

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado Ponente

SP1081-2015

Radicación nº 44434

Aprobado acta nº 44

Bogotá D.C., febrero once (11) de dos mil quince (2015).

VISTOS

Estudia la Sala si la demanda de casación propuesta contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Antioquia el 31 de marzo de 2014, confirmatoria de la emitida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Frontino-Antioquia que condenó al Subteniente del Ejército Nacional Diego Andrés Olaya Trujillo y al

Soldado Profesional Rodrigo Adolfo Gil Alzate, como coautores del delito de homicidio agravado, cumple los presupuestos de lógica y adecuada fundamentación para que sea admitida.

HECHOS

Fueron consignados en la sentencia así:

«El día 7 de diciembre de 2005, cuando miembros adscritos al Batallón de Infantería N. 32 “General Pedro Justo Berrío”, con tropas de la compañía Borrasca 3, se desplazaron a realizar la operación “Emblema”; misión táctica “Diluvio”, al mando del ST Olaya Trujillo Diego Andrés, grupo del que también hacía parte el soldado Rodrigo Adolfo Gil Alzate; en presunto combate, dieron de baja al señor Jonathan Obando Agudelo, en la vereda La Golondrina del Corregimiento Nutibara del municipio de Frontino, Departamento de Antioquia; en el momento en que la víctima hostigaba los miembros del Ejército Nacional.

La víctima fue reclutada en el Barrio La Cruz del Municipio de Itaguí por Heber de Jesús Álvarez Ospina y el soldado profesional Jhon Fredy Martínez; proponiéndole el primero de ellos a Jonathan, hacer una diligencia en el municipio de Frontino y como contraprestación, le daría la suma de dos millones de pesos, advirtiéndole que en principio le entregaría un millón por adelantado, y cuando estuviera de regreso, el dinero restante. Para ello, Heber de Jesús se contacta con su amigo Jhon Fredy Martínez quien trabajaba en el Batallón de Infantería número 32 “Pedro Justo Berrío”, manifestándole que el señor Jonathan, se encontraba listo para desplazarse al sitio convenido.

El soldado profesional Martínez, recoge a la víctima en una camioneta en compañía de un conductor sin indentificar, a eso de las cuatro de la mañana del día siete de diciembre de dos mil cinco, en el Barrio La Cruz del municipio de Itaguí, encontrándose el señor Henry Alberto Guerra Mazo, como testigo de la partida hacia la ciudad de Frontino del señor Jhonatan. Una vez en el lugar el soldado Martínez le advierte a la víctima que camine

hacia adelante, le muestra una casa a lo lejos y al adelantarse, Jhon Fredy le dispara por detrás; y una vez indefenso el occiso, lo cambia de ropa y lo viste con ropa de policía color verde oliva, y le acomoda un arma tipo changón. Cometido el homicidio, el soldado Martínez, da cuenta a Heber de Jesús Álvarez Ospina de lo sucedido.

En principio el occiso fue inhumado como N.N por miembros del Ejército Nacional.

ACTUACION PROCESAL

1. La investigación fue iniciada por la Justicia Penal Militar a través de auto de 16 de enero de 2006, pero luego fue asumida por la Fiscalía General de la Nación que el 23 de enero de 2009 avocó el conocimiento de la misma.

2. Luego de practicadas varias pruebas, en su mayoría testimoniales y escuchados en indagatoria algunos militares que integraban la compañía «Borrasca3», fueron afectados con medida de aseguramiento los soldados Jhon Fredy Martínez, Iván Arturo Mestra, Diego Ferney Muñoz Osorio, Henry Alberto Guerra Mazo, Carlos Andrés Peñaloza Cuellar, Didier Augusto Cardona Pérez, Wilmar Córdoba Mosquera, Rodrigo Adolfo Gil Alzate; el Subteniente Diego Andrés Olaya Trujillo y el civil Heber de Jesús Álvarez.

3. Mediante resolución de 4 de diciembre de 2009, se decretó el cierre parcial de la investigación respecto de los procesados Heber de Jesús Álvarez Ospina y Jhon Fredy Martínez, quienes con posterioridad fueron acusados como presuntos coautores de los delitos de homicidio agravado y desaparición forzada agravada según resolución de enero 15 de 2010.

4. Luego, el 5 de enero de 2011, se decretó el cierre parcial del sumario en relación con los inculcados, Subteniente Diego Andrés Olaya Trujillo, los soldados Didier Augusto Cardona Pérez, Diego Ferney Muñoz Osorno, Wilmar Córdoba Mosquera, Iván Arturo Mestra Coronado y Rodrigo Adolfo Gil Alzate.

5. El procesado Iván Mestra Coronado se acogió a sentencia anticipada, mientras que Diego Andrés Olaya Trujillo, Didier Augusto Cardona Pérez, Diego Ferney Muñoz Osorno, Wilmar Córdoba Mosquera y Rodrigo Adolfo Gil Alazate fueron acusados como coautores de los delitos de homicidio agravado y desaparición forzada agravada, de acuerdo con resolución calificatoria fechada 21 de febrero de 2011.

6. La anterior determinación fue apelada por los defensores de los acusados, siendo confirmada en su integridad mediante decisión de 18 de julio de 2011.

7. Los procesados, soldados Didier Augusto Cardona Pérez, Diego Ferney Muñoz Osorno y Wilmar Córdoba Mosquera se acogieron a sentencia anticipada, por lo que fueron condenados en primera instancia como coautores de los delitos de homicidio agravado y desaparición forzada agravada, pero en segunda instancia fueron absueltos por este último punible.

8. El trámite ordinario continuó respecto del Subteniente Diego Andrés Olaya Trujillo y el soldado profesional Rodrigo Adolfo Gil Alzate, quienes en primera instancia fueron condenados como coautores del concurso delictivo de homicidio agravado y desaparición forzada agravada, mediante sentencia de 16 de octubre de 2012 proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Frontino- Antioquia en la que se les impuso la pena de 480 meses de prisión, multa de 5.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 20 años.

9. La sentencia de primera instancia fue recurrida por la defensa de Gil Alzate, y resuelto el recurso por el Tribunal Superior de Antioquia en fallo de 31 de marzo de 2014, se revocó la condena por el punible de desaparición forzada pero se mantuvo el fallo de responsabilidad frente al punible de homicidio agravado, motivo por el que la pena fue redosificada, quedando una sanción definitiva para Gil Alzate de 345 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años.

En dicha decisión el Tribunal Superior de Antioquia consideró que el delito contra la vida se adecuaba al punible de homicidio en persona protegida y no al de homicidio agravado, sin embargo no hizo la variación jurídica de dicho cargo en aras de preservar el principio de congruencia, toda vez que los procesados fueron acusados por el segundo de los mencionados comportamientos.

10. Contra la anterior decisión, el defensor del procesado, soldado profesional Rodrigo Adolfo Gil Alzate interpuso y sustentó el recurso de casación.

LA DEMANDA

Acudiendo a la causal primera, cuerpo segundo, el recurrente presenta un cargo único contra la sentencia del Tribunal Superior de Antioquia, consistente en la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho derivado de un falso juicio de existencia por omisión de los testimonios del cabo Andrés Peñaloza Cuellar y del soldado profesional Jhon Fredy Martínez, a partir de los cuales afirma que lo que debe concluirse es que el procesado no participó en los hechos en los que resultó muerto el civil Jonathan Obando Agudelo.

A efectos de demostrar la censura que plantea, transcribe gran parte del testimonio del cabo Andrés Peñaloza Cuellar, para luego indicar que el fallador de segunda instancia no tuvo en cuenta que el citado declarante señaló que el día de los hechos el acusado permaneció en un puesto denominado «vivac» a cargo de un arma de largo alcance, y que fueron otros integrantes de la compañía «Borrascas 3» los que idearon y ejecutaron el plan criminal.

Añade que también fue omitido el testimonio del soldado Jhon Fredy Martínez, cuya declaración transcribe parcialmente, afirmando que el Tribunal de Antioquia no consideró que este testigo manifestó que quien tomó la decisión de acabar con la vida del civil Jonathan Obando fue el Subteniente Diego Andrés Olaya Trujillo en asocio con el cabo

Andrés Peñaloza Cuellar, el soldado Jhon Fredy Martínez y el particular Hebert de Jesús Álvarez Ospina, sin la intervención del soldado Gil Alzate, a quien señala de haber permanecido distante del lugar de los hechos, sin tomar parte en los mismos.

Al referirse a la trascendencia del error, sostiene que de haberse valorado tales testimonios la sentencia habría absolutoria, pues tal yerro de apreciación condujo a que se dejara de aplicar el artículo 7º, inciso 2º, del Código de Procedimiento Penal y a su vez se emplearan en forma indebida los artículos 103 y 104 de la Ley 599 de 2000.

Solicita a la Corte casar la sentencia para que se absuelva al procesado del delito de homicidio agravado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Calificación de la Demanda

La Corte ha sostenido que el juicio de admisibilidad de una demanda de casación comprende el estudio de dos aspectos: (i) su idoneidad formal, que guarda relación con el cumplimiento de las exigencias de claridad, concreción y debida fundamentación requeridas por la ley y la lógica de la causal aducida; y (ii) su idoneidad sustancial, que se vincula con la aptitud del escrito para la realización de los fines del recurso.

De tal manera, al actor no solo compete indicar la causal con la cual pretende la infirmación del fallo, sino que también debe enseñar, cuando acude a la violación indirecta, la existencia de un error de hecho o de derecho, según el caso, demostrando cómo el mismo tiene la eficacia suficiente para derrumbar las conclusiones adoptadas en la sentencia.

Para el presente caso, el recurrente alega el desconocimiento de dos testimonios que a su juicio, eran suficientes para hacer surgir una duda insalvable sobre la responsabilidad penal del procesado.

Sea oportuno precisar que el falso juicio de existencia es un yerro de hecho que surge del desconocimiento indirecto de la ley sustancial y consiste ya en la suposición ora en la omisión de un medio de convicción legalmente allegado al juicio, cuya naturaleza es puramente objetiva, pues ocurre en el plano lógico de la aprehensión material de la prueba durante el proceso de construcción de la sentencia, escenario en el cual el juez omite considerar una que está dentro del plenario o incluye en sus consideraciones otra que nunca fue recaudada, esto es, hace uso del conocimiento privado.

En la hipótesis que plantea el recurrente, éste enuncia un falso juicio de existencia por omisión de dos testimonios que considera trascendentales para definir el asunto.

Al verificar dicho reclamo confrontándolo con el contenido de la sentencia, se observa que el Tribunal Superior de Antioquia sí apreció las declaraciones del cabo Andrés Peñaloza y del soldado Jhon Fredy Martínez, citando varios de sus apartes, para concluir que el procesado era conocedor de que se iba a simular un combate en el que se haría pasar a un civil como un guerrillero dado de baja en una confrontación armada, con el objeto de congraciarse con su superior y que la compañía a la que todos pertenecían no fuera enviada a una zona muy peligrosa.

El ad quem transcribió casi en su integridad la ampliación de indagatoria del cabo Carlos Andrés Peñaloza Cuellar, en la que dicho efectivo del Ejército Nacional afirmó que todos los soldados que integraban el pelotón «Borrasca 3», sabían que se iba a realizar un falso positivo utilizando a un civil que venía engañado desde la ciudad de Medellín y que el objetivo de dicho accionar era poder salir de licencia.

El juzgador de segundo grado también se refirió al testimonio de Jhon Fredy Martínez,

dando credibilidad a su dicho acerca de que el oficial al mando de dicho pelotón, Subteniente Diego Andrés Olaya, tomó la decisión de hacer el procedimiento fraudulento, encargando al soldado Martínez de traer al civil desde la capital antioqueña.

En esa medida, resulta equivocada la censura que propone el censor acerca de que esas dos declaraciones fueron desconocidas por el sentenciador. Lo que sí se observa es que los apartes que para el demandante son importantes en esos testimonios no fueron apreciados por el Tribunal y en ese orden, debió encaminar su reparo por la senda del falso juicio de identidad por cercenamiento, acreditando además que las manifestaciones de los declarantes tenían la vocación de desestimar los demás medios de convicción indicativos de que el aquí procesado conocía que se iba a cometer un hecho delictivo y que tomó parte en su comisión, queriendo la realización del resultado.

Ahora bien, pasando por alto este error de postulación, al establecer la trascendencia de la omisión del fallador, el censor resalta que el cabo Peñaloza Cuellar dijo que el que tomó la decisión de ejecutar la operación fue el oficial a cargo Diego Andrés Olaya Trujillo y que los soldados como Gil Alzate, simplemente obedecieron la orden que les dio su comandante sin importar si estaban de acuerdo y que los que no, decidieron callarse y hacerse a un lado.

Y en lo relativo al dicho de Jhon Fredy Martínez, el demandante resalta que en momento alguno este soldado ubica al aquí acusado como uno de los miembros de «Borrasca 3» que planeó traer a la víctima desde la ciudad de Medellín, ni tampoco como aquellos que lo ultimaron.

Empero las declaraciones anteriores, ninguna de ellas desvirtúa el conocimiento que tenía el procesado del hecho que se iba a cometer como lo indica la prueba testimonial.

Tampoco la consideración de los falladores acerca de que el soldado Rodrigo Adolfo Gil Alzate es coautor impropio del delito de homicidio, se afecta con el planteamiento del casacionista, pues aun no habiendo Gil Alzate tomado parte en la ejecución material, esto es, no siendo uno de los soldados que llevaron la víctima hasta el sitio donde fue ultimado, asegurando que no se fugara para finalmente uno de ellos dispararle, de todas formas cumplió un rol dentro del plan criminal que no fue otro que el de permanecer en el sitio que le indicó su comandante y no intervenir, permitiendo que sus compañeros cometieran materialmente el homicidio, sin que ninguna de las pruebas señale que el acusado tuvo al menos la intención de rechazar el resultado antijurídico.

En este orden de ideas, la demanda incumple el presupuesto de adecuada y suficiente demostración al no poner en evidencia cómo el yerro del sentenciador tiene la vocación de quebrar la sentencia condenatoria contra Rodrigo Gil Alzate, motivo por el que el libelo será inadmitido.

1. Casación oficiosa

Tradicionalmente la Sala había manejado el criterio según el cual en los casos en los que no admitía la demanda de casación, pero se advertía la vulneración de una garantía o derecho fundamental, de todas formas debía darse traslado al Ministerio Público para que emitiera concepto antes de hacer cualquier pronunciamiento oficioso.

Sin embargo, tal postura fue abandonada por la Sala (CSJ SP 12 sep. 2007, rad. 26967) al considerarse que los principios rectores de celeridad, eficiencia y eficacia en la administración de justicia y el fin de garantizar la efectividad del derecho material, lo consecuente era subsanar de manera inmediata el yerro encontrado.

Lo anterior, siempre y cuando la irregularidad encontrada de oficio por la Corte corresponda a un error susceptible de atenderse en sede extraordinaria y la solución ofrecida no lleve a afectar de manera irrazonable otros principios o garantías de igual o superior raigambre.

Ahora bien, en el asunto que ocupa la atención de la Corte se tiene que habiendo sido condenados conjuntamente, en primera instancia, el Subteniente Diego Andrés Olaya y el soldado profesional Rodrigo Adolfo Gil Alzate como coautores de los delitos de homicidio agravado y desaparición forzada agravada, solo el segundo interpuso el recurso de apelación y al resolverse la alzada el Tribunal Superior de Antioquia lo absolvió de esta última conducta punible al considerar que la conducta era atípica, procediendo a redosificar la pena pero sin pronunciarse acerca de si dicha determinación afectaba la situación jurídica del no recurrente.

Bajo tal contexto al juez de segunda instancia le correspondía dar aplicación al inciso 1º del artículo 204 de la Ley 600 de 2000, de acuerdo con el cual la decisión del ad quem debe extenderse a los asuntos que resulten vinculados de forma inescindible al objeto de la impugnación, absolviendo también al no apelante por el delito de desaparición forzada agravada y modificándole la pena a fin de ajustarla a la declaración de responsabilidad por el delito remanente, pues en ese sentido se hallaba en igualdad de condiciones a quien sí manifestó su inconformidad con el fallo de primera instancia, pero «como el Tribunal no lo hizo, incurrió en un error de trámite, por transgresión de la norma citada y la subsecuente motivación incompleta de la providencia extraordinariamente recurrida. Se trata de un yerro que debe proponerse a la luz de la causal tercera de casación, porque de manera general conduce a la invalidez de lo actuado. Sin embargo, el numeral 1 del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal señala que cuando la nulidad afecta únicamente el fallo demandado, lo procedente será casar el fallo y dictar el que deba remplazarlo». (CSJ SP 31 Oct 2012 rad. 35159)

En este orden de ideas, la Sala casará de oficio y parcialmente la sentencia de 31 de marzo de 2014 proferida por el Tribunal Superior de Antioquia y, en consecuencia, absolverá al acusado Diego Andrés Olaya Trujillo del delito de desaparición forzada agravada, por lo que la pena que deberá cumplir será la de 345 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 20 años como coautor del delito de homicidio agravado, por ser esta la sanción que en segunda instancia se impuso al soldado profesional Rodrigo Adolfo Gil Alzate como sujeto procesal recurrente.

Finalmente, se precisa que la decisión del ad quem seguirá incólume en todos los demás aspectos que no fueron materia de modificación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. INADMITIR la demanda de casación presentada por el procesado Rodrigo Adolfo Gil Alzate.
2. CASAR OFICIOSA Y PARCIALMENTE la sentencia impugnada y en consecuencia, hacer extensiva la absolución del delito de desaparición forzada proferida en segunda instancia, a favor del procesado, subteniente Diego Andrés Olaya Trujillo, cuya condena será únicamente por el delito de homicidio agravado, quien deberá cumplir una pena de 340 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 20 años.
3. PRECISAR que las restantes decisiones adoptadas en el fallo impugnado se mantienen incólumes.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

JOSE LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARIA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO E. MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria