

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Aprobado acta N° 239

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de junio de dos mil doce (2012)

V I S T O S

La Sala se pronuncia respecto de los presupuestos de lógica y debida fundamentación de las demandas de casación presentadas por el Fiscal 29 Especializado de Medellín y los apoderados de las víctimas Soraida Vidales Álvarez, Doris Estrada Pizarro, Darlene y Jacqueline Vásquez Estrada, contra la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín que, el 23 de febrero de 2011, revocó la decisión condenatoria de primer grado y absolvió a HERNÁN ALONSO OSPINA RUBIANO del delito de desaparición forzada.

H E C H O S

Se reseñaron en el fallo impugnado así:

“MARIO DE JESÚS VÁSQUEZ GALEANO, quien era propietario de los billares ‘Magus’, ubicado en la calle 30 con carrera 76 del barrio Belén de la ciudad, estaba interesado en vender el mismo, para lo que había iniciado gestiones con HERNÁN ALONSO OSPINA RUBIANO cliente y amigo suyo. Para el día 23 de octubre de 2009 MARIO DE JESÚS, siendo aproximadamente la 1.30 PM. cogió unos papeles relacionados con el billar, salió y

desde aquel momento no se tuvo conocimiento de él, pero fue encontrado sin vida el 28 del mismo mes en un botadero de escombros del barrio Belén Rincón. Sea del caso señalar que desde las 3 P.M. aproximadamente de ese 23 de octubre, alguien que simulaba ser MARIO DE JESÚS, utilizando su número celular llamaba al billar dando cuenta de la venta del mismo a HERNÁN ALONSO, quien posteriormente hizo presencia en el mismo ejecutando actos de señor y dueño, fue hasta la residencia de MARIO, cogió el vehículo de éste y lo llevó a un parqueadero; ante el requerimiento de los familiares de MARIO DE JESÚS, HERNÁN ALONSO no dio explicaciones satisfactorias, diciendo que se había ido de paseo y que posteriormente regresaba, por lo que fue necesario acudir a la Policía Nacional, miembros de esta institución lo sorprendieron cuando manipulaba en su oficina, en un computador un supuesto contrato de compraventa del billar, mismo que ya estaba impreso con la huella dactilar de MARIO DE JESÚS, entre otros elementos la Policía le incautó el celular de MARIO.”

ANTECEDENTES PROCESALES

1. El 25 de octubre de 2009 ante el Juez 38 Penal Municipal con función de Control de Garantías de Medellín se llevó a cabo audiencia de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud e imposición de medida de aseguramiento en contra de HERNÁN ALONSO OSPINA RUBIANO por el delito de desaparición forzada (artículo 165 del Código Penal). El citado no aceptó los cargos, por lo cual el 22 de diciembre siguiente la Fiscalía 42 Especializada de esa ciudad radicó escrito de acusación¹.
2. Correspondió conocer el asunto al Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Medellín, estrado judicial que luego de realizar las audiencias de formulación de acusación, preparatoria y el juicio oral anunció, el 7 de octubre de 2010, el sentido condenatorio del fallo. Dictó sentencia el 5 de noviembre del mismo año, en la cual impuso a OSPINA RUBIANO las penas principales de 320 meses de prisión y multa de 1.333,33 S.M.L.M.V. y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones

públicas por el lapso de 20 años, como autor responsable de la conducta punible de desaparición forzada, negándole la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria².

3. Apelada esta determinación por el Procurador Judicial 119 y la defensa, fue revocada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín el 23 de febrero de 2011, en proveído a través del cual absolvió al procesado³.

4. Inconformes con lo resuelto, el Fiscal 29 Especializado de Medellín y los apoderados de las víctimas Soraida Vidales Álvarez, Doris Estrada Pizarro, Darlene Vásquez Estrada y Jacqueline Vásquez Estrada, interpusieron el recurso extraordinario de casación, sustentado oportunamente en sendos libelos.

LAS DEMANDAS DE CASACIÓN

Demanda presentada por el Fiscal 29 Especializado de Medellín

El Delegado del ente acusador presenta un cargo único amparado en la causal primera de casación del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, denunciando violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho proveniente de falso juicio de existencia, al no apreciar el Tribunal de Medellín medios de prueba válidos que permitían estructurar el delito de desaparición forzada.

Indicó que el ad quem consideró indispensable determinar la hora del deceso de Mario de Jesús Vásquez Galeano para predicar si estuvo privado de la libertad como elemento normativo del tipo penal, pasando por alto que su voluntad no era libre cuando decidió reunirse con OSPINA RUBIANO, pues actuaba bajo engaño, siendo esta una hipótesis admisible para pregonar la materialización del delito de desaparición forzada que expresamente consagra como punible el sometimiento a la privación de la

libertad de una persona, “cualquiera que sea la forma”, seguida del ocultamiento y la negativa a reconocer su paradero.

A esta omisión llegó el sentenciador por no tener en cuenta los testimonios de Soraida Vidales Álvarez, Giovanny Estrada Pérez, Iván Vásquez Ardila, Claudia Parra García, Medardo Raúl Hernández, Rubén Darío Giraldo Castro, Martha Isabel Wolf Echeverri, ni la prueba documental allegada a la actuación, con la que se establece que la intención del procesado era sacar a la víctima de su entorno a través de un supuesto negocio y someterlo a la privación de su libertad, mediante engaño, ya que “...la voluntad de Mario no era libre, puesto que si hubiese sabido que lo iban a matar no (sic) había acudido a la cita...”.

Agrega que el cuerpo de la víctima fue encontrado oculto en un sitio que impedía su hallazgo, pero esto no altera la estructura del delito porque ello ocurrió cinco días después de la desaparición, lapso en el cual estuvo por fuera del amparo legal, a lo que se suma la negativa del procesado en dar a conocer su paradero. Concluye así que la actividad probatoria del Tribunal desconoció que “el dominio antijurídico de la voluntad de una persona implica una retención ilegal y que esto es idéntico a retener por la fuerza, en este sentido, físicamente no hay diferencia entre el engaño y aplicación de fuerza para retener a una persona...”.

Por ello, al estimar que concurren los elementos que configuran el delito consagrado en el artículo 165 del Código Penal, solicita se case la sentencia impugnada y, en su lugar, se dicte sentencia condenatoria en contra de HERNÁN ALONSO OSPINA RUBIANO.

Demanda presentada a nombre de las víctimas Doris Estrada Pizarro, Darlene y Jacqueline Vásquez Estrada.

El apoderado de las victimas formula un cargo único principal en contra de la

decisión del Tribunal y, en términos similares a la demanda de la Fiscalía, invoca para el efecto la causal primera del artículo 181 del C.P.P. por violación indirecta de la ley sustancial, derivada de un error de hecho por falso juicio de existencia debido a la falta de apreciación de pruebas. Señalan como normas violadas los artículos 165 del Código Penal y 7 del Código de Procedimiento Penal, por aplicación indebida, y los artículos 372, 373, 380 de la última codificación, por falta de aplicación.

Luego de efectuar unas consideraciones generales acerca del delito por el cual se procede, afirma que en su configuración basta acreditar un acto de fuerza tendiente a desaparecer una persona, resultando la muerte de la víctima un hecho secundario en tanto la finalidad del comportamiento es que permanezca oculta y el Tribunal, al no comprender este fenómeno, revocó la condena sin apreciar la prueba que daba cuenta de la privación de la libertad. No comparte su tesis, según la cual, debe verificarse una retención física para auscultar si hubo desaparición forzada, porque ello implicaría tarifa legal probatoria, además de contraer un análisis aislado de uno de los elementos del tipo penal. Con ello, dice, se deja de apreciar en el sub examine que OSPINA RUBIANO tenía el propósito de apoderarse de los billares propiedad de Mario de Jesús Vásquez Galeano, para lo cual debía desaparecerlo, es decir, sacarlo de la escena social porque esto le permitiría posteriormente actuar como su propietario.

Refiere que con estratagemas se engañó a la víctima y su libertad se diezmó desde que se le colocó una cita bajo el pretexto de un negocio, siendo válido inferir por estas circunstancias antecedentes que el procesado tenía a disposición su voluntad. Resulta así la aparición del cadáver de Mario de Jesús Vásquez Galeano un hecho fortuito, ya que, aún cuando esto no hubiese ocurrido, persiste el delito de desaparición forzada en atención a que una vez consumada la argucia OSPINA RUBIANO ocultó deliberadamente su suerte, tratando de desviar y desorientar la búsqueda que habían iniciado familiares como lo destacaron los testimonios inadvertidos por el Tribunal.

Después de realizar algunas apreciaciones probatorias relativas a la falta de capacidad económica del procesado para adquirir los billares, el hallazgo en su poder de varias pertenencias de la víctima y elucubrar sobre los dictámenes científicos que determinaron el momento probable de la muerte, solicita a la Sala casar la sentencia y emitir fallo condenatorio.

También formula el censor un cargo subsidiario con apoyo en la causal primera de casación prevista en el artículo 181 ya citado, por violación directa de la ley sustancial derivada de la aplicación indebida de las normas citadas en el reproche principal.

Sostiene que la hermenéutica que dio el Tribunal al artículo 165 del Código Penal condujo a su falta de aplicación en este evento, cuando estimó que se estaba ante otro delito como homicidio o secuestro, toda vez que este criterio "...bloquea la hipótesis del delito de desaparición forzada en todos aquellos casos en los que no exista una prueba autónoma de la privación física de la libertad de la víctima". Indica que la Corte en varios pronunciamientos⁴ no se detuvo a analizar la manera específica en que las víctimas fueron privadas de la libertad porque todo indicaba que fueron citadas previamente, voluntariamente asistieron al lugar donde se produjo su desaparición y después fueron asesinadas, luego no importa la circunstancia concreta en que se produjo la retención como lo exigió el ad quem, descontextualizando el alcance del tipo penal de desaparición forzada, porque la víctima "...puede haber sido colocada en una situación sin escape, a partir de la cual se procede a su desaparición", motivo por el cual pide casar la sentencia y dictar sentencia condenatoria en contra OSPINA RUBIANO.

Demanda presentada a nombre de Soraida Vidales Álvarez

Con apoyo en la causal primera de casación del artículo 181 del C.P.P, el demandante formula un cargo único en el que acusa la sentencia de ser violatoria de una norma de derecho sustancial, por interpretación errónea del artículo 165 del Código

Penal.

Sostiene que la Corte Constitucional en sentencia C-317 de 2002, al declarar inexecutable un aparte de dicha disposición, dejó claro que este delito puede ser cometido por un particular cuando somete a otra persona a privación de su libertad, seguida de su ocultamiento y la negativa a reconocer dicha privación o dar información sobre su paradero, preceptiva en la que la conjunción “y” no es imprescindible para cometer la infracción, basta la falta de información o la negativa a reconocer esa privación de la libertad para configurarse el tipo, por cuanto el artículo 33 de la Carta Política no obliga a los particulares a autoincriminarse.

En el presente asunto esa falta de información, como lo apreció el a quo, surgió desde el momento en que se vio por última vez con vida a Mario de Jesús Vásquez Galeano, esto es, la tarde del 23 de octubre de 2009, y se mantuvo hasta el 28 siguiente cuando fue hallado su cadáver. Dice que fueron muchos los pedimentos de la señora Soraida Vidales Álvarez a OSPINA RUBIANO para que le informara el paradero de su compañero sin obtener ningún resultado, por tanto es suficiente la ocurrencia de esta situación para incurrir en la conducta de desaparición forzada según lo indicó el Tribunal Constitucional en el pronunciamiento aludido.

Concluye transcribiendo un aparte de la sentencia de primera instancia, en la que se expone la tesis relativa a que la víctima fue sometida a confinamiento previo a su desaparición y posterior asesinato, para solicitar casar la sentencia y, en su lugar, condenar al procesado por la conducta punible prevista en el artículo 165 del Código Penal.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. El recurso de casación se concibe como un medio de control constitucional y legal de naturaleza jurídico procesal extraordinaria cuando en las decisiones proferidas o en el

trámite penal surtido, acaecen yerros que afectan de manera trascendente y decisiva los derechos de los sujetos procesales o intervinientes. De esta forma, los artículos 183 y 184 de la ley 906 de 2004 exigen que la demanda correspondiente señale de manera precisa y concisa las causales invocadas, desarrolle los cargos de manera adecuada, esto es, que se expresen sus fundamentos o se ofrezca una sustentación suficiente, requiriéndose, además, la demostración de que el pronunciamiento es necesario para cumplir algunas de las finalidades del recurso previstas en el artículo 180 ibídem, toda vez que la concurrencia de estas circunstancias son las que habilitan la intervención de la Corte.

En ese orden, ha decantado la jurisprudencia que el recurso extraordinario no es un instrumento que permita al impugnante continuar el debate fáctico y sustancial que culminó con la decisión de segundo grado; así, no es procedente realizar en la demanda cuestionamientos de libre confección a manera de instancia adicional a las ordinarias del trámite sino que esta debe ser un escrito claro, lógico, coherente y sistemático en el que, al tenor de los motivos expresa y taxativamente señalados en la ley y ceñido a la técnica que orienta la presentación de cada tipo de reproche, se acredite la existencia de un error cuya trascendencia fehaciente haga insostenible la declaración de justicia efectuada en la sentencia.

2. Bajo dichos presupuestos se procederá al análisis de las demandas que ocupan en esta oportunidad la atención de la Sala. Para efectos metodológicos y por exponerse, como se verá, en uno y otro caso, argumentos con similar postura conceptual, el examen de los libelos se acometerá de la siguiente manera:

Demanda presentada a nombre de la Fiscalía General de la Nación y cargo principal de la demanda presentada a nombre de las víctimas Doris Estrada Pizarro, Darlene y Jacqueline Vásquez Estrada

1. Estos libelos parten de un presupuesto errado para formular el cargo único y el cargo principal como fue, postularlos bajo el amparo de la causal primera de casación prevista en el artículo 181 de la ley 906 de 2004, pero con un desarrollo propio de la causal tercera del mismo canon.

Si bien en la ley 600 de 2000 la causal primera de casación integraba las modalidades de violación directa e indirecta de la ley sustancial⁵, el Estatuto Procedimental Penal vigente se encargó de escindir las por sus efectos, toda vez que a cada una de estas infracciones se arriba por vías diversas, por eso respecto de la última de ellas se ha establecido que implica una trasgresión mediata del ordenamiento jurídico, derivada de una equivocada valoración probatoria⁶.

De esta forma resulta erróneo invocar la violación directa de la ley sustancial a través del falso juicio de existencia por omisión, ya que esto per se acarrea controversia respecto de la valoración probatoria hecha por el juzgador, circunstancia vedada tratándose de esta vía donde el debate se circunscribe a lo estrictamente jurídico, es decir, a la manera en que se seleccionaron y aplicaron las normas⁷.

Pero aun haciendo abstracción de tal impropiedad nominativa, en el entendido de que los recurrentes acotan en sus reproches que estos se presentan bajo el amparo de la violación indirecta, se tiene que el presunto yerro del juzgador atribuido en tales ataques tampoco fue postulado acorde con los parámetros conceptuales decantados por la Sala.

2. Cuando se hace referencia al falso juicio de existencia por omisión, tiene que demostrarse que el juzgador al momento de valorar individual y conjuntamente las pruebas, ignoró una o algunas de las que obran en la actuación, es decir, que no las apreció pese a haber sido legalmente incorporadas al proceso, medios de conocimiento con capacidad de modificar la orientación de la decisión impugnada.

Se trata de un error de carácter objetivo contemplativo que demanda del censor acreditar que las pruebas que reclama como omitidas no fueron tenidas en cuenta de ninguna manera, ya que el yerro no consiste en la ausencia de invocación formal de las mismas, sino en el desconocimiento absoluto de su contenido, porque puede ser que, como aquí aconteció, dicho material de información se traiga a colación sin la identificación formal o detallada de la fuente.⁸

Sostienen los cargos analizados que el Tribunal omitió los testimonios de Soraida Vidales Álvarez, Wilson Alexander Álvarez Vásquez, Juan Carlos y Carlos Iván Vásquez Ardila, allegados a la víctima, Claudia Parra García y Giovanny Estrada Pérez, empleados del billar de su propiedad, Medardo Raúl Hernández, miembro de la Policía Nacional que conoció el caso, y Rubén Darío Giraldo Castro y Martha Isabel Wolf Echeverri, peritos que rindieron experticias relacionadas con el momento del deceso; ni tuvo en cuenta la prueba documental contentiva de tales dictámenes, tampoco el contrato de compraventa de los billares de propiedad del occiso con su huella dactilar, ni un cheque que hacía parte de la pretendida negociación; pruebas estas que permitían establecer tanto el ardid a través del cual el procesado HERNÁN ALONSO OSPINA RUBIANO citó a su encuentro a Mario de Jesús Vásquez Galeano, determinante para que perdiera el control de su voluntad, como la negativa en la que incurrió cuando se le solicitó brindara información sobre su paradero, lo que se supo solo cinco días luego de su desaparición cuando fue hallado el cadáver.

Pero tal apreciación parte de un supuesto equivocado, en tanto el sentenciador sí tuvo en cuenta estas pruebas y también los temas allí abordados, sólo que no les reconoció la capacidad ni el grado de connotación idóneo para acreditar, más allá de toda duda, uno de los elementos descriptivos de la conducta de desaparición forzada como lo enarbolan en sentido contrario los censores.

3. El texto de la sentencia establece que la víctima fue citada por OSPINA RUBIANO y

ésta atendió su llamado, pues estaban adelantando conversaciones para negociar los billares “Magus”, razón por la cual salió después de la 1:00 p.m. del 23 de octubre de 2009 a cumplir con este encuentro, sin que a partir de ese momento se tuviera noticia de su paradero pese a los requerimientos que sobre el particular efectuó Soraida Vidales Álvarez, sabiéndose nuevamente de él luego de que el día 28 de ese mes apareció su cadáver en un botadero de escombros en estado de descomposición. Al respecto textualmente refirió el Tribunal:

“Se encuentra también acreditado dentro de la actuación que el 23 de octubre de 2009, aproximadamente a la una y media de la tarde, Mario de Jesús Vásquez salió del lugar donde se encuentra ubicado ese negocio (carrera 76 No. 29-37 del barrio Belén de esta ciudad) y apareció muerto cinco (5) días más tarde -el 28 de octubre a las ocho y treinta y cinco de la mañana- al lado de un botadero de escombros en zona rural del barrio Belén Rincón, cerca de la vía antigua que comunica la vereda Manzanillo con el cerro de Las Tres Cruces, encontrándose su cadáver en estado de descomposición y presentando herida en tórax por proyectil de arma de fuego.

Si bien fue visto por última vez por sus empleados el día y hora señalados, se sabe por la declaración de su compañera permanente Soraida Vidales Álvarez que de allí se dirigió a una peluquería cercana, de donde salió a atender una cita urgente faltando un cuarto para las tres de la tarde (minuto 02:01.40), sin que a partir de ese momento se conociera a donde se dirigió, como quiera que lo único que se sabe por la declaración de aquella es que iría a encontrarse con HERNÁN ALONSO OSPINA RUBIANO para finiquitar la venta del negocio.

Con posterioridad a esa hora y hasta las primeras horas de la noche, el procesado HERNÁN ALONSO OSPINA RUBIANO mantuvo comunicación personal y telefónica con Soraida Vidales Álvarez y los empleados del club de billares para notificarles la venta del local y hacerles saber que Mario de Jesús había salido a celebrar la realización del

negocio, hasta cuando fue capturado siendo las cuatro y tres minutos de la mañana del día 24 en una oficina de su propiedad ubicada en la calle 30 A No. 79-25, lugar donde le fueron encontrados objetos pertenecientes al hoy occiso, entre ellos el celular y algunas llaves, todo ello a raíz de las sospechas que despertó su accionar y las mentiras que suministró sobre el paradero de Mario de Jesús a su compañera permanente y a algunos de sus familiares, quienes finalmente demandaron la intervención de la policía”.⁹

Obsérvese, entonces, que el sentenciador pese a no relacionar minuciosa o siquiera expresamente lo que dijo cada testigo o lo que reportaron los documentos aportados¹⁰, no prescinde en su análisis y conclusiones del conocimiento que brindaron estas pruebas catalogadas como ignoradas. De esta forma aparece un yerro que conspira contra la proposición de un error de hecho por falso juicio de existencia por omisión, porque el Tribunal en ningún momento dejó de lado la consideración de tales probanzas, de contera, se descarta que haya incurrido en el vicio endilgado.

4. Aunado a esta difusa percepción sobre la valoración probatoria, aparece que se pretende equiparar los actos encaminados a crear en la psiquis de la víctima un conocimiento equivocado de la realidad, a un sometimiento o privación de la libertad en las condiciones previstas por el tipo penal de desaparición forzada incorporado en el Título III del Código Penal regulatorio de las sanciones a los comportamientos que atentan contra la libertad individual y otras garantías¹¹, cuando una y otra situación ontológicamente pertenecen a esferas fenomenológicas distintas. Contexto que se replica frente a la acción de abandonar el cuerpo sin vida de Mario de Jesús Vásquez Galeano en un botadero de escombros, omitiendo informar tal aspecto, que también intentan los demandantes presentar como un elemento propio del delito de desaparición forzada.

Ello porque en este caso se está ante conductas distintas susceptibles de ser escindidas pero la primera y la última no hacen parte de la previsión normativa del delito en

cuestión. Una posición contraria desdice del principio de legalidad y estricta tipicidad de la ley penal. No puede la administración de justicia deducir delitos a partir de la semejanza de ciertas hipótesis cotejadas con los tipos penales y ello explica la prohibición de analogía consagrada en el artículo 6, inciso tercero, del Código Penal, solo admisible en materias permisivas.

5. En estas condiciones las propuestas carecen de fundamento metodológico y sustancial ante el desconocimiento de la noción del error que pretende plantearse. El cargo único de la demanda presentada por la Fiscalía y el cargo principal formulado por el apoderado de las víctimas se proponen por la vía equivocada y se dedican a contemplar una visión amplia de lo que debe entenderse por tipicidad de la conducta de desaparición forzada bajo el tamiz de un discurso sugestivo que no supera la exposición de una mera diversidad de criterios, cuando prevalece el del sentenciador, al no precisarse de forma válida un yerro trascendente en su providencia. Razón por la cual los ataques resultan incompatibles con los fines del recurso extraordinario y por tal motivo se inadmitirán.

Cargo subsidiario de la demanda presentada a nombre de las víctimas Doris Estrada Pizarro, Darlene y Jacqueline Vásquez Estrada y cargo único de la demanda presentada a nombre de Soraida Vidales Álvarez.

Estos reproches invocan la violación directa de la ley sustancial cometida presuntamente por el Tribunal, en el primer caso, por aplicación indebida, y, en el segundo, por interpretación errónea del artículo 165 del Código Penal.

1. Sea entonces lo primero advertir que el cargo subsidiario es incorrecto al plantear en este evento aplicación indebida de la disposición aludida, como quiera que esta supone un error de selección de la norma procedente para resolver el caso o, en otros términos, este yerro tiene ocurrencia cuando el sentenciador desacierta en la adecuación

del derecho por incurrir en una equivocada adecuación típica de los hechos procesal y probatoriamente reconocidos, porque estos, no coinciden con los elementos condicionantes del precepto escogido¹².

Así las cosas, no existe el presupuesto lógico necesario para sustentar el cargo subsidiario de la demanda en cita, porque en el presente asunto se aplicó el precepto legal que rige el caso, desaparición forzada consagrada en el artículo 165 del Código Penal, falencia que redundando en su proposición jurídica incompleta, pues no permite señalar cual sería la norma que correspondería aplicar en lugar de aquella, ya que se trata de la misma. En consecuencia este reproche se inadmitirá.

2. Ahora bien, respecto del cargo único de la demanda presentada a nombre de la víctima Soraida Vidales Álvarez se tiene que acierta en la modalidad de crítica seleccionada, interpretación errónea; no obstante, el mismo no tiene ni la lógica ni la potencialidad para enervar las reflexiones expuestas en la sentencia al partir de premisas incompletas y refractarias al tipo penal por el que se procede.

3. La interpretación errónea consiste en el equivocado entendimiento que tiene el juzgador del contenido y alcance de la norma que se denuncia como conculcada, al otorgarle un sentido que no tiene por asignarle un alcance ajeno a sus fines¹³. De esta forma, se exige para la adecuada postulación del cargo la demostración de lo inadmisibles de la hermenéutica del juzgador, distanciamiento manifiesto que ha de surgir sin mayor esfuerzo conceptual.

Se pregonaba que la negativa del procesado en dar información sobre el paradero de Mario de Jesús Vásquez Galeano, configura el delito de desaparición forzada acorde con la sentencia C-317 de 2002 de la Corte Constitucional, pero el demandante no hace el mínimo esfuerzo argumentativo para poner de relieve qué fue lo que dijo el Tribunal respecto de la configuración del tipo penal, o la manera en que le dio un alcance o

entendimiento ajenos a la teleología de la norma, como tampoco elaboró un marco teórico de referencia adecuado que permitiese cotejar lo errado de su interpretación, limitándose el casacionista lacónicamente a reseñar el criterio en contrario que demarcó el a quo como si fuera deber de la Corte optar por la postura más idónea a sus intereses, al estilo de una tercera instancia, desconociéndose así la naturaleza del recurso extraordinario orientado por los principios de autonomía y limitación.

Además, el cargo único da cabida a una discusión de la valoración probatoria efectuada por el ad quem al afirmar que el procesado tenía en su poder, al momento de la captura, pertenencias del obitado, circunstancia “demostrativa del sometimiento a que fue confinada la víctima”, cuando, como se mencionó, el debate tratándose de la violación directa de la ley sustancial debe sujetarse únicamente a lo jurídico.

4. Igualmente cabe agregar que el planteamiento expuesto en este reproche desconoce la naturaleza compleja del delito, en tanto reduce su tipicidad a la falta de información sobre el paradero de la víctima, fenómeno que dista de los parámetros fijados por esta Sala que en diversos pronunciamientos ha hecho referencia, entre otros, a la naturaleza¹⁴, contexto¹⁵, condiciones en las que se configura¹⁶ y ha de sancionarse¹⁷ el delito de desaparición forzada. Se ha precisado que para el perfeccionamiento de esta conducta deben probarse varios elementos, por ejemplo recientemente en la sentencia de 30 de noviembre de 2011, radicado 37584, se dijo:

“2.2.1. La Corte Constitucional, en la sentencia que declaró inexecutable la expresión “perteneciente a un grupo armado al margen de la ley” prevista en el artículo 165 del Código Penal, y que a la vez declaró ajustadas al orden jurídico los demás enunciados contemplados en dicho tipo penal, dejó en claro que el delito de desaparición forzada abarca circunstancias que desbordan el concepto clásico que de este comportamiento ha desarrollado la jurisprudencia internacional de los derechos humanos.

“En efecto, en el fallo C-317 de 2002, el máximo tribunal en materia de control constitucional señaló que la idea tradicional de la desaparición forzada como delito de Estado de lesa humanidad constituye, en el orden interno, tan sólo mínimo conceptual con el que el legislador, en ejercicio de su reserva legal, puede construir, como en efecto lo hizo, un tipo más amplio en materia de protección de derechos humanos...

“...De esta manera, el tipo objetivo consagrado en Colombia cuenta con los siguientes elementos:

“(i) Un sujeto activo indeterminado (“[e]l particular”, “el servidor público” o “el particular que actúe bajo la determinación o aquiescencia de aquél”).

“(ii) Un sujeto pasivo también indeterminado (“otra persona”).

“Y (iii) una conducta compleja, consistente en, primero, someter “a otra persona a privación de su libertad, cualquiera que sea su forma”, y segundo, ocultarla o negar la privación o no dar información de su paradero, pero en todo caso “sustrayéndola del amparo de la ley”.

“Así los explicó la Corte Constitucional en el fallo en comento:

“[...] la descripción de la conducta exige que se someta a una persona a privación de su libertad, bien sea en forma legal o ilegal; que luego la víctima sea ocultada y sus familiares no puedan conocer su paradero; y que ocultada la víctima, el sujeto agente se abstenga de brindar información sobre su paradero sustrayéndola del amparo de la ley, imposibilitándola de esta manera para ejercer cualquiera de los recursos legales establecidos para su protección. Es decir, que no es necesario requerimiento alguno pues basta la falta de información”¹⁸.

“Para su realización, el tipo penal no requiere de más elementos, ya sean

descriptivos, normativos o relacionados con las calidades del sujeto agente. Lo anterior, por cuanto el artículo 12 de la [Constitución Política](#) prohíbe de manera específica dicho comportamiento (“[n]adie será sometido a desaparición forzada”) sin haber calificado el sujeto activo.” (Resalta la Corte).

En ese orden, surge evidente, en concordancia con el tipo descrito en el artículo 165 objeto de escrutinio, que no es un solo acto sino varios los que han de concurrir para que se configure la conducta punible en comento: i) privación de la libertad de una persona en las condiciones del injusto, seguida de ii) su ocultamiento y iii) la negativa a reconocer o no informar sobre esta situación de privación de la libertad, los que conllevan a ii) la sustracción de la víctima del amparo de la ley, expresión esta que constituye el núcleo del injusto atendiendo que es un elemento referido a la posibilidad de acción y ejercicio de derechos, como al efectivo funcionamiento de la administración de justicia, todo lo cual indefectiblemente debe predicarse a partir de un contexto temporal y espacial específico, no abstracto ni hipotético como se auspiciaba en los cargos en precedencia ya auscultados e inadmitidos.

5. Según lo precisó el Tribunal existe duda sobre el lapso o margen temporal en que Mario de Jesús Vásquez Galeano eventualmente estuvo fuera del amparo de la ley, toda vez que desde cuando acudió a la cita con OSPINA RUBIANO, hasta su homicidio¹⁹, si bien transcurrió un interregno, no puede este catalogarse a priori como aquel que daría lugar al concurso de delitos, conclusión respecto de la cual no existe un reparo consistente sino apenas la percepción de que es errada por obedecer a una perspectiva distinta a la propuesta por los casacionistas, quienes incluso se ven abocados en su cometido a deducir una privación de la libertad de carácter psicológico, previa a la consumación efectiva del tipo penal, pasando por alto, como lo hace el reproche ahora analizado, que la desaparición forzada supone el despliegue de un comportamiento compuesto que trasciende al ardid del procesado por ellos reseñado.

De esta forma, el discurso propuesto por el demandante que representa los intereses de Soraida Vidales Álvarez también deja de lado las consideraciones que la jurisprudencia ha efectuado en cuanto al tipo penal contemplado en el artículo 165 del Código Penal y, por ello, su cargo único se inadmitirá, pues carece de los requisitos de debida fundamentación y trascendencia.

5. Conclusión.

En este evento, bajo el amparo del recurso de casación, se omitió la carga procesal de lógica y debida argumentación propia de la naturaleza extraordinaria de la impugnación al ser reemplazada por una valoración personal de los recurrentes acerca del mérito que les merecían las pruebas, sin plantear o acreditar un yerro trascendente en las conclusiones del Tribunal que arribó a un convencimiento diverso al expuesto en los libelos.

Las aseveraciones plasmadas en las demandas no demuestran la comisión de ninguna violación directa o indirecta de la ley sustancial y simplemente exhiben inconformidad sobre la forma como el Tribunal elaboró la sentencia, emitiendo comentarios en torno a la manera como ha debido analizar el material probatorio desde un punto de vista subjetivo con la finalidad de establecer los elementos del delito de desaparición forzada, circunstancia que por sí misma devela la ausencia de desarrollo de los cargos (artículo 184 de la ley 906 de 2004), puesto que la mera diversidad de criterios jurídicos no es susceptible de ser atacada en casación, dada la presunción de acierto y legalidad que cubija la decisión del juzgador de segunda instancia, cúmulo de circunstancias que, como se anotó, conducen a su inadmisión. Adicional a ello, tampoco se avizora la necesidad de superar los defectos de los libelos con el fin de corregir de manera oficiosa alguna violación a las garantías fundamentales.

6. Cuestión adicional

Toda vez que contra la decisión de inadmitir la demanda de casación procede el mecanismo de insistencia según lo establece el artículo 186 de la Ley 906 de 2004, es necesario precisar que como dicha legislación no regula el trámite que ha de regir ese instituto procesal, la jurisprudencia de la Sala ha fijado los siguientes lineamientos²⁰:

- a) La insistencia es un mecanismo especial que sólo puede ser promovido por el demandante, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto por medio del cual la Sala inadmite la demanda de casación, con el fin de provocar que ésta reconsidere lo decidido. También podrá ser promovido oficiosamente dentro del mismo término por alguno de los Delegados del Ministerio Público para la Casación Penal –siempre que el recurso no hubiera sido interpuesto por el Procurador Judicial–, el Magistrado disidente o el Magistrado que no haya participado en los debates y suscrito la providencia inadmisoria.
- b) La solicitud de insistencia puede elevarse ante el Ministerio Público, a través de sus Delegados para la Casación Penal, o ante uno de los Magistrados que hayan salvado voto en cuanto a la decisión mayoritaria de inadmitir la demanda, o bien ante uno de los Magistrados que no haya intervenido en la discusión.
- c) Es potestativo del Magistrado disidente, del que no intervino en los debates o del Delegado del Ministerio Público ante quien se formula la insistencia, someter el asunto a consideración de la Sala o no hacerlo, evento este último que se informará al peticionario en un plazo de quince días.
- d) El auto a través del cual no se selecciona la demanda de casación trae como consecuencia la firmeza de la sentencia de segunda instancia contra la cual se formuló el recurso de casación, salvo que la insistencia prospere y conlleve a la admisión de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

R E S U E L V E

PRIMERO: INADMITIR las demandas de casación presentadas por la Fiscalía General de la Nación y los apoderados de las víctimas Doris Estrada Pizarro, Darlene y Jacqueline Vásquez Estrada y Soraida Vidales Álvarez.

SEGUNDO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es viable la presentación del mecanismo de insistencia.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

MARÍA DEL ROSARIO

GONZÁLEZ MUÑOZ

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

2 Fl. 101 y s.s carpeta 2

3 Fl. 181 y s.s C. 2

4 Sentencias de 21 de septiembre de 2009, Rad. 32022 y de 3 de diciembre de 2009, Rad. 32672

5 Artículo 207, numeral 1, ley 600 de 2000

6 Rad. 15552, sentencia de 21 de septiembre de 2000, Rad. 23069, sentencia de 15 de junio de 2005, son algunos pronunciamientos en los que la Sala expuso las diferencias entre violación directa e indirecta de la ley sustancial

7 Rad. 11557, sentencia de 4 de febrero de 2000, Rad. 20245, auto de 13 de abril de 2005

8 Cfr. Rad. 20990, sentencia de 8 de junio de 2005

9 Fl. 8 y 9 sentencia Tribunal (Fl. 188 y 189 C. 2)

10 Lo que no ocurrió con los dictámenes y los peritos que abordaron el tema relativo a la hora de la muerte que inconsistentemente se reputan como omitidos por los censores, porque respecto de ellos el Tribunal efectuó una amplia disertación (Fl. 9 y s.s Fallo Tribunal / Fl. 189 y s.s C.2)

11 Se prevén conductas punibles tales como el secuestro (capítulo segundo), el apoderamiento y desvío de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo (capítulo tercero), la detención arbitraria (capítulo cuarto), entre otros, que tienen como rasgo común la restricción física para su configuración, entendida como limitación personal en la autonomía para la libre locomoción

12 Rad. 20681, sentencia de 4 de agosto de 2004

13 Rad. 18995, sentencia de 5 de mayo de 2004

14 Rad. 32672, sentencia de 3 de diciembre de 2009

15 Rad. 32022, auto de 21 de septiembre de 2009, Rad. 32680, 11 de noviembre de 2009, Rad. 36163, auto de 30 de mayo de 2011

16 Rad. 36563, auto de 3 de agosto de 2011

17 Rad. 28935, auto de 1 de julio de 2009

18 Ibídem.

19 Las diligencias como lo indicó el Tribunal en el fallo impugnado, dan cuenta de la existencia de otra actuación judicial que por esta conducta punible se adelanta en contra del aquí procesado por los mismo hechos

20 Rad. 24322, auto de 12 de diciembre de 2005