16 de julio de 2002. M.P. JORGE ENRIQUE CORDOBA POVEDA. Radicado 14862

cargos corresponde, toda vez que los procesados estuvieron debidamente asesorados por sus defensores técnicos y libres de todo apremio, para el momento de la decisión de acogerse al instituto de sentencia anticipada.

Dentro de los límites registrados en el acta de la audiencia de aceptación, operará el marco de congruencia al que se someterá esta sentencia, de suyo condenatoria, bajo la equivalencia existente entre el pliego de cargos en esta forma de terminación anormal del proceso y la Resolución de acusación del trámite ordinario. Obviamente, lo anterior no se opone a que el juez introduzca los ajustes que corresponda, que no afecten las garantías de los aquí procesados, y que en atención a los principios del derecho penal y normas rectoras tanto sustantivas como adjetivas, impliquen un pronunciamiento que excluya un hecho indebidamente contemplado en los cargos o que por inadecuada formulación típica, se degrade la responsabilidad.

7. Extinción Del Concierto para Delinquir en cuanto al procesado PEDRO PABLO HERNANDEZ SEPULVEDA.

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 hecho¹³.

En el presente caso, el procesado PEDRO PABLO HERNANDEZ SEPULVEDA, en diligencia de aceptación de cargos ante este Estrado Judicial manifestó: "*Señora Juez, es para informarle, es que yo por Concierto ya fui juzgado por la Fiscalía 26 de Derechos*

¹³ Radicado 23997 de 18 de abril de 2007, Corte Suprema de Justicia. M.P.DR. MAURO SOLARTE PORTILLA.

Humanos Internacional.". Razón por la cual el Despacho con el fin de corroborar su dicho, solicitó información a la Fiscalía 26 UNDH-DIH de esta ciudad, quien en respuesta recibida el 24 de noviembre pasado, indicó que en ese Despacho Fiscal se adelanta investigación identificada con el número 2182, por hechos ocurridos el 17 de diciembre de 2004 en la municipalidad de Fresno (Tolima), en donde perdiera la vida la señora Olga Rios, y que el 21 de diciembre de 2006 precluyó la investigación a favor del sindicado PEDRO PABLO HERNANDEZ SEPULVEDA, en razón a que se demostró que el mismo se desmovilizó voluntariamente.

En efecto, según Certificación No. 2057-05 expedida por el CODA¹⁴, el procesado HERNANDEZ SEPULVEDA se desmovilizó voluntariamente, situación que la Fiscalía tuvo en cuenta para otorgarle los beneficios contenidos en la Ley de Justicia y Paz¹⁵, esto es, precluyendo en su favor la investigación seguida en su contra por hechos ocurridos el 17 de diciembre de 2004 en la misma municipalidad donde fue asesinada la señora Fanny Toro, y consultando dicha resolución de preclusión, se extrae que los hechos base del concierto para delinquir juzgado se contraen simplemente a antes del 17 de diciembre de 2004, pues en manera alguna se hace referencia a un periodo concreto.

Al ser el delito de Concierto para delinquir, agravado, un delito de ejecución permanente, y dado que la preclusión es de fecha 21 de diciembre de 2006– con epicentro en el homicidio de la señora Olga Rios de Aranzazu, según se extrae de lo dicho por la Fiscalía¹⁶, y más aún cuando se conoce que el procesado se desmovilizó en el año 2005, quedando cobijados los actos continuos que integran una sola singularidad, una sola conducta o, si se prefiere, un sólo delito, luego se colige que los hechos de concierto alrededor de lo sucedido

¹⁴ Fl. 202.c.o.2.

¹⁵ Ley 782 de 2002; Decreto 4436 de 2006.

¹⁶ Fl. 156 c.o.5 Informe de la Fiscalía 26 Especializada de Bogotá..

el 20 de junio de 2003 que hoy nos ocupan, quedaron cobijados con la preclusión realizada por la Fiscalía 26 Especializada.

Sin más análisis, y aun cuando la Fiscalía en información enviada a este Despacho no es clara en señalar, si la resolución de preclusión providencia se encuentra o no ejecutoriada, lo anterior no es óbice para que este Estrado advierta que nos encontramos ante un caso de flagrante violación al principio *non bis in ídem*, que impide que el señor PEDRO PABLO HERNANDEZ SEPULVEDA sea juzgado dos veces por los mismos hechos, independientemente del resultado de la anterior investigación, pues sin que se trate de cuestionar esa providencia, si resulta importante resaltar que la motivación en que se apoya soslaya las exigencias que adicionalmente a la comprobación de desmovilizado, tiene previstas el legislador para terminar la acción penal.

De manera que aunque no se estableció de manera clara en los cargos, el lapso al que se contrae objetivamente el comportamiento constitutivo de cargo, lo cual tiene por objeto garantizar los principios de seguridad jurídica y el de *non bis in ídem*, bien sea en la modalidad de investigación simultánea por un mismo hecho, o en la de cosa juzgada¹⁷, ya no tiene sentido tratar de revivir la oportunidad procesal.

La Honorable 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

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

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.

Se resalta que en últimas, 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, pero en el presente caso no tenemos otro parámetro procesal que la determinación de fondo tomada, y no existe ningún conocimiento que a partir de la desmovilización o de la providencia que puso fin a la acción penal, el señor Hernández Sepúlveda hubiese seguido delinquirando en ese campo de la seguridad pública, y debe pensarse que desde entonces estuvo bajo control de las autoridades administrativas del estado encargadas de verificar esa modalidad concebida como prerrogativa para la reinserción social.

Y 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 inculcado absuelto por sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos"*.¹⁸

Fácil es determinar que los cargos en una y otra acción penal guardan consonancia, pues se trata de una misma organización delictiva con idénticos objetivos y con presencia en casi la totalidad del territorio nacional, aún cuando –se insiste– la Fiscalía en este

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

caso no determinó el límite temporo espacial de la acusación – o su equivalente, el acta de aceptación de cargos -.

Por manera que aun cuando no se puede hablar de cosa juzgada en la medida que la información reportada por la Fiscalía no es clara acerca de la ejecutoria o no de la Resolución de Preclusión, claro es que 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 inculcado debe ser la misma persona física en dos procesos de la misma índole, ii) objeto: 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 casos¹⁹.

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

8.- De los delitos materia de sentencia.

8.1- Del homicidio en persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario

Para acreditar la existencia del hecho, obra la diligencia de levantamiento de cadáver, efectuada por la Fiscalía General de la Nación- Unidad de Policía Judicial CTI de Fresno – Tolima-, el 20 de junio de 2003, a las 10:30 de la noche, en la morgue del Hospital San Vicente de Paul de la ciudad de Fresno, del cadáver de FANNY

¹⁹ Sentencia 6 -sep-07. M.P. María del Rosario González de Lemus. Rad. 26591

TORO RINCON, profesión enfermera, cuyo deceso se produjo el 20 de junio de 2003 a las 8:30 de la noche aproximadamente²⁰, y se indica como posible causa de muerte "heridas con arma blanca", heridas que se contaron en número de 31.

Complemento de lo anterior es el informe del CTI de la Fiscalía, en el que se hace la fijación fotográfica de la occisa en la morgue del Hospital de Fresno, para resaltar las heridas de que fuera víctima FANNY TORO RINCON²¹.

Asimismo se cuenta con el protocolo de necropsia efectuado por doctor Nelson Montenegro, galeno del Hospital San Vicente de Paúl, al cuerpo de FANNY TORO RINCON, en el que hace una descripción de los 31 orificios ocasionadas por objeto cortopunzante: i) 1 cuello, ii) 12 en la extremidades superiores, iii) 1 en extremidad inferior derecha y iv) 18 en el tórax, concluyendo que el deceso se produjo por anemia aguda severa secundaria a laceración visceral múltiple, producida por objeto cortopunzante²².

Como prueba del deceso de FANNY TORO RINCON, obra copia del registro civil de defunción, indicativo serial No. 04660482 expedido por el Registrador Municipal de Fresno, en el cual certificó que la muerte se produjo el 20 de junio de 2003 en dicha localidad²³ y Certificado de Defunción número A 1614693²⁴.

Como ha sido criterio del Estrado en relación al ingrediente normativo del tipo recogido en el artículo 135 del Código Penal, debe hacerse puntual consideración que ilustre el por qué en las circunstancias de comisión delictiva materia de este proceso, no se acogerá el planteamiento de la Fiscalía al emitir la resolución de acusación con fundamento en esa norma especial, y en su lugar la

²⁰ Folio 1 c.o.1

²¹ Folio 37 c.o.1

²² Folio 19 c.o.1

²³ Folio 16 c.o.1

²⁴ Folio 26 c.o.1

sentencia contra los aquí acusados se emitirá sobre las bases del Homicidio Simple, artículo 103 del c.p.

No se establece claramente cuáles habrían sido los criterios en que la Fiscalía se basó para concretar la acusación orientada a la violación del derecho internacional Humanitario; sin embargo, para explicar la posición que el Despacho tiene al respecto, en primer lugar se debe admitir que desde los orígenes de la humanidad la guerra ha sido un fenómeno consustancial al hombre, al punto de convertirse en una de las más evidentes y recurrentes expresiones sociales. Mediante el uso de la fuerza bélica desde antaño el hombre ha resuelto sus diferencias, y a través de ella también se han consolidado territorios y afianzado grupos sociales, algunas veces mediante el sojuzgamiento o exterminio de otros.

Por eso, aun cuando la guerra no es en sí misma ilegítima –pues se admite y reconoce como válido el derecho a defenderse frente a una agresión injusta de un tercero-, es evidente que los conflictos bélicos también deben tener límites y por tanto ser objeto de una clara reglamentación legal.

Esa preocupación por fijar hitos a la utilización de la fuerza –que se enfoca primordialmente en los medios y métodos de guerra-, se ha extendido a todas las culturas y países civilizados, sin que Colombia sea la excepción. El Estado colombiano ha venido promulgando normas que apuntan a proteger los derechos de la población civil no combatiente y hasta de las mismas personas involucradas en los conflictos internos, frente a las graves infracciones que pudieran cometer las partes en guerra.

La protección por parte del Estado colombiano a los derechos fundamentales en el marco del conflicto interno se hizo aún más ostensible a mediados del siglo XX, con la ratificación de instrumentos internacionales que recogían los lineamientos de lo

que se ha dado en denominar "Derecho Internacional Humanitario" y, particularmente, de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, adoptados mediante la Ley 5ª de 1960; el Protocolo Adicional I de 1977, adoptado por la Comisión Legislativa Especial el 4 de septiembre de 1991; y el Protocolo Adicional II de 1977, que fue ratificado mediante la Ley 171 de 1994.

Dichos instrumentos del Derecho Internacional Humanitario desde entonces y por virtud de lo reglado en el artículo 93 de la Carta Política, han quedado integrados normativamente a la Constitución Nacional de conformidad con la teoría del "Bloque de Constitucionalidad", y tienen un valor supra legal de acuerdo con lo precisado por la propia jurisprudencia de la Corte.²⁵

Como si la anterior protección no fuera de por sí suficiente, la Carta Política colombiana incluyó de manera específica el DIH en la normatividad nacional al consagrar en el artículo 214-2 que: "*En todo caso se respetaran las reglas del derecho internacional humanitario*", aún bajo estados de excepción, tales como guerra exterior o conmoción interior. Con ello se quiso resaltar una vez más la vigencia y obligatoriedad del DIH en cualquier conflicto armado y en especial, en el conflicto interno que aún azota al país.

Ahora bien, esa sistemática incorporación del Derecho Internacional Humanitario a la normatividad nacional no se concretó únicamente en la inclusión de sus principales preceptos a la Carta Política, sino que alcanzó desarrollo legal en estatutos especiales y particularmente en los regímenes penales, tanto adjetivos como sustantivos. En efecto, a partir de la promulgación de la Constitución de 1991 y sus sucesivas reformas el legislador nacional implementó modificaciones a los códigos penal y procesal penal, incorporando a los mismos principios consagrados en la legislación internacional.

²⁵ C- 574 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón

Por ello, es incuestionable que en desarrollo de dichos compromisos internacionales el Estado Colombiano²⁶, y en razón del conflicto armado interno, debe aplicar con arreglo a las disposiciones constitucionales antes citadas, el artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949, en cuanto exige respeto a los derechos humanos de las personas protegidas (trato humano), deber de facilitación de asistencia a los heridos (asistencia humanitaria), posibilidad de pactar treguas para transporte de heridos, evacuación de población civil etc. (acuerdos especiales), preservación del orden jurídico, del ejercicio de la autoridad estatal y de los derechos constitucionales y legales para las personas de los grupos armados partícipes del conflicto (cláusula de Salvaguarda).

Y ya en el plano nacional, obedeciendo a la regla impartida para los Estados parte, de "tomar medidas legislativas para establecer las sanciones penales aplicables a quienes hayan cometido o dado orden de cometer cualquiera de las infracciones graves previstas en tales convenios²⁷, se tipificó en la ley 599 de 2000, entre otros atentados contra el D.I.H., el "homicidio en persona protegida", ART. 135.²⁸

De cara a nuestro "conflicto armado" interno, en verdad, se destaca la existencia de hostilidades entre fuerzas armadas organizadas, el ejército regular contra las guerrillas en principio, y un tercer y notable actor irregular, el paramilitarismo o AUC Autodefensas Unidas de Colombia, que sin duda tiene importancia en esta acción penal, según su sustento probatorio.

²⁶ "Como se desprende de los antecedentes de dicha norma la voluntad del Legislador fue la de manifestar la voluntad del Estado colombiano de atender los compromisos internacionales ligados a la aplicación del Derecho Internacional Humanitario y en particular de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977".²⁶ T- 148/05

²⁷ Convenios Ginebra arts.49,50, 129 y 146, en su orden.

²⁸ "El que, con ocasión y desarrollo de conflicto armado, ocasione la muerte de persona protegida conforme a los convenios internacionales sobre derecho humanitario ratificados por Colombia..."

Es cierto, como lo sostiene la Fiscalía, la agrupación AUC, a nivel nacional, tiene las características propias de un "grupo armado", pues posee organización bajo la dirección de un mando responsable, ha logrado ejercer control en distintas zonas del territorio patrio, tiene capacidad de realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, según sus propias estratégicas y tácticas, y en condiciones de aplicar el Protocolo adicional II o poseer la aptitud mínima necesaria para ejecutar ese instrumento.²⁹

Las anteriores connotaciones, seguramente fueron suficientes para que la Fiscalía encontrara viable tipificar el comportamiento como violación al título II, capítulo único del Código Penal, pues en el escenario conocido como la región del MAGDALENA MEDIO, hacía presencia el Frente Omar Isaza "FOI"; por esa razón el ciudadano RAMON MARIA ISAZA ARANGO, fundador y Comandante de este Bloque del Magdalena Medio Antioqueño, reseñó el avance del grupo hacía el Tolima, y desde el año 1998 al mando de OMAR ISAZA y alias "EL GURRE"; en el año 2000 continuaron hacia La Dorada, Honda, Fresno y Mariquita, al mando militar de alias "MEMO PEQUEÑO", y alias "GURRE", como Comandante Político. De igual manera indicó que la misión de dicha organización era "sacar" a la guerrilla de dichas zonas...³⁰.

Desde ese punto de vista, sabiendo que efectivamente ese grupo o facción de las AUC, actor visible en el conflicto armado interno, de carácter paraestatal según lo reseñado en el hecho, es una estructura de poder, y a algunos de sus miembros que operaron en Fresno Tolima, se ha atribuido el homicidio de doña Fanny, parecería inevitable la conclusión a la que llegó la Fiscalía; pero la enunciación que de las personas protegidas hace el parágrafo del mismo artículo 135 del c.p.³¹, que recoge lo dispuesto sobre el tema por las normas internacionales que obligan al país, tiene una

²⁹ Protocolo II artículo I,1

³⁰ Fl. 256. c.o.1 Declaración de Ramón Isaza Arango.

³¹ Parágrafo del artículo 135 del C.P.

connotación particular que debe auscultarse para encontrar su verdadero alcance.

Es inocultable, al observar las circunstancias destacadas en el resumen de los hechos, que para el día y momento de su muerte, la señora FANNY TORO RINCON, se encontraba en su lugar de residencia cuando fue llamada por dos individuos quienes la solicitaron para atender un supuesto parto, actividad cotidiana pues ella se desempeñaba como enfermera en el Hospital de la municipalidad de Fresno, y puede afirmarse válidamente que hacía parte de "población civil", esto es, que en ese mismo momento de manera alguna participaba en hostilidades, directa ni indirectamente, pues no desarrollaba actos de guerra que por su naturaleza o propósito estuviesen dirigidos a causar daños concretos al material o al personal de la fuerzas irregulares paramilitares, ni se encontraba realizando acción de apoyo concreto a ese tipo de actividades contra las fuerzas, presuntamente contrarias según las características del caso colombiano, o actos que constituyeran amenaza de un daño actual para esa misma organización³².

Pero, la muerte de cualquier ciudadano colombiano en esas condiciones, ajeno al conflicto interno, o que no tiene la calidad de combatiente para el momento de su deceso, por ser víctima de las fuerzas armadas regulares o irregulares, o de sus miembros en particular, no queda automáticamente tipificada dentro de las normas especiales de protección al D.I.H.. Debe demostrarse que la muerte ocurrió **con ocasión y en desarrollo del conflicto armado**, terminología legal del artículo 135 que se debe ponderar, contrastándola con las posturas de los distintos Organismos Internacionales en aplicación del Derecho Internacional humanitario, y específicamente sobre los ámbitos de aplicación *temporal, espacial y material*.

³² CICR Comentario Protocolo I, tomo II, párr. 1944. Citado en "Derecho Internacional Humanitario", Alejandro Valencia Villa, pág. 136-137

Por la aplicación temporal y en términos de legalidad de los delitos y de las penas, el tiempo de comisión de homicidio, año 2003, está dentro de la vigencia de la ley 599 de 2000, con mayor razón dentro del marco de vigencia de los convenios y protocolos sobre humanización de la guerra, de carácter imperativo, y que determinan su aplicación en todo tiempo.³³

Por el área elegida para perpetrarlo, zona urbana del Municipio de Fresno, tampoco se descartaría el interés del derecho internacional Humanitario, pues conforme a la decisión C - 291 de 2005, *"...el requisito de que los actos del acusado estén relacionados de cerca con el conflicto armado no se incumple cuando los crímenes son remotos, temporal y geográficamente, de los combates como tales"*³⁴; y que *"las leyes de la guerra [puedan] frecuentemente abarcar actos que, aunque no han sido cometidos en el teatro del conflicto, se encuentran sustancialmente relacionados con éste"*.³⁵

Dice igualmente la sentencia refiriéndose a decisiones del Tribunal para la antigua Yugoslavia, que no es necesario que exista un conflicto armado en cada municipio o que éste sea presa del conflicto para que se apliquen los estándares del D.I.H.; en últimas el estado de conflicto armado no se limita a las áreas de combate militar efectivo, siendo bastante que lo haya a lo ancho del territorio o en la región e incluso puede ocurrir el delito en ausencia de un conflicto, pero por razón del mismo, enlace entendido como relación cercana y suficiente con el conflicto armado o entendiendo la existencia de un "vínculo obvio" o un "nexo evidente entre los crímenes alegados y el conflicto armado como un todo".

³³ Ley 171 del 16 dic/94, Sentencias 574 AC Octubre 28/93 y C-225 de 1995

³⁴ Traducción informal: ...Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del *Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros*, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002.

³⁵ Traducción informal: ...Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del *Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros*, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002.

Sin embargo y reiterando como lo hacen los pronunciamientos anteriores, aún así, no todos los hechos ilícitos que ocurren durante o en tiempos de conflicto armado se someten al DIH, si no están relacionados con el mismo.

Uno de ellos es justamente la muerte de doña Fanny Toro; primero, porque debe hacerse abstracción de lo que es la organización paramilitar frente a la individualidad social que sin duda representa cada uno de sus miembros. Desde esa perspectiva, deben escindirse las realizaciones que los miembros de la organización cumplen como parte de sus deberes "oficiales", correspondientes a la razón de ser y objetivos de la organización como estructura de poder -bien de cara al conflicto armado o a los auto-atribuidos poderes de limpieza social -, de las ejecuciones personales autodeterminadas por el interés personal, individual, familiar, comercial, etc., de uno o varios de las personas que conforman la organización.

Bajo esa visión, y a pesar de que en otros pronunciamientos de este despacho cuando aun no se conocían mayores detalles de la comisión delictiva y especialmente de quién había surgido la orden de eliminación a la mujer, se asumió el compromiso de la organización delictiva en el homicidio, hoy es incuestionable que Pedro pablo Hernández Sepúlveda y Carlos Andrés Cano con las demás personas que materialmente concurrieron a la realización del delito, actuaron conforme a la decisión personalísima de Alias "Elkin"³⁶, y por un motivo igualmente personal, como lo eran los problemas alrededor del taxi de propiedad de la mujer.

Tal como lo indica el Comandante Supremo de las AUC - MAGDALENA MEDIO- RAMON MARIA ISAZA ARANGO, se logró determinar que la muerte de la enfermera no fue materia de consulta entre los comandantes de la organización, ni informada a

³⁶ Fl. 105 c.o.4

los altos mandos, siendo esta una decisión tomada de manera unilateral por el Comandante alias "ELKIN".³⁷ Tan ajena era esa muerte a la organización, que justamente se procuró una forma delictiva inusual para el conglomerado social, seguramente movido ELKIN por el temor al compromiso militar o disciplinario que le acarrearía, y que buscaba aparentar un crimen común no atribuible a la organización que comandaba, como de hecho lo era. Claramente, no quería que por su presencia, la de los paramilitares, quedara comprometida la organización, porque la causa de la muerte no pertenecía a la estructura militar.

Luego desde el punto de vista de la significación que tenía la muerte de Fanny Toro para los realizadores del homicidio, aunque miembros de una organización delictiva, no trasciende del ánimo individual, no tenía fines estratégicos de cuerpo, ni como objetivo ofender, provocar, agredir o mermar al enemigo natural, la guerrilla, bien por pertenecer a sus filas, por servirle de informante, por difundir su ideología o al menos simpatizar con sus miembros.

Luego definitivamente con análisis de la misma sentencia de la Corte Constitucional aludida, citando al Tribunal para la antigua Yugoslavia, debe afirmarse que este atentado efectivo contra la vida de la mujer no es de interés del DIH, porque no fue perpetrado contra la víctima por razón del conflicto colombiano entre opositores³⁸ y particularmente porque, no se contaba con el hecho de que la enfermera fuera del bando contrario o por lo menos colaboradora de la guerrilla, y entonces el homicidio no puede ser visto como un medio para lograr los fines de una campaña militar, ni en cumplimiento de deberes oficiales del perpetrador, o en el

³⁷ Indagatoria de Ramon Isaza Arango.

³⁸ Sentencia de Constitucional ibídem "Traducción informal "... Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, **caso del Fiscal vs. Blagojevic y Jokic**, sentencia del 17 de enero de 2005. En igual sentido ha explicado este tribunal que "*lo que distingue en últimas a un crimen de guerra de un delito puramente doméstico, es que el crimen de guerra es moldeado por o dependiente del ambiente en el cual se ha cometido –el conflicto armado–* Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la Sala de Apelaciones del 12 de junio de 2002].

contexto de dichos deberes³⁹, como lo cita la Corte en la prementada sentencia de constitucionalidad.

En conclusión, este es uno de los eventos en que aun tratándose de un pronunciamiento temprano del fallo, propiciado por la aceptación de cargos, como se aseveró en acápite referido al control de legalidad de la actuación, el juez tiene la obligación de verificar las exigencias contenidas en el artículo 332 del C.P.P., que va de la mano con la garantía de presunción de inocencia, no desvirtuada en torno a la circunstancia que modifica el tipo penal básico, art. 103 C.P. y con la también garantía de legalidad relacionada con la tipicidad. En ese sentido nuestra máxima autoridad en materia penal, también se ha pronunciado de manera puntual⁴⁰.

No está por demás dejar en claro que el ajuste en la tipicidad de la cual se habla, no afecta el debido proceso porque se apoya en el núcleo fáctico de la imputación, ni sufre mengua el derecho de defensa, en la medida en que no se está haciendo más gravosa la situación de los justiciables sino que por el contrario, se les favorece con esa modificación obligada, no por hecho o falta atribuible a los vinculados, y que por esa misma causa impide contar con circunstancias de agravación punitiva.

8.2. Del Concierto para Delinquir

Como se ha establecido en acápite anterior, la estructura del delito de concierto para delinquir, art. 340 del C.P., ha sido recientemente definida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido que presupone la existencia de una organización,

³⁹ Ibídem. Traducción informal: ...Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002. En igual sentido afirmó este Tribunal que "al determinar si dicho nexos existe, la Sala puede tomar en consideración, entre otros, el hecho de que el perpetrador sea un combatiente, el que la víctima sea un no-combatiente, el que la víctima sea miembro de la parte contraria, el que pueda decirse que el acto haya contribuido a la meta última de la campaña militar, o el que el crimen se haya cometido como parte o en el contexto de los deberes oficiales del perpetrador" " Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005].

⁴⁰ Sentencia del 27 de octubre de 2006. M.P. Dr. YESID RAMIREZ BASTIDAS. Radicado 27.061.

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 hecho⁴¹.

Bajo dichos derroteros, es evidente que se halla demostrada la existencia del injusto en alusión, contemplado en el artículo 340 del Código Penal, habida cuenta que las autodefensas unidas de Colombia, estructura militar de carácter paraestatal, en la más reciente década se incorporó de manera plena al conflicto armado interno, lo que significó que su presencia en diversas regiones del país se incrementara, y por ende su influencia militar.

Es inevitable recordar lo que reseñado en la sentencia, que el propio comandante del Bloque del Magdalena Medio, RAMON MARIA ISAZA ARANGO, sin disimulo reseñó como poco a poco la avanzada de dicho bloque fue hacia el Tolima desde el año 1998 al mando de alias "EL GURRE", y en el año 2000 continuaron hacia La Dorada, Honda, Fresno y Mariquita, al mando militar de alias "MEMO PEQUEÑO", y alias "GURRE", como Comandante Político⁴².

A su turno, EVELIO DE JESUS AGUIRRE HOYOS, alias "ELKIN o TAJADAS" indicó que perteneció al Frente Ramón Isaza -FOI-, de las autodefensas unidas de Colombia, agregando que fue Comandante de dicho Frente, cuando llegó a Fresno en el año 2001 hasta la primera semana del año 2004, y que su jefe era alias "MEMO PEQUEÑO", y el jefe máximo RAMON ISAZA⁴³,

PEDRO PABLO HERNANDEZ SEPULVEDA, manifestó haber ingresado a las Autodefensas del Magdalena Medio en el año de 2000 al

⁴¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. M.P.DR. MAURO SOLARTE PORTILLA. FECHA:18/04/2007 PROCESO: 23997

⁴² Folio 257 c-1

⁴³ Folio 36 c-2

mando del Comandante "Kaliman", luego bajo el mando de "Elkin" trabajó como Jefe de Finanzas hasta noviembre de 2003, reincorporado nuevamente en enero de 2004 por el segundo mando de todo el Bloque alias "Memo Chiquito" en donde manejó las finanzas de los municipios de Fresno y Mariquita⁴⁴.

Adicionalmente, el hoy acusado CARLOS ANDRES CANO, manifestó haber pertenecido al Frente Omar Isaza "FOI", cuyo comandante era alias "Elkin" o "Tajada", ejerciendo la función de patrullero.

Es indudable entonces que las llamadas Autodefensas Unidas de Colombia -AUC- están organizadas con mancomunidad y permanencia, cuyos miembros están ligados entre sí con una responsabilidad que les es común y con carácter permanente, con una verdadera organización jerárquica y con la intención de realizar hechos criminosos previamente acordados, de donde surge clara la existencia del delito en cita, agravado por el inciso 2º, que fuera también acusado por la Fiscalía.

La foliatura de manera indubitable, indica que la organización armada ilegal se había concertado para perpetrar entre otros el delito de homicidio, al haberse puesto de acuerdo en conformar escuadrones de la muerte o grupos de justicia privada, los cuales según indicó PEDRO PABLO HERNANDEZ SEPULVEDA, operaban en la zona rural y urbana, al tiempo que deja entrever que las órdenes eran emitidas por el comandante alias "ELKIN", haciendo una relación de su actuar homicida orientado por sus líderes y directrices en la región de Fresno.

Ratifica el proceder del grupo armado PEDRO HERNANDEZ SEPULVEDA alias "PEDRO PUN PUN", quien en indagatoria señaló que parte de las AUC que actuaban dentro del casco urbano y rural

⁴⁴ Folio 181 y ss. C.o.2 Indagatoria de Pedro Pablo Hernández Sepúlveda.

de Fresno denominándose los "MACETOS" era el encargado de las "limpiezas" y "homicidios" dentro de dicha municipalidad⁴⁵.

Ahora bien, en cuanto al lapso que comprende el comportamiento de concierto para delinquir, por tratarse de una conducta de ejecución permanente, se hace necesario que el operador judicial haga un pronunciamiento de fondo en torno al último acto motivo de reproche, habida cuenta que la fiscalía al momento de la acusación omitió toda precisión al respecto.

Ciertamente en torno a este tipo la jurisprudencia ha señalado que "el límite cronológico máximo de la imputación es el de la acusación y por tanto la sentencia debe atenerse al mismo", es decir, que "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, los actos posteriores podrán ser objeto de un proceso distinto"⁴⁶.

Así las cosas, dentro de las diversas variables señaladas por la jurisprudencia como excepción a la regla general, para considerar el cuál fue último acto de comisión delictiva⁴⁷, cuenta la captura del aquí vinculado CARLOS ANDRES CANO, que en el presente caso se produjo con anterioridad a la resolución de acusación.

En ese orden de ideas, aunque el acusado CANO indicó que no se desmovilizó del grupo insurgente, sino que se alejó del mismo para irse a laborar en el departamento de Risaralda, es un hecho que no se acreditó procesalmente, de igual manera no indica desde qué fecha se desvinculó de las AUC, desconociéndose el oficio o

⁴⁵ Folio 193. c.o.2 Indagatoria de PEDRO HERNNADEZ SEPULVEDA..

⁴⁶ Sentencia 30 de marzo de 2006. M.P. ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON. Rad. 22813

⁴⁷ Sentencia 30 de marzo de 2006. M.P. ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON. Rad. 22813

dedicación laboral cumplida con posterioridad a esa presuntas desvinculación, luego para todos los efectos jurídico penales y especialmente en atención al principio non bis in ídem, el lapso límite del concierto para delinquir que hoy se juzga, será entre 2003 y la fecha de captura, último acto a partir de que el Estado estuvo a cargo del control de las actividades del ciudadano, esto es, 5 de septiembre de 2008.

RESPONSABILIDAD

Como ya se mencionó en esta sentencia, no hay debate alguno en torno a la condición de militante que poseía CARLOS ANDRES CANO en las autodefensas del Magdalena Medio – Frente Omar Isaza-maxime cuando en su injurada Indicó *"Sí pertenecí al FOI "Frente Omar Isaza", cuyo comandante era ELKIN o Tajada"*⁴⁸, ejerciendo la función de "patrullero" en el municipio de Fresno (Tolima).

En cuanto al elemento subjetivo, principalmente se tiene que CARLOS ANDRES CANO, aceptó su responsabilidad por los cargos endilgados por el delito de concierto para delinquir, sin ninguna salvedad, de otro lado, en manifestación probatoria alguna se descubre que su pertenencia al grupo concertado para cometer delitos hubiese sido coaccionado o engañado; por el contrario, como persona en condiciones de comprender optó por la ilicitud, estando en condiciones de elegir comportamiento distinto, conforme sus capacidades individuales y para la convivencia social, asumiendo el propósito común a todos los miembros de la organización.

En cuanto a la participación y responsabilidad de los acusados CARLOS ANDRES CANO y PEDRO PABLO HERNANDEZ SEPULVEDA en el homicidio de FANNY TORO RINCON tenemos:

⁴⁸ Folio 169 c.o.3 Indagatoria de Carlos Andres Cano - 6 de septiembre de 2008.

Claro es que, CARLOS ANDRES CANO, al inicio de la Audiencia Preparatoria aceptó en su totalidad el pliego de cargos formulado en su contra por la Fiscalía 86 Especializada, entre ellos el de Homicidio de la señora Toro.

De igual manera en injurada relató los pormenores del homicidio, indicando que el día de marras se encontraba en una finca llamada "Bajo Campeón" ubicada en Fresno, cuando Pedro Pun Pun recibió una llamada del comandante alias "Elkin", quien le ordenó que se dirigiera al casco urbano para asesinar a una señora (Fanny Toro) propinándole 30 puñaladas, acción ésta, que realizó junto con "Amarillo", "Equis" y "Pedro Pun Pun"; describiendo con lujo de detalles todas las acciones realizadas para cometer dicho ilícito.

En lo que atañe al acusado PEDRO PABLO HERNANDEZ SEPULVEDA, aún cuando el mismo en sus salidas procesales negó su participación en estos hechos de sangre, se tiene que CARLOS ANDRES CANO alias "Keino" relató con lujo de detalles que él era quien había sido la persona que recibió la llamada de alias "Elkin" y fue el encargado de su efectiva ejecución. Relato éste, que es coherente y carente de animadversión, el cual fue ratificado con la aceptación de cargos que hiciera HERNANDEZ SEPULVEDA ante este Estrado Judicial.

De acuerdo a lo indicado en la presente sentencia, es evidente que HERNANDEZ SEPULVEDA y CARLOS CANO afrontaron la decisión de ir a causarle la muerte a FANNY TORO, con otros, en empresa criminal caracterizada por la división de trabajo ideada, pues se encuentra demostrado que PEDRO PUN PUN fue encomendado por el Comandante "Elkin" para que junto con otros miembros de la organización, entre ellos CARLOS CANO "keino", buscaran a la señora a la casa para engañarla y hacerla salir con el argumento de ir a atender un parto, y mientras tanto "Pedro Pun Pun" y otros

esperaban en el sitio de las Canchas en motocicletas, para luego emprender la huida.

Todo lo anterior permite afirmar que CARLOS ANDRES CANO alias "Keino" y PEDRO PABLO HERNANDEZ SEPULVEDA, alias "Pedro pun pun", están llamados a responder en condición de coautores impropios del homicidio, sin que pueda predicarse su actuación como meros instrumentos, pues compartieron el resultado delictivo con sus compañeros de criminalidad.

De esta manera se verifica la existencia de responsabilidad en cabeza de CARLOS ANDRES CANO y PEDRO PABLO HERNANDEZ SEPULVEDA, quienes merecedores de juicio de reproche deben ser sujetos de las consecuencias penales propias de su actividad criminal.

6.- DE LA PUNIBILIDAD

Hallados penalmente responsables PEDRO PABLO HERNANDEZ SEPULVEDA Y CARLOS ANDRES CANO del delito de homicidio; y para éste último en concurso con el de concierto para delinquir, agravado, y en virtud del fenómeno concursal (artículo 31 del Código Penal), para efectos de tasar la pena a imponer se deberán individualizar cada una de las conductas, para determinar la base, teniéndose en cuenta que según la norma mencionada, se habrá de partir de la pena fijada para el delito de mayor gravedad, que en este caso es el de Homicidio, aumentada hasta en otro tanto por el otro injusto.

El delito de homicidio, previsto en el artículo 103 de la ley 599 de 2000, prevé una pena de prisión entre 13 y 25 años, o lo que es lo mismo, entre 156 y 300 meses de prisión.

De la misma manera y en aras de fijar el cuarto de movilidad, se ha de precisar que no concurren circunstancias de menor punibilidad en favor de los procesados debido a que poseen antecedentes penales, tal como se verifica en informe del DAS de 29 de octubre de 2009, allegado a la actuación, suscrito por el funcionario Robinson Rojas Rodríguez⁴⁹. Y no concurren circunstancias genéricas de mayor punibilidad –art. 58-, en razón a que las mismas no fueron expresamente imputadas en la resolución de acusación o su equivalente, para ser deducidas en la sentencia, por tener repercusión en la dosificación punitiva⁵⁰, razones por las cuales se tasará la pena dentro del cuarto mínimo, que oscila entre **156 y 192** meses de prisión, siguiendo las directrices del artículo 61 del ordenamiento sustantivo.

La pena a imponer se ponderará, teniendo en cuenta los parámetros fijados por el legislador, tales como la menor o mayor gravedad de la conducta, el daño real o potencial causado, la intensidad del dolo, y demás aspectos determinados en el inciso 3º del artículo 61 del Código Penal; es evidente en cuanto a los procesados, que el homicidio es de las conductas catalogadas como de mayor connotación, dada la injusta modalidad comportamental, despiadada y con alto contenido de crueldad contra la mujer por la simple razón de reclamar sus derechos, la intensidad del dolo, el medio engañoso utilizado para segar la vida de la enfermera, la presencia y participación de un grupo de agresores que potenciaron la barbarie, todo lo cual se traduce en un alto impacto en el conglomerado social por virtud de la marcada gravedad de la conducta punible. Por esas circunstancias la pena se fijará para el delito de Homicidio en **190 meses de prisión** para ambos procesados.

⁴⁹ Folio 137 c.o.5

⁵⁰ Sentencia 12 de septiembre de 2007. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Rad.22.349

En cuanto al delito de Concierto para Delinquir, por el cual únicamente se condenará a CARLOS ANDRES CANO, por las razones expuestas en acápite anterior, se determina que debe ubicarse el Despacho dentro del cuarto mínimo, que oscila entre **36 a 45** meses de prisión y entre **2000 a 4500** S.M.L.M.V., DE MULTA, según la norma más favorable, ley 599 de 2000. De manera que la sanción a imponer por esta otra infracción, según el mismo criterio aplicado para el Homicidio, sería la de **40** meses de prisión y multa de **2100** S.M.L.M.V. Sin embargo, atendiendo a las reglas establecidas para el concurso de conductas punibles en el artículo 31 del Código Penal, la pena a incrementar por esta ilicitud sería la de treinta (30) meses de prisión y Multa de mil quinientos (1500) s.m.l.m.v. Haciendo la adición matemática respectiva de las sanciones fijadas para cada uno de los delitos mencionados (Homicidio y Concierto para Delinquir), se tiene que la pena a imponer a Carlos Andrés Cano quedaría en **DOSCIENTOS VEINTE (220) MESES DE PRISIÓN Y MULTA DE MIL QUINIENTOS (1500) S.M.L.M.V.**

En punto a la rebaja por sentencia anticipada, reciente pronunciamiento de la Sala Penal del Honorable Corte Suprema de Justicia, en el que retomó sus planteamientos en torno a dicha figura, tras considerar que las normas que regulan la reducción de la pena, tienen efectos sustantivos al tener injerencia en la libertad personal del inculpado, concluyó en consecuencia que el inciso primero del artículo 351 de la ley 906 de 2004 (actual Código de Procedimiento Penal que implementó el sistema acusatorio) puede ser aplicado de manera retroactiva a situaciones gobernadas por la Ley 600 de 2000, en aplicación del principio de favorabilidad.

Arribó a esa solución haciendo estudio comparativo entre el instituto de la sentencia anticipada y el allanamiento a cargos, teniendo en cuenta su naturaleza, la necesidad de estar precedido en ambos casos de una formulación de cargos, la existencia de un

control de legalidad, la presunción de inocencia en el sentido que el juez puede dictar el fallo con base en la aceptación pero en referencia a las pruebas aducidas al proceso o la evidencia ó material probatorio, según el procedimiento; también la publicidad del fallo, la reafirmación y reconocimiento al principio de la lealtad procesal como expresión de buena fe, que comportan igualmente una confesión simple, promueven la eficiencia del sistema judicial, y por ende deviene el carácter homologable con la sentencia anticipada.⁵¹

En este mismo sentido el alto Tribunal recientemente aclaró las equivalencias por favorabilidad, y dado que la aceptación de cargos en el caso presente se produjo en la Audiencia Preparatoria, **la rebaja será de una tercera parte.**⁵²

Esta interpretación normativa es prohijada también por la Corte Constitucional al referir sobre la necesidad de la ponderación punitiva contenida en el artículo 351 de la Ley 906 /04, pues "No basta acudir de manera simple al máximo previsto en la nueva disposición ("hasta la mitad"); la formula ponderada por la que optó el legislador impone extender el cálculo del monto de la rebaja los criterios que rigieron la determinación de la pena."⁵³

Por consiguiente, ya se había dicho atrás que la pena a imponer a CARLOS ANDRÉS CANO era la de doscientos veinte (220) meses de prisión; pero por haberse acogido a la sentencia anticipada se le hará una reducción de la tercera parte, razón por la cual le queda una pena definitiva de **CIENTO CUARENTA Y SEIS (146) MESES, VEINTE (20) DÍAS DE PRISIÓN Y MULTA DE MIL (1000) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES.**

⁵¹ Sentencia 8 de abril de 2008 M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán R.

⁵² Sentencia 8 abril de 2008 M.P. A gusto Ibáñez Guzmán R. Rad. 29586-24402 9 de junio y 28 de mayo de 2008 Alfredo Gómez Quintero

⁵³ T-091/06 Corte Constitucional

Respecto de **PEDRO PABLO HERNÁNDEZ SEPÚLVEDA**, se tiene que a los 190 meses de prisión de que atrás se habló, a imponer por el delito de Homicidio, se le habrá de aplicar el mismo descuento de la tercera parte de que se viene tratando, motivo por el cual la pena definitiva a fijársele será la de **CIENTO VEINTISÉIS (126) MESES, VEINTE (20) DÍAS DE PRISIÓN.**

Como pena accesoria a la de prisión, se impondrá a los condenados PEDRO PABLO HERNANDEZ SEPULVEDA Y CARLOS ANDRES CANO la consistente en la Inhabilitación de Derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena corporal principal determinada a cada uno de ellos.

7.- DE LA INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

En el marco de los derechos que le asisten a las víctimas en el proceso penal, su campo de protección, restablecimiento y restitución, ha ampliado su espectro, teniendo en cuenta los estándares internacionales, en el sentido de no solo abarcar el interés pecuniario, sino además a la posibilidad de saber lo que sucedió, a que no haya impunidad y el acceso a la justicia para efectividad de sus derechos, atendiendo las disposiciones internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, de manera que al estado le corresponde evitar la impunidad lo que comporta que debe buscar la verdad, justicia, y reparación, y la jurisprudencia nacional le han ampliado sus derechos, sin que se soslaye el interés de las víctimas y la colaboración que deben prestar alrededor de la acción penal.

Además el constituyente le proporcionó rango superior a los derechos de las víctimas, en aras de propender por el goce efectivo de los derechos, promoviendo su participación en el proceso penal para lograr la concreción de los derroteros antes enunciados, los

cuales también abarcan una dimensión colectiva cuando hay afectación de comunidades directamente afectadas; y una personal, que corresponde a la adopción de medidas individuales frente a los derechos de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantía de no repetición, es decir todos los daños y perjuicios irrogados a la víctima⁵⁴. En este orden, frente a los derechos ya señalados y teniendo claro que todo hecho punible genera la obligación de reparar los daños y perjuicios morales y materiales que de él han provenido en aplicación de los artículos 94 y 96 del Código Penal ..-, se procederá a su determinación, observando los factores contenidos en el artículo 97 Ibídem, los cuales deben encontrarse debidamente probados en tratándose de los materiales.

7.1 PERJUICIOS MATERIALES

En el presente trámite, a diferencia de los ya adelantados por estos mismos hechos donde resultaron condenados EVELIO DE JESUS AGUIRRE y ALEXANDER LOPEZ ACOSTA, se presentó demanda de parte civil por parte del abogado Juan Carlos Castaño Posada a nombre de JORNEY JIMENEZ TORO, sin embargo advierte el despacho que el libelo de la demanda reza lo siguiente; el fin "*es obtener en principio la legitimidad para actuar dentro de este proceso en procura de que sea como resultado del mismo, condenados los responsables por los hechos materia de investigación no solo a las penas privativas de la libertad correspondientes sino también a resarcir los perjuicios tanto materiales como morales a mi poderdante*"⁵⁵.

Pero no hay acreditación alguna de quien se anuncia como sobrino de la víctima, en torno a la concreción de daños irrogados, luego hoy reitera el despacho que no puede entrar a tasar unos perjuicios sin la certeza de su causación, porque el daño debe ser

⁵⁴ C-454/06

⁵⁵ Fl. 2 Cuaderno de Parte Civil de Journey Jimenez Toro .

cierto y no puede señalarse basado en hipótesis, máxime que como lo ha indicado la jurisprudencia en materia de precisión de daños y perjuicios, el perjuicio eventual no otorga derecho a indemnización⁵⁶, principio vigente frente al ordenamiento jurídico del Estado.

7.2. PERJUICIOS MORALES

En este punto, aun cuando no hay comprobaciones específicas en torno a la producción de perjuicios morales, debe remitirse el despacho a lo considerado cuando emitió condena en contra de EVELIO DE JESUS AGUIRRE, de ALEXANDER LOPEZ ACOSTA y de CARLOS ALBERTO PATIÑO BUSTOS, en las cuales se condenó por la responsabilidad solidaria con todos los que resulten responsables por la muerte de FANNY TORO RINCON, se ratifica la condena al pago de MIL SALARIOS mínimos legales mensuales vigentes para la fecha del pago, a favor de su hija YURANI LERMA TORO, acreditada hija de la señora FANNY TORO RINCON, a través de testimonio juramentado y bajo el principio de libertad probatoria y por el sufrimiento natural generado en los hechos, cuya naturaleza y modalidad son suficientes para prever un grado de afectación superior, habida cuenta de la crueldad y motivos de la muerte de su progenitora, con quien además compartía su vida para el momento del abrupto deceso. Lo anterior por aplicación del artículo 97 del Código Penal.

Sin embargo, esta determinación no es óbice para que los afectados puedan acudir a otras instancias judiciales en aras del reconocimiento de los perjuicios que aquí no reclamaron.

8.- DE LOS MECANISMOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA

⁵⁶ Sentencia Rad. 12.555, 10 de Agosto 2001, Consejo de Estado, M.P. Hernández Henríquez.

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, respecto del primero exige que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años, lo que para el presente caso no tiene cabida, toda vez que la pena impuesta supera ostensiblemente dicho término, relevando cualquier otro pronunciamiento respecto del subjetivo.

En lo que atañe al sustitutivo de la prisión domiciliaria, contemplada dentro del artículo 38 del actual Código de las Penas, para gozar de dicho mecanismo igualmente, están ausentes los presupuestos allí establecidos.

En consecuencia, los sentenciados PEDRO PABLO HERNANDEZ SEPULVEDA y CARLOS ANDRES CANO, tendrán que permanecer privados de su libertad en el establecimiento carcelario designado por el INPEC para la ejecución de la presente sentencia.

En razón y 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 CESACION DE PROCEDIMIENTO a favor de **PEDRO PABLO HERNANDEZ SEPULVEDA** identificado con la C.C. No. 5.912.871 de Fresno (Tolima) en relación con el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR y por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR ANTICIPADAMENTE a **CARLOS ANDRES CANO, alias Keino**, plenamente individualizado e identificado,

titular de la cédula de ciudadanía No. 1.060.586.453 de Supía (Caldas), a la pena principal de **CIENTO CUARENTA Y SEIS (146) MESES, VFEINTE (20) DÍAS DE PRISION Y MULTA DE MIL (1000) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES**, en condición de coautor responsable del delito de **HOMICIDIO en concurso con el de CONCIERTO PARA DELINQUIR.**

TERCERO: CONDENAR ANTICIPADAMENTE a PEDRO PABLO HERNÁNDEZ SEPÚLVEDA, identificado con la C.C. No. 5.912.871 de Fresno (Tolima), a la pena principal de **CIENTO VEINTISÉIS (126) MESES, VEINTE (20) DÍAS DE PRISIÓN**, como coautor responsable del delito de **HOMICIDIO.**

CUARTO: CONDENAR a CARLOS ANDRES CANO Y PEDRO PABLO HERNANDEZ SEPULVEDA a la pena accesoria de Inhabilitación para el ejercicio de Derechos y funciones públicas por el término de LA PENA PRINCIPAL CORPORAL impuesta a cada uno de ellos.

QUINTO: CONDENAR a CARLOS ANDRES CANO y PEDRO PABLO HERNANDEZ SEPULVEDA a pagar solidariamente por concepto de PERJUICIOS MORALES, el equivalente en moneda nacional a MIL (1000) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES, a favor de la hija de la Víctima, YURANI LERMA TORO, según los términos indicados en la parte motiva de esta sentencia.

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

SEPTIMO: Contra la presente providencia procede el recurso de apelación, que se surtirá ante la Sala Penal del Honorable Tribunal

Radicado: 110013107011-2009-0051-00

Procesado: Carlos Andrés Cano alias "Keino" y José Horacio García Vásquez alias "Pedro Pun Pun".

Delitos: Homicidio en Persona Protegida y Concierto Para Delinquir Agravado.

Superior del Distrito Judicial de Bogotá, conforme a lo establecido en el artículo 3° del Acuerdo N° 4959 de 2008 emanado del Consejo Superior de la Judicatura.

OCTAVO.- En firme la presente decisión envíese la actuación a los JUZGADOS PENALES DEL CIRCUITO ESPECIALIZADOS –REPARTO- de NEIVA, por competencia territorial y por tratarse de un programa de descongestión, para lo pertinente.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La Juez,

TERESA ROBLES MUNAR