

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Magistrado Ponente

AP5005-2014

Radicación N°40526

(Aprobado Acta No.280)

Bogotá D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil catorce (2014).

Se pronuncia la Sala sobre la admisión de la demanda de casación presentada por la defensora de JOSÉ JULIÁN CASTAÑO TRIANA contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Popayán el 3 de agosto de 2012, mediante la cual confirmó la proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Popayán el 13 de enero de 2012, que condenó al procesado, junto con otros, como coautor responsable del delito de homicidio en persona protegida.

Hechos

El 31 de marzo de 2004, en la Vereda San Antonio, Corregimiento Santa Leticia, de la comprensión territorial de Puracé (Cauca), se cumplió un operativo militar por parte del Comando Operativo No.3 del Batallón de Contraguerrilla, compañía “Aniquilador”, al mando del Capitán JOSÉ ANTONIO PÁEZ BRETON, y la compañía ‘Bombardeo’ al mando del Subintendente GUSTAVO MUÑOZ PALACIOS, contra la columna móvil “Jacobo Arenas” de las FARC, que había instalado un retén ilegal en la zona.

Al término del operativo, en el que se presentaron enfrentamientos con la guerrilla, el Capitán JOSÉ ANTONIO PÁEZ BRETON reportó tres personas muertas en combate, pertenecientes al grupo insurgente, entre las que se hallaban las hermanas MARTHA CECILIA INCHIMA CALAMBAS y NANCY INCHIMA CALAMBAS, de 17 y 20 años de edad, respectivamente, quienes vivían en área.

El día siguiente (1° de abril/2004), el menor JAIRO ALEXÁNDER INCHIMA GOLONDRINO, de 14 años de edad, hermano de las víctimas, denunció en la Personería Municipal de Puracé, la Defensoría del Pueblo y la Fiscalía, que sus hermanas NANCY y MARTHA CECILIA no murieron en combate, ni eran guerrilleras, ni vestían prendas militares, sino que varios miembros del ejército ingresaron a su casa y las sacaron, y luego les dispararon, y que se salvó porque cuando se iniciaron los disparos, alrededor de las 6 de la mañana, decidió esconderse en un matorral a unos cien metros de la casa.

Actuación procesal relevante

1. La fiscalía vinculó al proceso, entre otros, a JOSÉ ANTONIO PÁEZ BRETON (comandante del operativo), JOSÉ JULIÁN CASTAÑO TRIANA (Cabo Primero) y los soldados profesionales RIBEIRO MARÍN OSORIO y YULDER YESID GARCÍA GUERRERO, y el 4 de julio de 2006 calificó el mérito probatorio del sumario, así:

1.1. Con resolución de acusación contra JOSÉ ANTONIO PÁEZ BRETON por el delito de homicidio en persona protegida, en concurso homogéneo, en condición de determinador en la muerte de NANCY INCHIMA CALAMBAS y coautor en la de MARTHA CECILIA INCHIMA CALAMBAS, y preclusión por el delito de acceso carnal violento en persona protegida.

1.2. Con resolución de acusación contra RIBEIRO MARÍN OSORIO por el delito de homicidio en persona protegida, en concurso homogéneo, en condición de coautor en las muertes de NANCY INCHIMA CALAMBAS y MARTHA CECILIA INCHIMA

CALAMBAS, y preclusión por el delito de acceso carnal violento en persona protegida.

1.3. Con resolución de acusación contra JOSÉ JULIÁN CASTAÑO TRIANA y YULDER GARCÍA GUERRERO, por el delito de homicidio en persona protegida, del que fue víctima en NANCY INCHIMA CALAMBAS, en condición de coautores.¹

Esta última decisión fue impugnada por la defensa del primero de los nombrados y confirmada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Bogotá el 11 de octubre de 2006.²

2. En el curso de la audiencia pública, el procesado JOSÉ ANTONIO PÁEZ BRETON se acogió a sentencia anticipada, propiciando el rompimiento de la unidad procesal. Concluido el juicio, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Popayán, en sentencia de 13 de enero de 2012, condenó a los procesados, así: a RIBEIRO MARÍN OSORIO a 40 años de prisión y multa de 4.000 s.m.l.m.v., a JOSÉ JULIÁN CASTAÑO TRIANA a 32 años y 6 meses de prisión y multa de 2000 s.m.l.m.v., y YULDER YESID GARCÍA GUERRERO a 27 años y 1 mes de prisión y multa de 1.666.66 s.m.l.m.v., por los delitos imputados en la acusación. Y respecto de todos, inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años.³

3. Impugnado este fallo por la defensora de JOSÉ JULIÁN CASTAÑO TRIANA, para pedir la absolución del procesado, por considerar que la prueba allegada al informativo no lograba desvirtuar el principio de presunción de inocencia, el Tribunal Superior de Popayán, mediante el suyo de 3 de agosto de 2012, lo confirmó en todas sus partes.⁴ Inconforme con esta decisión, la defensa recurre en casación.

La demanda

Con fundamento en la causal prevista en el numeral primero del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, plantea un cargo principal por violación directa de la ley sustancial, por errónea

calificación de la conducta, y otro subsidiario por violación indirecta, debido a errores de hecho por falsos juicios de identidad en la apreciación de las pruebas.

Violación directa

Sostiene que la sentencia impugnada incurrió en un error en la calificación jurídica de la conducta, al condenar al procesado como COAUTOR del delito de homicidio en persona protegida, sin cumplirse los requisitos exigidos para predicar esta condición. Como normas violadas cita, por indebida aplicación, los artículos 10, 25, 29 y 135 del Código Penal y, por falta de aplicación, los artículos 6° y 238 de la Ley 600 de 2000, y 9° del Código Penal.

Explica que el error se presentó porque los juzgadores consintieron en considerar que el artículo 29 del Código Penal, que define la coautoría, era el llamado a ser aplicado al caso, cuando, de acuerdo con el análisis probatorio, el procesado debería haber sido absuelto.

Pone de presente, después de citar apartes de los fallos de instancia donde los juzgadores aluden a la forma de participación criminal, que ambos, en sus argumentaciones, se refieren a la posición de garante, “lo que es requisito indispensable para la comisión de los delitos de comisión por omisión, y que la coautoría se compartido (sic) por un delito de acción, y a pesar de esta defensa haber invocado esto en sus alegaciones iniciales, ninguno de los falladores en sus instancias se pronunciaron al respecto”.

Explica que la regulación jurídica de la coparticipación en el Código Penal Colombiano toma partido por un criterio diferencial o restrictivo de autor, apartándose de las concepciones unitarias, lo que se constata por el hecho de que regula por separado y de manera autónoma las figuras de la autoría (material, mediata, por representación y coautoría) y la participación (determinador, complicidad,

interviniente).

Agrega que en materia de coautoría, el artículo 29 define como COAUTORES a quienes mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte, de donde se infiere que los elementos exigidos para poder estructurar la figura de la coautoría son el acuerdo común, la división de trabajo y la importancia del aporte.

Cita doctrina y jurisprudencia sobre el tema y se refiere a los contenidos dogmáticos de cada uno de los requisitos exigidos para la configuración de la coautoría impropia (acuerdo común, división de trabajo e importancia del aporte), para sostener que, no obstante estos requerimientos, en las sentencias de instancia los juzgadores no justificaron su confluencia.

Sobre el acuerdo común, nada dijeron los fallos, pues se limitaron a endilgarle responsabilidad en condición de coautor, desconociendo que para que pueda predicarse coautoría es necesario que concurra un acuerdo de voluntades, expreso o tácito, y que este acuerdo preexista por lo menos al dar inicio a la fase ejecutiva del delito que se imputa.

En lo que tiene que ver con la división de trabajo, los fallos tampoco lo establecieron, “pues siempre tanto el a quo como el ad quem consideraron como división de trabajo lo que cada uno en el testimonio que rindió dijo sobre su ubicación y función dentro de la operación”.

Y respecto de la importancia del aporte, no se probó cómo el procesado planeó, o participó en los actos ejecutivos, ni mucho menos que hubiese aportado algo verdaderamente esencial para la comisión del delito de homicidio agravado, pues para ser coautor se requiere hacer algo, haber realizado un aporte concreto a la producción del resultado típico.

En conclusión, “mi prohijado, GILDARDO RUIZ RIVERA (sic), no participó ni en el acto preparatorio ni en los actos ejecutivos del homicidio agravado en el No.7, por lo tanto no debe ser condenado en calidad de COAUTOR del delito de homicidio agravado, sino que debe ser ABSUELTO”.

A continuación se refiere a la tipicidad, como categoría dogmática de la conducta punible, para indicar que su comprensión resulta trascendente, porque la responsabilidad penal comienza por el proceso de adecuación típica, que implica el señalamiento de los elementos estructurales del tipo penal y la indicación de que es una y no otra la conducta que objetivamente da lugar a la sanción penal.

También alude a la imputación fáctica, en cuyo marco expositivo sostiene que el Cabo Primero JOSÉ JULIÁN CASTAÑO TRIANA fue acusado del delito de homicidio en persona protegida, en condición de coautor, con el argumento de que se encontraba en posición de garante, por ser miembro activo de las fuerzas militares, por lo que incurrió en omisión, al no haber realizado las labores necesarias para salvaguardar la vida de la señora NANCY INCHIMA.

Asegura que esta imputación es improcedente, porque el procesado no participó en la ideación del plan criminal llevado a cabo por el Capitán PÁEZ BRETON, quien ordenó a los soldados MARÍN OSORIO y GARCÍA GUERRERO que ejecutaran el hecho punible, debido a que el Cabo Primero JOSE JULIÁN CASTAÑO TRIANA se negó a hacerlo, y que el artículo 91 de la Constitución Nacional establece que en caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional, en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta, salvo que se trate de militares en servicio activo, respecto de los cuales la responsabilidad recae únicamente en el superior que da la orden.

Por su parte, a los procesados JOSÉ ANTONIO PÁEZ BRETON, YULDER YESID GARCÍA

GUERRERO y RIBEIRO MARÍN OSORIO, les fue imputado el homicidio de NANCY INCHIMA a título de coautoría, siendo de interés resaltar que “tal imputación se encuentra amparada por un delito de acción es decir, por a ver (sic) incurrido en una conducta típica descrita en la legislación colombiana, sin embargo, bajo el mismo título de coautoría, a mi cliente se le imputa el delito por omisión”.

De acuerdo con esta tesis, se puede dar la coautoría concomitante entre un delito de acción y uno de omisión, “olvidando los requisitos que dan fundamento fáctico a tal concurso de personas, estando debe haber (sic) la idealización mancomunada de un plan criminal, la división de trabajo y la ejecución de dicho plan; obviándose que el Cabo Primero CASTAÑO TRIANA, no tuvo inferencia (sic) alguna en tal acontecer fáctico, por lo que la imputación fáctica se hace a título de coautoría, entre dos delitos de índole y especie diferente”.

Argumenta que de conformidad con la definición de coautor, decantada por la jurisprudencia y la doctrina, en el presente caso no se dan sus elementos, porque entre el procesado JOSÉ JULIÁN CASTAÑO TRIANA y el Capitán JOSÉ ANTONIO PÁEZ BRETON no hubo acuerdo criminal previo, como tampoco lo hubo con los soldados RIBEIRO MARÍN OSORIO y YULDER YESID GARCÍA GUERRERO.

E insiste tener en cuenta que se está frente a dos tipos penales distintos, un tipo penal de acción descrito en el artículo 135 del Código Penal colombiano, como homicidio en persona protegida, y otro de comisión por omisión, como quiera que para la configuración de este ilícito la legislación ha reglado elementos objetivos y subjetivos completamente disímiles de los delitos de acción.

La falta de análisis de la estructura dogmática y de un estudio categórico de la figura, determinó que los juzgadores incurrieran en violación flagrante de la ley sustancial, pues como ya se dijo “los elementos del tipo, habrán de confluir para su

configuración en ausencia de uno de ellos estamos frente a una causal de ATIPICIDAD, de la conducta, máxime cuando no se logró establecer, siquiera si el delito que fue imputado a mi cliente fue por comisión por omisión o por acción, máxime cuando la Corte, ha dicho que si bien es cierto, el resultado en materia de punibilidad es el mismo, la afectación se da en virtud del derecho de defensa”.

En los delitos de acción su construcción dogmática se inicia precisamente desde la acción a través de la cual se quebranta el ordenamiento jurídico, mientras que el delito de omisión comporta componentes disímiles a los del delito de acción, establecidos taxativamente en el artículo 25 del Código Penal, “por lo que no es factible compartir en coautoría un delito de acción y omisión conjuntamente, puesto que ello se traduciría en que el mismo sujeto activo, ejecutara dos acciones distintas al mismo tiempo, es decir, hace y deja de hacer, lo que se aleja de las reglas de la lógica y la experiencia”.

Esta falencia puede observarse cuando a los acusados JOSÉ ANTONIO PÁEZ BRETON, YULDER YESID GARCÍA GUERRERO y RIBEIRO MARÍN OSORIO se les imputa a título de coautoría la comisión del delito de homicidio en persona protegida por haber atentado contra la humanidad de NANCY INCHIMA, es decir, por un delito de acción, y sin embargo, bajo el mismo título de coautoría al procesado JOSÉ JULIAN CASTAÑO TRIANA se le imputa el delito por omisión, olvidando los requisitos que dan fundamento fáctico a tal concurso de personas.

Alude al contenido del artículo 25 del Código Penal, para destacar que, de conformidad con el mismo, el garante debe tener bajo su amparo la custodia del bien jurídico tutelado, requisitos estos que no se cumplen en el caso del suboficial CASTAÑO TRIANA, como quiera que la responsabilidad sobre el bien jurídico tutelado había sido encomendada al soldado profesional YULDER YESID GARCÍA, no a su representado, quien sin embargo ejecutó acciones tendientes a evitar el resultado, toda vez que se negó a cumplir la orden y hacerles señas a los soldados profesionales MARÍN OSORIO y GARCÍA

GUERRERO para que se retiraran, y a pesar de esto, MARÍN OSORIO ejecuta la orden dada por el Capitán PÁEZ PRETON, y al disparar alerta al soldado GARCÍA GUERRERO, quien acciona su arma contra NANCY INCHIMA.

Agrega que de conformidad con el artículo 25, el agente debe estar en posibilidad de evitar el resultado por medio de una acción, exigencia que no se cumple en este caso porque el Cabo CASTAÑO TRIANA se negó a cumplir la orden de lesionar a NANCY INCHIMA, quedando en situación de inferioridad cuando el Capitán PÁEZ BRETON ordena a los soldados que la ejecuten, quien se resguarda en su grado y mando para coaccionar a sus subalternos, “ejecutando acciones tendenciosas para que estos hicieran lo deseado por él, tal como que él señalaría a los testigos que decir, sin perjuicio de esto, mi cliente, hace señas de retirada a los soldados, pero MARÍN hace caso omiso a esto y acciona el arma de dotación, alertando a GARCÍA, quien reacciona ante tal acontecer, ocasionando como resultado la muerte de NANCY INCHIMA”.

Esto desvirtúa dos imputaciones, la primera, que CASTAÑO TRIANA tenía la posibilidad de evitar el resultado, y la segunda, que se estructura un delito de comisión por omisión, y aunque la primera es requisito de la segunda, “lo mismo no puede darse a contrario sensu, como quiera que, para incurrir en esta especialidad del delito penal, habrán necesariamente de confluir los requisitos señalados por la legislación para su procedencia, pues bien, de no cumplirse estos requisitos estaremos ante la falta de un elemento objetivo del tipo, lo que tendrá como resultado ATIPICIDAD de la conducta, teniendo en cuenta que para el caso que nos atañe, no se presenta el requisito objetivo de ‘estando en la posibilidad de hacerlo’, consagrado en el artículo 25 del Código Penal Colombiano”.

No de menor importancia es el contenido del artículo 91 de la Constitución, donde se establece que respecto de los militares en servicio activo la responsabilidad recae únicamente en el comandante, porque en el presente caso el responsable era el

Capitán PÁEZ BRETON, en condición de comandante de la compañía, y el Cabo Primero CASTAÑO TRIANA no tenía posibilidad alguna de evitar el resultado, porque el Capitán PÁEZ BRETON fue quien emitió la orden, y la impartió a varios de sus hombres, asegurando así el resultado.

Ante este evidente yerro en la calificación jurídica de la conducta, se imponía para el tribunal el deber de corregirlo, “ajustando los hechos a la disposición legal por la cual correspondía ABSOLVER..., pues al no haberse acreditado, por parte de quien tenía la carga de la prueba, los elementos normativos, y el conocimiento de mi prohijado frente a ellos, el juzgador no los podía predicar”, pero no lo hizo, incurrió igualmente en violación directa de la ley sustancial por indebida aplicación del artículo 29 del Código Penal y falta de aplicación de los artículos 9 y 10 ejusdem.

Sostiene que el error es trascendente en los ámbitos jurídico y personal, como quiera que se condenó al procesado como coautor, no existiendo aporte, ni acuerdo previo, ni división de trabajo, ni dominio del hecho, es decir, ninguno de los elementos requeridos para hacer esta imputación, y se afectaron sus derechos fundamentales a la libertad, la familia y el trabajo, razón por la cual pide a la Corte casar la sentencia impugnada y proferir en su lugar una de carácter absolutorio.

Violación indirecta

Afirma que el juzgador de primera instancia tergiversó el testimonio de YULDER YESID GARCÍA GUERRERO, incurriendo en un error de hecho por falso juicio de identidad, con violación de los artículos 135 del Código Penal y 6° y 238 de la Ley 600 de 2000.

Reproduce los apartes de las versiones suministradas por YULDER YESID en las declaraciones rendidas los días 28 de septiembre de 2005, 14 de octubre de 2005, 10 de noviembre de 2005, 16 de mayo de 2006 y 29 de marzo de 2011, donde refiere las circunstancias en que fue ejecutada la joven NANCY INCHIMA CALAMBAS y la participación

que en este hecho habría tenido el Cabo Primero JOSÉ JULIÁN CASTAÑO TRIANA, para sostener que lo afirmado por los juzgadores en los fallos, en el sentido de que el suboficial dio la orden de ultimarla, y que en su dicho no se presentan contradicciones, es errado.

Esta equivocación es trascendental porque a raíz del proceso valorativo de este testimonio los juzgadores incurrieron en tergiversación de su contenido, lo cual constituye un falso juicio de identidad, y porque a causa de este error dieron por cierto lo dicho por YULDER YESID GARCÍA GUERRERO, quien indicó que se hallaba confundido, que no recordaba bien, que estaba siendo presionado para cambiar su versión y que el soldado MARÍN OSORIO le hizo sugerencias para que no lo incriminara, análisis equivocado que determinó una condena a 32 años y 6 meses de prisión.

Sostiene, después de citar los argumentos del fallo de primer grado donde el juez analizó las distintas versiones de GARCÍA GUERRERO, y optó por darle credibilidad al primer relato, que esta apreciación constituye un grave error, porque le da relevancia sólo a su primera declaración, sin atender que en ella nunca se hizo mención a la presencia del soldado RIBEIRO MARÍN OSORIO y que al involucrarlo después en los hechos el dicho naturalmente cambiaría.

Cita también los fundamentos del fallo de segundo grado, donde se dejaron consignadas las razones por las cuales el dicho de YULDER YESID GARCÍA GUERRERO ameritaba confiabilidad, para indicar que el tribunal hizo caso omiso de los argumentos expuestos por el impugnante, y ratificó el error, en lugar de reconocer que su relato no era claro en cuanto a la participación del suboficial en los hechos “pues nunca logró explicar claramente, la posición de mi defendido respecto de él y como participa, mi prohijado en el desarrollo de los hechos”.

Insiste en la noción jurisprudencial y doctrinal del error de hecho por falso juicio de

identidad, y sostiene que el desacierto que denuncia es trascendente, tanto desde el punto de vista personal como jurídico, porque afectó el debido proceso, por indebida valoración probatoria, al igual que los derechos a la libertad, el buen nombre, la honra, la familia y el trabajo, y porque en virtud del mismo, se dio por cierta la participación del procesado JOSÉ JULIÁN CASTAÑO TRIANA en los hechos y se aplicó indebidamente el artículo 135 del Código Penal.

Agrega que este error “es un error in procedendo, el cual, según lo ha expresado la doctrina, puede ser de actividad, estructura o garantía, que tiene trascendencia para invalidar la actuación que culminó con la condena en contra de mi prohijado, como quiera que se llegó a tal decisión desconociendo principios y valores esenciales que limitaban la actuación de las autoridades judiciales, en este caso el derecho a que las pruebas sean valoradas adecuadamente como lo enseña el legislador.

Sustentada en estas consideraciones solicita a la Sala seleccionar a estudio la demanda y casar la sentencia impugnada, para dictar en su reemplazo fallo absolutorio. Similar petición, pero referida únicamente a la admisión de la demanda, sin tomar partido sobre la validez de sus pretensiones, presenta la Procuradora 153 Judicial en Materia Penal, en condición de no recurrente.

SE CONSIDERA

La Sala inadmitirá la demanda de casación que se estudia por no cumplir los requisitos mínimos de orden formal exigidos por los motivos de casación invocados para su estudio de fondo, ni satisfacer los presupuestos básicos de idoneidad sustancial necesarios para la realización de los fines del recurso. Separadamente la Corte estudiará cada uno de los cargos propuestos.

Violación directa de la ley sustancial

La Corte tiene dicho que esta forma de violación se presenta cuando el juzgador acierta en la apreciación de las pruebas y en la declaración de los hechos, pero se equivoca en la selección o interpretación del derecho, porque deja de aplicar al caso la norma correcta, o aplica la que no corresponde, o le otorga a la acertadamente seleccionada un alcance o un sentido que no causa.

Esto significa que el debate, cuando se invoca este motivo de casación, debe ser de contenido estrictamente jurídico, y que el demandante no puede discutir la apreciación de las pruebas ni la declaración de los hechos, porque en esta forma de violación se parte de aceptar que el juez acertó en estas valoraciones, y que el problema se presenta en la selección o interpretación de la norma llamada a regular el caso.

En el cargo que se estudia el casacionista hace varios planteamientos: (i) Que los juzgadores incurrieron en un error en la calificación jurídica de la conducta al imputar a los procesados coautoría impropia, sin hallarse probado el concurso de sus elementos estructurales (acuerdo común, división de trabajo y aporte esencial), (ii) Que en el fallo no se deja claro si la imputación se hizo a título de coautoría impropia o de comisión por omisión, (iii) que no se demostró el concurso de los elementos estructurales del delito de comisión por omisión, (iv) que jurídicamente no es posible imputar a JOSÉ JULIÁN CASTAÑO TRIANA comisión por omisión y a los demás procesados coautoría impropia, y (v) que la responsabilidad, cuando se trata de una orden militar, solo recae en quien la imparte, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 91 de la Constitución Nacional.

Como puede verse, se trata de un conjunto de ataques, de contenido sustancialmente distinto, que lo único que genera es confusión, puesto que no permite establecer con precisión si lo que se está denunciando es una violación directa de la ley sustancial, o una

indirecta, o ambas, o un error in procedendo por defectos de motivación, ni determinar si lo pretendido es que el acusado sea absuelto por no existir prueba incriminatoria, o no tener la posición de garante, o por estarse frente una causal excluyente de responsabilidad.

Esta forma de alegar contradice los principios básicos de claridad, concreción, no contradicción y autonomía de las causales, consustanciales a toda demanda, que exigen que los ataques en casación se presenten de manera inteligible y precisa, y que en el marco de un mismo cargo no se incluyan alegaciones disonantes o incompatibles, ni se entremezclen ataques propios de causales distintas, como hace la demandante.

Adicionalmente a esto, la fundamentación del cargo contradice abiertamente su enunciado, pues se plantea violación directa de la ley sustancial, que como ya se indicó, presupone centrar el ataque en cuestiones puramente jurídicas, sin discutir la declaración que los juzgadores hicieron de los hechos probados en la sentencia, pero en su desarrollo se inobserva esta regla, al desconocer sus conclusiones y negar, o poner en duda, la acreditación de los elementos exigidos para la imputación de la coautoría impropia (acuerdo común, división de trabajo y aporte).

También se equivoca al proponer en el cuerpo de la misma censura un error en la calificación jurídica de la conducta, porque un planteamiento de esta naturaleza exige reconocer que el comportamiento investigado es delictivo, y que el error se presenta en el proceso de selección del nomen iuris del delito, o adecuación típica, debido a que el tipo penal seleccionado no es el llamado a regular el caso, y por tanto, que los juzgadores aplicaron indebidamente una norma y dejaron de aplicar otra, ambas de derecho sustancial, situación que no es la que denuncia en el presente caso la casacionista.

Sus argumentaciones en este punto se orientan a discutir la modalidad de realización

de la conducta y la forma participación del procesado en el hecho, al igual que su compromiso penal, cuestiones que nada tienen que ver con la selección del tipo penal, pues sostiene, en lo esencial, que la investigación no probó la existencia de los elementos constitutivos de la coautoría impropia, ni los de la comisión por omisión, y además de esto, que los fallos no podían imputar al procesado omisión impropia, y a la vez, a los otros implicados, en relación con el mismo hecho, comisión por omisión, porque esto contradice la dogmática penal.

Otra equivocación, no menos trascendente, que desatiende el principio de corrección material que debe asistir la fundamentación de la demanda,⁵ tiene que ver con la lectura que la casacionista hace de los fundamentos de la sentencia, pues no es cierto, como afirma, que la motivación que sustenta la imputación de la conducta a título de coautoría impropia no sea clara, ni mucho menos, que el procesado JOSÉ JULIÁN CASTAÑO TRIANA haya sido condenado por un delito de omisión, con arreglo a lo previsto en el artículo 25 del Código Penal, y sus compañeros de causa por uno de acción.

En el fallo de primera instancia, que para los efectos del recurso de casación constituye una unidad jurídica inescindible con el de segundo grado en los aspectos que no se contraponen, se dejó claramente establecido, al estudiar la responsabilidad de los acusados en la muerte de NANCY INCHIMA CALAMBAS, que se estaba frente a un delito por acción, en el que el Capitán JOSÉ ANTONIO PÁEZ PRETÓN debía responder en condición de determinador, y los demás, es decir, JOSÉ JULIÁN CASTAÑO TRIANA, RIBEIRO MARÍN OSORIO y YULDER YESID GARCÍA GUERRERO en condición de coautores, específicamente dentro de la órbita de una coautoría impropia. Para mayor ilustración, véanse algunas de las múltiples referencias que los fallos hicieron a esta imputación,

«El compromiso del señor JOSÉ JULIÁN CASTAÑO TRIANA, en los hechos materia de estudio, es incuestionable, se puede evidenciar su presencia en el lugar del macabro asesinato, y no como parte pasiva -como él nos lo quiere hacer ver- sino como parte

activa e incluso con codominio funcional en el desenlace de ese execrable hecho, pues no solo fue quien en compañía de YULDER YESID GARCÍA GUERRERO subió a NANCY INCHIMA al vehículo cuando aún estaba viva, fue la persona que exhortó a la indefensa mujer –una vez descendió del PNR- a ponerse el camuflado, quien le dio la orden de que corriera, quien dio la señal a su inferior jerárquico YULDER YESID GARCÍA GUERRERO para que disparara y como si fuera poco también accionó su fusil en contra de la civil, y finalmente, fue éste quien tomó la iniciativa y coadyuvó a levantar el cuerpo sin vida de NANCY INCHIMA CALAMBAS para subirlo al vehículo. Y se pregunta el despacho, ¿no son esos actos positivos objetivamente perceptibles en el mundo externo, encaminados a obtener un fin propuesto de antemano? Puesto que el rol que desempeñó CASTAÑO TRIANA –tal como nos lo reconstruye GARCÍA GUERRERO y los demás medios suasorios- en cuanto a una de las INCHIMA CALAMBAS, denotan un propósito – y ese propósito, no era cualquier propósito, era un designio criminal- previamente preacordado con los restantes victimarios.»⁶

Cierto es que el fallador se refirió también a la posición de garante que ostentaba el procesado, pero lo hizo no para atribuirle responsabilidad por haber omitido acciones de salvamento, como lo entiende la casacionista, sino para destacar la gravedad de su conducta, y para dejar en claro que las alegaciones orientadas a ubicarlo en una actitud pasiva no lo eximían responsabilidad, porque ambas formas de realización de la conducta (activa y omisiva) constituían violaciones a la posición de garante, y porque las dos llevaban a la misma conclusión, como pasa a verse,

«Sin dejar al margen, tampoco, que los coautores de las ejecuciones extrajudiciales eran miembros de la fuerza pública, quienes por imperativo supralegal, tenían posición de garantes con fundamento en la competencia institucional que los gobernaba al ser miembros de una institución del Estado, de donde dimanaba el deber de protección de los bienes jurídicos que estaban bajo su responsabilidad, habida consideración que los miembros de la fuerza pública en mención, tenían el deber de proteger, de

salvaguardar – y no de perjudicar- la población civil de la Vereda San Antonio Corregimiento de Santa Leticia, Jurisdicción de Puracé (Cauca), pero quebrantaron su deber al proceder a ultimar sumariamente (sic) a dos miembros de la población civil... es decir, participaron mediante una conducta positiva -acción- en la consumación del delito de lesa humanidad, pero igual, si su actuar hubiera sido mediante un comportamiento negativo -omisión- era indistinto..., por eso planteamientos cuya pretensión es poner a los encartados desplegando conductas negativas en los hechos criminosos para situarlos en el terreno de la inocencia, difícilmente podrían ser acogidos...”⁷

Esto deja sin sustento fáctico procesal los fundamentos del cargo, pues muestra que las premisas en que se apoya no son ciertas, y que los ataques que confusamente se plantean, o carecen de fundamento, o se construyen a partir de afirmaciones indemostradas, como ocurre con los errores probatorios que entremezcladamente se denuncian en el análisis de los elementos estructurales del delito de comisión por omisión, o de los que actualizan la coautoría impropia, contrariando la lógica del motivo de casación invocado.

Igual acontece con el ataque dirigido a reclamar el reconocimiento de una eximente de responsabilidad por haber el procesado actuado en cumplimiento de una orden militar superior, en cuyo desarrollo la demandante se limita a mencionar el contenido de la norma constitucional que consagra el principio de obediencia debida, sin siquiera ocuparse de analizar las razones que sirvieron de fundamento a los juzgadores de instancia para su desestimación, ni mucho menos, de acreditar error alguno de carácter in iudicando en el ejercicio de esta labor.

Cargo segundo

Conceptualmente se ha dicho que el error de hecho por falso juicio de identidad se

presenta cuando el juzgador distorsiona el contenido material de una prueba, porque le atribuye afirmaciones o negaciones que no contiene (distorsión por adición), o cercena su expresión material (distorsión por cercenamiento), o cambia su literalidad (distorsión por trasmutación), y que su demostración presupone, por tanto, evidenciar qué parte de ella fue adicionada, cercenada o modificada, y qué implicaciones tuvo el error en las conclusiones del fallo.

También se ha indicado que este error es distinto del que se presenta en la valoración del mérito de la prueba por desconocimiento de las reglas de la sana crítica, nominado por la jurisprudencia de raciocinio, porque éste, además de ser valorativo, tiene un objeto de demostración distinto, en cuanto impone acreditar, no equivocaciones en la lectura del contenido de la prueba, sino en la valoración de su mérito, originadas en la inobservancia de los principios de la lógica, las reglas de experiencia o los postulados de la ciencia.

En esta confusión conceptual incurre la impugnante, pues plantea un error de identidad por tergiversación de la versión del soldado profesional YULDER YESID GARCÍA GUERRERO, quien declaró varias veces en el proceso,⁸ pero lo que realmente hace es cuestionar la valoración que los juzgadores hicieron de su mérito, específicamente de lo afirmado en su primer relato, donde señala al Cabo Primero JOSÉ JULIÁN CASTAÑO TRIANA de haber participado activamente en la muerte de NANCY INCHIMA CALAMBAS.

Esta variante argumentativa imponía plantear el ataque desde los terrenos del error de raciocinio, y precisar cuál principio de la lógica, cuál máxima de experiencia, o cuál postulado de la ciencia los juzgadores desconocieron en la valoración de esta prueba, y por qué, y demostrar su trascendencia, pero la demandante no lo hace, y la Corte no advierte que los juzgadores hayan incurrido en esta clase de desacierto, como tampoco en el de identidad por distorsión de su contenido material, que expresamente lo planteó en el enunciado del cargo.

La actuación procesal enseña que el testigo YULDER YESID GARCÍA GUERRERO entregó varias versiones en el curso del proceso sobre la participación del Cabo Primero JOSÉ JULIÁN CASTAÑO TRIANA en la muerte de NANCY INCHIMA CALAMBAS, y que cada vez mostró menos vehemencia en los señalamientos que inicialmente le hizo de haber tenido una participación activa en su muerte⁹, hasta ubicarlo al margen de cualquier compromiso penal.

También muestra que los juzgadores analizaron en su conjunto todos estos relatos, al igual que su retractación progresiva, y que al término de este estudio tomaron partido por sus primeras versiones, por considerar que las otras carecían de consistencia, como lo enseñan los siguientes apartes del fallo de primera instancia,

«[...] al despacho le parece sumamente sintomático que sea precisamente posterior a la injurada que rindiera el Cabo JOSE JULIÁN CASTAÑO TRIANA, que el señor GARCÍA GUERRERO comience a bajar el tono de sus inculpaciones contra éste y a echar para atrás otras, pues luego de ser contundente en sus imputaciones en sus dos primigenias declaraciones en contra de JOSÉ JULIAN CASTAÑO TRIANA, en esta ocasión empieza a retractarse uno a uno de dichos señalamientos, merced al interrogatorio que formulara –en primer lugar- el abogado contractual del citado suboficial. Ya que en esta oportunidad, aduce que la señal exteriorizada por CASTAÑO TRIANA era una señal de retiro, como tampoco vacila en afirmar que quien dio la orden de uniformar a NANCY INCHIMA fue el Capitán PÁEZ BRETON además –como dato novedoso en comparación con sus anteriores intervenciones- dice que el Cabo había tenido una discusión con el Capitán por no cumplirle la orden de asesinar a la civil NANCY INCHIMA CAMABAS y por otro lado también desdice en cuanto a que CASTAÑO TRIANA, en esta oportunidad no disparó su arma en contra de la nombrada mujer.

«Nótese, entonces, cómo la versión de GARCÍA GUERRERO, ahora comienza a sufrir sin intermediar factores que de manera razonable expliquen el porqué de la mutación o de la modificación en aspectos tan precisos, pero de capital importancia, capaces de producir hondas repercusiones en la situación jurídica del suboficial CASTAÑO TRIANA, ahora su testificación se acompasa con la suministrada por el suboficial en su indagatoria y específicamente, trae a relucir ahora, aquella circunstancia de que CASTAÑO TRIANA se rehusó a cumplir la orden al Capitán y por ello tuvo un altercado con éste, situación que no había sido puesta de presente por aquél en sus dos anteriores salidas en esta actuación. Y no se trata de una simple inadvertencia ni de una confusión accidental, él es gráfico y muy claro, por lo tanto, tiene que decirse que se trata de afirmaciones perfectamente calibradas, medidas, destinadas a producir calculados efectos en la investigación»

Esto descarta la existencia del error de hecho por falso juicio de identidad que se denuncia, pues pone de presente que los juzgadores analizaron las distintas versiones entregadas por el coprocesado YULDER YESID GARCÍA GUERRERO, y que la inconformidad realmente deriva, no del hecho de haberse cercenado parte de su contenido, sino de que los juzgadores hubiesen acogido sus primeras versiones y no las últimas. Y la recurrente no demuestra, ni la Corte advierte, que en este proceso de valoración los fallos hayan incurrido en atentados a la razón o el buen juicio.

Importante es recordar que no es lo mismo que el juzgador ignore una prueba, o parte de ella, a que la desestime por considerar que no amerita confiabilidad o credibilidad, pues mientras en el primer caso puede estarse ante un error de existencia o de identidad, por omisión o cercenamiento de su contenido, en el segundo solo sería posible predicar un error de raciocinio, si se demuestra, desde luego, que en esta operación intelectual el juzgador contrarió en forma manifiesta las reglas de la persuasión racional.

Dígase también, que la afirmación final de la libelista, consistente en que el error de apreciación probatoria que denuncia es un error in procedendo, es totalmente equivocada, y se erige en un factor más de confusión, porque esta clase de errores implican un vicio de procedimiento, o de actividad, o de rito, que afecta la validez de la actuación, mientras que los errores de apreciación probatoria son errores de juicio, o in iudicando, que se materializan en la aplicación o interpretación del derecho sustancial.

Visto, entonces, que la demanda no cumple las exigencias mínimas de orden formal ni sustancial requeridas para su estudio de fondo, se la inadmitirá a trámite, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 213 la Ley 600 de 2000, y se ordenará devolver el proceso a la oficina de origen, no advirtiendo violaciones a garantías fundamentales que la Corte esté en el deber de proteger de manera oficiosa.

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

RESUELVE

Inadmitir la demanda de casación presentada por la defensora de JOSÉ JULIÁN CASTAÑO TRIANA.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

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 CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folios 38-110 del cuaderno original 7.

2 Folios 4-37 del cuaderno original 8.

3 Folios 360-415 del cuaderno original 9.

4 Folios 3-31 del cuaderno del tribunal.

5 Este principio exige que la sustentación guarde completa armonía con los hechos que el proceso revela.

6 Página 21 del fallo de primera instancia.

7 Páginas 34,35 y 36 ídem.

8 Lo hizo en cinco oportunidades: En declaración jurada rendida el 28 de septiembre de 2005 (fls.88/4); en indagatoria el 14 de octubre de 2005 (fls.263/4); en ampliación de indagatoria el 10 de noviembre de 2005 (fls.89/5); en ampliación de indagatoria el 16 de mayo de 2006 (fls.90/6); y audiencia pública el 29 de marzo de 2011 (fls.294/9).

9 En su primera declaración, rendida el 28 de septiembre de 2005, el testigo precisó: “[...] ella subió a un carro, era un NPR, nos desplazamos hacia una parte de la vía, para el carro, entonces ahí le dicen a ella que se baje, se baja ella y me bajo yo, entonces nos devolvemos unos metros de donde había parado el carro, entonces ahí llevan un uniforme el cual se lo hacen poner a ella, en ese momento estaban el CABO PRIMERO CASTAÑO, el cual en ese momento ella ya estando uniformada le dice que corra, cosa que a mi me impresionó, al yo escuchar esas palabras, entonces yo retrocedo y me retiro, me retiro como unos 10 o 20 metros, no recuerdo exactamente, y cuando hago eso, yo en ese momento, entonces yo disparo, y cierro los ojos cuando el CABO también dispara, cuando veo que la muchacha también está caída. Entonces ahí es donde se recoge el cuerpo y se sube otra vez al carro....PREGUNTADO: Usted se dio cuenta quien le causó la muerte a la joven? Sinceramente no se le estoy diciendo la verdad, no se si fue el arma mía o la de mi Cabo....PREGUNTADO: Quien le ordena a la joven ponerse el camuflado? CONTESTO: Mi cabo CASTAÑO, le ordena ponerse el uniforme. PREGUNTADO: Quién es el que dice a la joven que corra? CONTESTO: Mi Cabo..” (fls.88-97/4).