### **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

#### SALA DE CASACIÓN PENAL

**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

**Magistrado Ponente**

**AP5767-2014**

**Radicación 38961**

**Aprobado en acta 318**

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil catorce (2014)

 Decide la Sala acerca de la admisibilidad de los fundamentos lógicos y de apropiada argumentación de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado YANQUIN NOLBER MORA GARCÍA, contra la sentencia de 6 de septiembre de 2011 mediante la cual el Tribunal Superior de San Gil confirmó la emitida por el Juzgado Penal del Circuito de Puente Nacional, que lo condenó, conjuntamente con Orlando Gualteros Molina, como coautores del delito de homicidio simple.

**HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL**

El aspecto fáctico fue presentado por los juzgadores así:

*..el día 1° de febrero de 2004 siendo aproximadamente las nueve y media de la noche en el sitio denominado ‘El Porvenir’, ubicado en la vereda Platanillo del municipio de Florián, en momentos en que un grupo de militares adscrito al batallón Sucre acantonado en Chiquinquirá, al mando del cual se desempeñaba el subteniente Elmer Arjady Sosa Matallana que hacía parte de la misión táctica número 20 conocida como ‘siniestro’, quienes se movilizaban en dos vehículos provenientes del municipio primeramente mencionado y con destino a la sede del batallón, irrumpieron de forma agresiva en la casa de la familia Zárate Moreno donde estaban departiendo varios de sus miembros, entre ellos algunos menores de edad, quienes fueron sometidos a malos tratos y los hombres a una requisa sin que les fuera encontrado algún tipo de arma. Estando en ese procedimiento uno de los uniformados que hacían ronda por los alrededores de la casa ingresaron al inmueble con una pistola marca Browing que supuestamente había hallado allí cerca y de inmediato los civiles fueron conminados a exhibir sus documentos de identificación, entre ellos José Daniel López, empleado de Ever Alfonso Velasco Chacón integrante de la familia Zárate, el cual titubeó cuando le interrogaron por el número de la cédula, lo que fue suficiente para que quedara retenido, quien entonces manifestó que procedía a sacar el maletín dirigiéndose a su habitación seguido de los soldados Mora y Gualteros quienes al instante le dispararon con fusiles de dotación alcanzándolo con un tiro que le entró por la espalada y le produjo la muerte horas más tarde cuando era atendido en una clínica de Chiquinquirá.*

Los hechos anteriores sirvieron de fundamento para que inicialmente la justicia castrense adelantara la investigación en contra de los soldados YANQUIN NOLBER MORA GARCÍA y Wilson Orlando Gualteros Molina, a quienes escuchó en indagatoria y les resolvió la situación jurídica absteniéndose de imponerles medida de aseguramiento. En la misma decisión ordenó compulsar copias ante el posible exceso en el procedimiento realizado por los militares y las lesiones personales causadas a la señora Marcelen Moreno de Zárate.

No obstante, a petición del representante del Ministerio Público, la actuación se trasladó a la justicia ordinaria al establecer que el comportamiento no tenía relación con el servicio.

Por ello, la Fiscalía General de la Nación mediante proveído de 12 de noviembre de 2008 calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de los procesados por el delito de homicidio simple, decisión que adquirió firmeza el 19 de mayo de 2010 ante su confirmación por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal.

La fase del juicio la adelantó el Juzgado Penal del Circuito de Puente Nacional, despacho que tras surtir la audiencia pública, emitió sentencia el 6 de septiembre de 2011 al condenar a los procesados como coautores de delito objeto de acusación a la pena de catorce (14) años de prisión, sin concederles la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria.

En virtud del recurso de apelación formulado por los defensores de ambos procesados, el Tribunal Superior de San Gil, por decisión de 7 de febrero de 2012 confirmó la condena, razón por la cual el apoderado de MORA GARCÍA insiste con la impugnación extraordinaria, allegando la respectiva demanda de casación, de cuya admisibilidad se ocupa la Corte.

**DEMANDA**

Bajo el marco de la causal primera de casación, contemplada en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000, pregona la violación directa del artículo 7° inciso 2° del Código de Procedimiento Penal y la aplicación indebida de los artículos 29 inciso 2° y 103 de la Ley 599 de 2000.

Para el defensor, si el Tribunal dio por probado que la víctima emprendió veloz carrera y huyó de la custodia de los militares, quienes accionaron sus fusiles en forma simultánea, no se le podía predicar a su asistido la coautoría, porque no se acreditó el acuerdo previo.

Explica que los incriminados usaron individualmente sus armas porque ante su formación y disciplina militar se encuentran preparados para actuar *«de manera automática»*, como lo hicieron con el fin de evitar la fuga de la persona retenida, sin que se pueda deducir aquí el acuerdo tácito, por eso *«El hecho deducido por el juzgador no corresponde a la coautoría impropia o técnicamente coautoría, sino que todo parece indicar una autoría»*.

Agrega que como no hubo acuerdo, también falta la división funcional del trabajo y que el juicio *ex ante* para verificar la necesidad del actuar conjunto si la contribución fue significativa, aquí el suceso final, muerte, no se altera por la falta de intervención de MORA GARCÍA, porque se desconoce cuál de los procesados produjo el resultado típico.

Que si bien los dos soldados crearon un riesgo jurídicamente desaprobado, una sola de esas conductas se concretó en el resultado, pues un disparo fue el que hizo blanco en la humanidad de la víctima, de ahí que ante el único autor y dada la imposibilidad de imputar a alguno el tipo objetivo porque no se pudo determinar de cuál arma provino el disparo, el Tribunal debió aplicar el principio *in dubio pro reo*.

En tal sentido, solicita a la Corte emitir decisión de reemplazo, una vez case el fallo recurrido.

**CONSIDERACIONES DE LA CORTE**

Aunque el recurrente anhela la modificación de la responsabilidad penal predicada de su defendido al denunciar la violación directa de la ley sustancial, el desarrollo que le imprime a la censura no se ajusta a la disciplina que rige para denotar esa clase de yerro judicial.

Efectivamente, el ensayo de lo que el Tribunal debió fallar se edifica sobre los elementos de convicción, cuando el recurrente echa en falta la demostración del acuerdo común como elemento estructurador de la coautoría, de manera que no respeta no respeta los hechos y las pruebas como fueron aprehendidas y estimadas por el Tribunal y cae a no dudarlo en una infracción indirecta de la ley de carácter sustancial.

Para el sendero de violación escogido por el censor, debía centrar su discurso en el error de selección normativa por parte del juzgador al radicar en la existencia de la disposición *(falta de aplicación o exclusión evidente),* o la equivocada adecuación de los hechos probados a los supuestos que contempla el precepto *(aplicación indebida)*, o bien, el dislate hermenéutico al darle a la norma un sentido que no tiene o errar en su *significado (interpretación errónea)*.

Aquí el defensor propende por un nuevo examen crítico a la base fáctica de la sentencia, sin dedicar espacio a cuestionar las conclusiones judiciales acerca del actuar mancomunado de los soldados, quienes admitieron haber accionado sus fusiles de dotación contra el joven Daniel José López, acreditándose así la firme intención de darle muerte cuando éste se hallaba de espaldas a ellos y sin que mediara alguna justificación para ello.

Pasa por alto el censor el extenso análisis que hizo el Tribunal acerca de la coautoría impropia, y precisamente respecto de la queja del apelante acerca de la inexistencia del acuerdo previo, cuando se consideró que para su estructuración no era menester el concierto de voluntades formal o expreso, sino que bastaba la confluencia tácita de las mismas, la cual puede surgir concomitante o simultáneamente a la realización del delito.

El impugnante para la eficacia del cargo debía atacar el criterio de la «imputación recíproca», tenido en cuenta por el juzgador, el cual tiene lugar *«cuando existe una resolución común al hecho, lo que haga cada uno de los coautores es extensible a todos los demás, sin perjuicio de que las otras contribuciones individualmente consideradas sean o no por sí solas constitutivas de delito»,* al concluir en los fallos que los dos enjuiciados tuvieron dominio conjunto de la conducta,

*En este orden, cuando varios partícipes dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deben responder como coautores. Con razón se ha dicho por la doctrina que la coautoría no es una suma de autorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho. No puede, pues, ser autor solo el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el hecho rector del tipo sino también todos los que lo dominan en forma conjunta.*

*Los medios de convicción allegados al proceso, y en particular los descargos de los procesados indican sin duda que el delito de homicidio se realizó en el marco de la coautoría impropia, toda vez que los soldados implicados de manera conjunta decidieron mediante acuerdo tácito disparar sus armas contra Daniel José López con el ánimo de causarle muerte, y con pleno dominio del hecho, esto es, que cualquiera de ellos pudo, controlarlo, interrumpirlo o modificar sus circunstancias. Existió un co-dominio funcional ‘entendiendo por tal que los varios individuos, sin sometimiento, dependencia o subordinación de uno o unos de ellos a otro u otros de ellos se dirijan a la misma finalidad con un comportamiento esencial, mirado no en términos absolutos, sino relativos’.*

Se muestra así vacua la postura del casacionista al añorar el juicio *ex ante* que develara la importancia del aporte individual desplegado por su defendido, ante la consideración judicial del dominio conjunto y la interdependencia funcional que medió entre los dos soldados, a lo cual se sumó el actuar desbordado del grupo militar, pues no sólo irrumpieron sin orden a una vivienda, forzando a sus moradores, sino que aparentaron que la muerte había obedecido a la reacción por el uso del arma por parte del joven José Daniel López, cuando la prueba de absorción atómica practicada a su cadáver arrojó resultados negativos, amén de que se acreditó que su retención obedeció única y exclusivamente por su tez morena y porque no atinó a decir el número de su cédula de ciudadanía, documento que tan sólo dos meses y medio antes había solicitado.

Así las cosas, encuentra la Sala que el libelo acusa las graves fallas destacadas, que no pueden en modo alguno ser enmendadas por la Corporación, pues lo impide el principio de limitación que rige el trámite casacional, imponiéndose su no admisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 213 de la Ley 600 de 2000.

Finalmente, la Corporación no observa con ocasión del diligenciamiento o en el fallo impugnado violación de derechos o garantías de los sujetos procesales como para que se hiciera necesario el ejercicio de la facultad legal oficiosa que le asiste a fin de asegurar su protección en los términos del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000).

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia,

**RESUELVE**

NO ADMITIR la demanda de casación interpuesta por el defensor de YAQUIN NOLBER MORA GARCÍA, por las razones dadas en la anterior motivación.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

**FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO**

**Presidente**

**JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO**

**JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ**

**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

**MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ**

**GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ**

**EYDER PATIÑO CABRERA**

**PATRICIA SALAZAR CUELLAR**

**LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO**

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria