

Magistrada Ponente

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

SP14966-2016

Radicación N° 45.692

(Aprobado Acta N° 330)

Bogotá D.C., diecinueve (19) de octubre dos mil dieciséis (2016)

VISTOS

Con el fin de constatar si satisface las condiciones de admisibilidad, la Corte examina la demanda de casación presentada por el defensor de ADOLFO ROPERO RANGEL, contra la sentencia del 29 de octubre de 2014, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta.

I. HECHOS

A las 3:10 a.m. del 30 de junio de 2007, en la vereda Tierra Azul del municipio de El Carmen (Norte de Santander), soldados pertenecientes al Batallón Contraguerrilla N° 98, de la Brigada Móvil N° 15 de Ocaña -Unidad Especial Esparta 1-, dieron muerte mediante varios disparos de fusil al señor Javier Peñuela. El deceso fue reportado como resultado de un combate de encuentro con subversivos del ELN, en ejecución de la operación Jilguero 13, dispuesta por el Comando de la Brigada. En ese contexto, el soldado ADOLFO ROPERO RANGEL, quien integraba el convoy como contra puntero, disparó su fusil de dotación.

Pese a que el prenombrado ciudadano era un campesino-agricultor residente en la región, que no pertenecía al mencionado grupo guerrillero, junto a su cadáver -vestido de civil- fue hallado un fusil AK-47 con dos proveedores de 23 cartuchos cada uno, mientras que en el bolsillo izquierdo del pantalón se le halló una granada de fragmentación.

II. ANTECEDENTES PROCESALES PERTINENTES

Por los referidos hechos se adelantó investigación ante el Juzgado 86 de Instrucción Penal Militar. Empero, por considerar que la muerte del señor Javier Peñuela no tuvo nexos con el servicio militar, en razón de la inexistencia de un combate, la Fiscalía 73 Especializada de Cúcuta, adscrita a la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, asumió el conocimiento del caso y abrió investigación en contra de ADOLFO ROPERO RANGEL.

Tras rendir indagatoria, por medio de la resolución del 27 de abril de 2012 a aquél se le definió la situación jurídica con imposición de detención preventiva, como posible coautor del delito de homicidio agravado¹, en concurso con fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos.

Cerrada la instrucción, la Fiscalía calificó el mérito del sumario el 28 de enero de 2013. Profirió resolución de acusación en contra del señor ROPERO RANGEL como probable coautor de las conductas punibles arriba mencionadas (arts. 31 inc. 1º, 103, 104 nums. 4º y 7º y 366 del CP).

Habiendo interpuesto el defensor el recurso de apelación contra esta última determinación, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cúcuta, a través de resolución del 30 de mayo subsiguiente, confirmó el llamamiento a juicio del acusado.

El juzgamiento le correspondió al Juzgado 2º Penal Especializado del Circuito de Cúcuta, cuyo despacho adjunto de descongestión dictó sentencia el 21 de mayo de 2014. Por estimar que no se acreditó en grado de certeza la responsabilidad del acusado, lo absolvió y, consecuentemente, dispuso su libertad inmediata.

La anterior determinación fue impugnada por el fiscal, dando lugar al fallo de segunda instancia arriba mencionado, por cuyo medio se revocó parcialmente la sentencia de primer grado y, en su lugar, se declaró la responsabilidad penal de ADOLFO ROPERO RANGEL, como coautor de homicidio agravado²

. En consecuencia, el Tribunal le impuso las penas de 400 meses (33.3 años) de prisión y 20 años de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Por otra parte, habiendo negado tanto la suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión como la sustitución de ésta por reclusión domiciliaria, libró orden de captura.

Dentro del término legal, el defensor interpuso el recurso extraordinario de casación y allegó la respectiva demanda, lo que motiva el conocimiento del proceso por la Corte.

III. SÍNTESIS DE LA DEMANDA

Por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial, el censor formula tres cargos contra la sentencia de segunda instancia, a la que acusa de haber sido dictada con incursión en falsos juicios de convicción y falso raciocinio.

3.1 En desarrollo del primer cargo, por falso juicio de convicción, cuestiona la valoración que el ad quem hizo de varios testimonios.

La señora María del Carmen Ascanio, prosigue, dijo que vio a Javier Peñuela a las 4:00 p.m. cuando estaba siendo llevado por cuatro o seis soldados. A partir de esta

afirmación, destaca, el Tribunal dio por probado que aquél fue retenido en la tarde del 29 de junio de 2014 por miembros del Ejército Nacional, quienes lo llevaron con dirección a Ocaña, donde después fue dado de baja. Empero, alega, tal conclusión es errónea, como quiera que la testigo no explica por qué ella creía que los uniformados que trasladaron al señor Peñuela eran soldados del grupo Esparta 1. En ese sentido, agrega, no se descarta que quienes llevaban al hoy occiso hubieran sido subversivos, por cuanto es un hecho notorio que en esa zona no sólo hay presencia de militares, sino también de grupos armados al margen de la ley y delincuencia común. De suerte que, a su modo de ver, las afirmaciones de la testigo son especulativas.

Por otra parte, en relación con los testigos Ulises Tamayo Sánchez y José Alirio Sánchez Lindarte, continúa, “la defensa no comparte la valoración” de sus declaraciones, en la medida en que, afirma, sin ser testigos presenciales del homicidio, simplemente relataron que Javier Peñuela fue al pueblo para cumplir una cita odontológica. Mientras que, resalta, María Eugenia Ballena y el Cabo Gutiérrez Salazar están en incapacidad de establecer cuál fue la tropa que aprehendió al señor Peñuela el 29 de junio de 2014.

El escrutinio aplicado a los mencionados testimonios, concluye, vulnera el art. 232 de la Ley 600 de 2000 (en adelante CPP), que condiciona la emisión de sentencia condenatoria a que se pueda establecer con certeza la responsabilidad penal del acusado.

3.2 En segundo término, el libelista censura al Tribunal por haber incurrido en un error de hecho por falso raciocinio, derivado de la infracción de las reglas “de la lógica y de la experiencia”, a la hora de concluir que los soldados profesionales obraron en el contexto de un aparato organizado de poder.

Sobre ese particular, expone, el Tribunal argumentó que las versiones libres y

las indagatorias rendidas por los demás soldados involucrados en los hechos se ofrecen contradictorias, en punto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los acontecimientos investigados. La discordancia, por ejemplo, sobre la hora en que se habría desarrollado el combate y la forma en que se originó el enfrentamiento, prosigue, llevó al ad quem a dar por sentado que toda la tropa, incluido el soldado ADOLFO ROPERO RANGEL, era conocedora de que la muerte de Javier Peñuela se trataba de un “falso positivo”.

Esa “premisa mayor”, explica, la dedujeron los falladores de segunda instancia a partir de tres “indicios”: de presencia, de capacidad y de oportunidad. En síntesis, dice, el Tribunal dedujo la responsabilidad penal del acusado “simplemente” de su pertenencia al grupo Esparta 1, que reportó un combate y la muerte del señor Peñuela, de su participación en la operación Jilguero 13, de su presencia en la vereda Tierra Azul y de su pericia para el manejo de armas de combate. Empero, sostiene, ese razonar contraviene los arts. 6º, 9º y 12 del CP, así como el art. 7º inc. 2º del CPP.

En ese sentido, agrega, no se puede aplicar el derecho penal de autor para sancionar a alguien por sus condiciones personales sin prueba sobre las categorías que permiten predicar la punibilidad de su conducta. Por ello, enfatiza, erró el Tribunal al establecer la responsabilidad del acusado por el “simple prurito” de ser parte de un grupo armado estatal.

En esta dirección, puntualiza, el ad quem consideró que el soldado ROPERO RANGEL sabía que la muerte de Javier Peñuela fue un falso positivo, debido a que era parte de una unidad militar, sin elementos suasorios indicativos de que participó en la aprehensión y ejecución extrajudicial de aquél. Tal aserto, resalta, lo extrajo el Tribunal de la simple situación de ser aquél un soldado profesional, quien bajo el mando del Cabo Fernández, su superior, participó de una operación militar montada con fundamento en la información de inteligencia que la Brigada 15 únicamente

suministraba a los oficiales y no a los integrantes rasos de la tropa.

De ahí que, alega, es una “falacia” sostener que el acusado participó en la ejecución de Javier Peñuela, tanto más cuanto si ello sólo se infiere de la pertenencia de aquél al Ejército. El dominio del hecho para los aparatos organizados de poder, expone, no se debe predicar “de la acción”, sino de aquellos individuos que tienen el poder de imponer a sus soldados la disciplina, esto es, los oficiales y suboficiales. En ese entendido, enfatiza, los soldados profesionales no pueden ser considerados coautores dentro de un aparato organizado de poder; ni siquiera si han ejecutado una orden contraria a derecho, evento en el cual, dice, a lo sumo podrían responder como cómplices.

La acreditación de la participación del acusado en los hechos sin contar con prueba diversa a la que hizo parte de la operación militar Jilguero 13, advierte, viola la presunción de inocencia e invierte la carga de la prueba, pues quien sea señalado de pertenecer a un aparato organizado de poder se reputaría responsable mientras no desvirtúe que no era conocedor de los hechos. Tales conjeturas y especulaciones, puntualiza, ocultan que al procesado se le condenó con la atribución de una responsabilidad colectiva, no individual. Pues, agrega, no es regla de la lógica, la experiencia ni el sentido común “el ser parte de un aparato organizado de poder” ni que los oficiales o suboficiales militares consulten las operaciones con sus subalternos, ya que son éstos quienes en el régimen vertical castrense deben someterse a las órdenes de sus superiores.

3.3 En tercer término, el demandante formula otro cargo por falso raciocinio. A la hora de negarle crédito probatorio a la versión del acusado, por ofrecerse contradictoria internamente y discordante con lo expuesto por los demás soldados, dice, el Tribunal infringió las reglas “de la lógica y del sentido común”.

Con ese fundamento, prosigue, el ad quem concluyó que el soldado ROPERO RANGEL quiso tergiversar lo acontecido y ocultar la realidad de los hechos. Empero, enfatiza, “no comparte” tal deducción, en la medida en que las contradicciones en las declaraciones no constituyen ningún indicio cierto ni verídico que permita afirmar que el acusado participó en la ejecución de la conducta investigada. Ello, insiste, de ninguna manera indica que aquél tuvo conocimiento previo o concomitante de la ejecución del homicidio ni que participó en el mismo.

Las versiones libres y las indagatorias, asevera, no pueden servir de prueba para inferir que ADOLFO ROPERO hizo parte de un plan criminal, que su aporte fue relevante en la materialización del hecho ni que ayudó a fingir un combate inexistente. Nada de ello, insiste, sirve para acreditar que el acusado participó en la ideación o ejecución de la muerte de Javier Peñuela. Como máximo, destaca, el haber admitido en sus declaraciones que nunca hubo enfrentamiento armado o que se prestó para decir que participó en un operativo simulado, a fin de reportar una baja en combate inexistente, implicaría encubrimiento o “perjurio”, pero no acredita su participación en el homicidio.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

4.1 De acuerdo con el art. 212-3 del CPP, la admisión de la demanda de casación supone su debida sustentación. El censor está obligado a consignar de manera clara y precisa tanto las causales invocadas como sus fundamentos. Ello implica acreditar la necesidad del fallo de casación, de cara al cumplimiento de alguno de sus fines, establecidos en el art. 206 ídem (efectividad del derecho material, respeto de las garantías de los intervinientes, reparación de los agravios inferidos a éstos y unificación de la jurisprudencia).

Ese propósito no se consigue de cualquier manera. A voces del art.

213 Ídem, el libelo será inadmitido cuando el demandante carezca de interés o la demanda no reúna los requisitos formales de rigor. Tampoco se logra tal objetivo, como lo ha precisado la Corte, si se advierte la irrelevancia del fallo para cumplir los propósitos del recurso.

Dichas exigencias derivan de la naturaleza extraordinaria y rogada del recurso de casación, características enraizadas en la presunción de acierto y legalidad inherente a los fallos de instancia. A partir de esta presunción, se asigna al censor la carga de acreditar que con la sentencia se causó un agravio, apoyándose para ello en las causales taxativamente consagradas en la ley (art. 207 del CPP).

En ese entendido, el libelo debe someterse a estrictas y específicas reglas de postulación y bastarse a sí mismo para demostrar tanto la existencia del yerro planteado como su trascendencia. De suerte que el recurso extraordinario y la intervención de la Corte, conforme al principio de limitación, por regla general se restringe a verificar dichos aspectos, sin que sea dable al censor exponer una abierta discordancia de criterios con lo determinado en las instancias ni prolongar la controversia que finalizó con la sentencia. Pues la casación no es una tercera instancia del proceso penal ni constituye un escenario propicio para postular cualquier clase de irregularidad en el trámite surtido.

De ahí que la debida sustentación implica desarrollar el ataque con arreglo a los requerimientos formales que impone la causal planteada y la lógica del cargo propuesto. Así mismo, hacerlo con sujeción a los principios de autonomía, no contradicción, coherencia y razón suficiente, para que el alcance de la impugnación se evidencie nítido y la Corte pueda dar a los reproches planteados una respuesta adecuada.

Además, en conexión con la exigencia de acreditación de la afectación de garantías fundamentales, la idoneidad sustancial de la demanda significa que sus cargos no sólo han de estar debidamente sustentados desde la perspectiva formal. Los

reproches deben ser fundados, esto es, tener aptitud para propiciar la invalidación total o parcial de la sentencia, en el entendido que, de no haberse materializado el yerro, otra habría sido la decisión, o mostrarse idóneos para convocar a la Corte a asumir una postura jurisprudencial unificada alrededor del tema debatido, en cuanto logren evidenciar la violación de una norma sustancial o una garantía procesal.

Si el libelo incumple con las aludidas exigencias formales para estudiarla de fondo o se establece de entrada su falta total de idoneidad de cara a los fines inherentes a la casación, la decisión debe ser la inadmisión.

4.2 Como a continuación se expondrá, la demanda bajo estudio no satisface los requisitos legales y jurisprudenciales para ser admitida: además de que los cargos no son desarrollados con sujeción a las exigencias propias de las causales invocadas, la censura carece de aptitud sustancial.

4.2.1 De acuerdo con el art. 207-1 del CPP, la casación procede cuando la violación de una norma de derecho sustancial proviene, entre otras eventualidades, de errores de hecho o de derecho en la apreciación de determinada prueba. Así, la norma consagra la modalidad de infracción indirecta o mediada de la ley sustancial, por yerros en la construcción de la premisa fáctica del silogismo jurídico.

Los errores de derecho presuponen la violación de una norma probatoria, por la vía de falsos juicios de legalidad o de convicción, mientras las infracciones de hecho implican el desconocimiento de una situación fáctica, producto de la incursión en falsos juicios de existencia, de identidad o falso raciocinio.

El falso juicio de convicción, por cuyo medio el censor formula el primer cargo contra la sentencia de segunda instancia, tiene ocurrencia cuando el juzgador desconoce el valor

prefijado al medio de conocimiento en la ley o la eficacia que ésta le asigna. La admisibilidad de un reproche formulado por esa modalidad de error no solo exige, de cara a la aptitud formal de la censura, señalar las normas procesales que regulan los medios de prueba sobre los cuales se predica el yerro; en lo referente a la idoneidad sustancial, también debe acreditarse cómo se produjo la transgresión y enseñar su incidencia en el sentido del fallo, es decir, evidenciar su trascendencia.

Por su parte, el falso raciocinio, hipótesis a la luz de la cual el demandante presenta los demás cargos contra la sentencia, se configura cuando el Tribunal observa la prueba en su integridad, pero al valorarla desconoce los postulados de la sana crítica, es decir, una concreta ley científica, un principio lógico o una máxima de la experiencia.

La Sala tiene dicho que quien pretenda acreditar su configuración ha de señalar la prueba o inferencia en la cual recayó el error. Posteriormente, debe identificar el principio lógico, la máxima de experiencia o el postulado científico que el juzgador desconoció en el proceso de valoración probatoria, con indicación clara y precisa de las razones por las cuales su aplicación resultaba necesaria para la corrección de la conclusión cuestionada en el caso concreto. Cualquiera de dichas inobservancias, además, debe ser trascendente desde el punto de vista jurídico, esto es, que frente a la valoración conjunta de la prueba realizada por el Tribunal, su exclusión debería conducir a adoptar una decisión sustancialmente diversa a la recurrida.

En tanto referente de valoración probatoria, las reglas de la experiencia no pueden formularse de cualquier manera. La construcción de una máxima fundada en el ordinario devenir de los acontecimientos de la vida en sociedad requiere de una estructura general y abstracta, definida por la Corte en los siguientes términos³:

[L]a experiencia forma conocimiento y los enunciados basados en ésta conllevan

a la generalización, lo cual debe ser expresado en términos racionales para fijar ciertas reglas con pretensión de universalidad, por cuanto comunican determinado grado de validez y facticidad, en un contexto socio histórico específico.

En ese sentido, para que ofrezca fiabilidad una premisa elaborada a partir de un dato o regla de la experiencia ha de ser expuesta, a modo de operador lógico, así: siempre o casi siempre se da A, entonces sucede B.

Bien se ve, por lo tanto, que el punto de partida formal para analizar la incursión en falso raciocinio, por desconocimiento de las máximas de la experiencia, es la formulación de una proposición con estructura de regla, apta para ser aplicada en términos generales y abstractos, con pretensión de universalidad. Sólo a partir de tal referente de valoración es dable verificar si, al analizar el mérito de las pruebas, el razonamiento del juzgador deviene falso.

De otro lado, como lo ha destacado la Sala (CSJ AP 25.03.2015, rad. 45.235), el punto central de la lógica es la corrección del proceso completo del pensamiento. Tal disciplina comprende, entonces, el estudio de los métodos y principios que se usan para distinguir el razonamiento bueno (correcto) del malo (incorrecto)⁴. Los errores de razonamiento, en términos de lógica formal, se denominan falacias o silogismos aparentes o sofísticos, los cuales no implican cualquier yerro en el raciocinio o una idea falsa, sino errores típicos en las relaciones lógicas entre las premisas y la conclusión⁵.

4.2.2 Pues bien, contrastada la censura con las anteriores premisas normativas y jurisprudenciales, aplicables genéricamente a la casación penal y específicamente a la infracción indirecta de la ley sustancial, saltan a la vista múltiples incorrecciones formales tanto en el planteamiento de los cargos como en su sustentación.

En primer lugar, el libelista no desarrolla ningún supuesto constitutivo de falso

juicio de convicción. Desatinadamente, a la hora de sustentar tal reproche, lo que presenta es una serie de cuestionamientos -además, bien subjetivos e inconsultos con la motivación de la sentencia- a los testimonios de María del Carmen Ascanio, Ulises Tamayo, José Alirio Sánchez, María Eugenia Ballena y del Cabo Primero Gutiérrez Salazar, basados en la supuesta insuficiencia de la razón de su dicho. Ello, para nada corresponde a un problema de desconocimiento del valor o de la eficacia legalmente prefijada a las pruebas, lo que descarta de entrada cualquier posibilidad de configurar un falso juicio de convicción.

En segundo término, la censura no acredita ninguna hipótesis con aptitud de constituir un falso raciocinio. De la argumentación expuesta por el demandante no se extrae la formulación, en concreto, de ninguna regla de la experiencia ni principio lógico supuestamente quebrantado por los juzgadores, sino la simple referencia a apreciaciones subjetivas sobre la valoración probatoria efectuada en las instancias. El demandante simplemente discrepa de la lectura probatoria, efectuada por el Tribunal, advirtiendo expresamente que “no la comparte”, al tiempo que ofrece otros puntos de vista valorativos, que desde luego no comportan ninguna eventualidad de falso raciocinio.

De las críticas expuestas por el censor no se extrae la formulación de ninguna regla de la experiencia, principio lógico ni criterio científico supuestamente quebrantado, sino la simple referencia a apreciaciones particulares que, a juicio del libelista, tornan en defectuosa la valoración aplicada por los juzgadores de segunda instancia. Tales asertos apenas constituyen reproches formulados con una laxitud sólo admisible en el curso de las instancias, los cuales distan mucho de los estándares mínimos exigidos para ser estudiados de fondo en casación.

En efecto, no hay lugar a predicar la configuración de errores de hecho constitutivos de violación indirecta de la ley sustancial cuando simplemente se presenta una

apreciación probatoria que no se comparte. La mera disparidad de criterios en ese aspecto no habilita acudir al recurso de casación (CSJ AP 03.12.09, rad. 27.264). Pues la simple oposición de apreciaciones subjetivas contra los razonamientos probatorios efectuados por el juez o la postulación de críticas a la actividad valorativa, formuladas con la amplitud propia del ejercicio de contradicción de las instancias y sin el debido planteamiento técnico, conduce a la inadmisión del recurso de casación.

Por otra parte, la técnica casacional para cuestionar la prueba de indicios exige identificar con precisión en cuál fase de la construcción indiciaria se presenta el supuesto yerro, pues de ello no sólo depende la escogencia de la causal, sino también la adecuación de la sustentación. Al respecto, ha señalado la Corte (CSJ SP 08.08.2000, rad. 15.836):

Como prueba que es, cuando se alegan en casación defectos en su apreciación como fundamento de la violación de la ley sustancial, la vía de ataque debe ser la indirecta y en tal medida es obligación del recurrente señalar el tipo de error en el cual se incurrió, su modalidad y si el mismo se predica del hecho indicador, de la inferencia lógica o de la manera como los indicios se articulan entre sí, es decir su convergencia, concordancia y fuerza de convicción por su análisis conjunto.

Si la equivocación se predica del hecho indicador y se toma en consideración que debe estar demostrado con otro medio de prueba, los errores susceptibles de plantearse son tanto de hecho como de derecho.

De hecho, porque la prueba de la circunstancia conocida pudo haberse supuesto; o porque pudo haberse dejado de apreciar otro medio demostrativo que la neutralizaba o disolvía; o porque se tergiversó su contenido material haciéndola decir algo que no decía; o porque el proceso de valoración que condujo a la afirmación de la premisa a partir de la cual se hará luego la inferencia, se apartó de los principios de la sana crítica.

[...]

Ahora bien, cuando el error se predica de la inferencia lógica, ello supone como condición lógica del cargo, aceptar la validez de la prueba del hecho indicador, ya que si esta es discutida sería un contrasentido plantear al tiempo algún defecto del juicio valorativo en el marco del mismo ataque. Existe la posibilidad no obstante, de refutar el indicio tanto en la prueba del hecho indicador como en la inferencia lógica, sólo que en cargos distintos y de manera subsidiaria.

Bajo tales premisas, como el censor -se reitera- no le atribuye al raciocinio aplicado por el Tribunal el quebrantamiento de ninguna regla de la experiencia ni la inobservancia de algún principio lógico, es claro que los cuestionamientos a las inferencias devienen inadmisibles en casación. Máxime que, como enseguida se pondrá de presente, bajo el pretexto de denunciar una valoración alejada de las reglas de la experiencia, el demandante realmente se queja es de la interpretación errónea de la ley.

De ahí que, en tercer orden, el censor rompe la unidad lógica del reproche al traer a colación discusiones propias de la violación directa de la ley sustancial, cuyos criterios de acreditación transcurren por senderos diversos a los de la violación indirecta por errores de hecho consistentes en falso raciocinio. Sobre este aspecto, partiendo además de una lectura incorrecta de la motivación de la sentencia -como más adelante se expondrá-, el demandante le atribuye a los juzgadores de segunda instancia una equivocada comprensión de las normas aplicables para definir la forma de intervención en la conducta punible, por la vía de la autoría mediata por dominio de la organización. Tal entremezcla de argumentos, desde luego, quebranta los principios de autonomía y claridad.

4.2.3 Adicionalmente, la censura carece de aptitud sustancial para lograr la

infirmación de la sentencia condenatoria. Pues la declaratoria de responsabilidad penal no reposa en la estructura probatoria que el libelista presenta a la Corte, tildándola de ilegal, sino en una realidad fáctica construida con razones diversas. De ahí que, como se verá, la refutación se torna desatinada e insuficiente.

En efecto, según se extracta de la sentencia de segunda instancia⁶, el Tribunal declaró probado que la muerte de Javier Peñuela no aconteció en medio de un enfrentamiento armado entre soldados del Ejército Nacional e integrantes de alguna organización subversiva. El supuesto combate al que aludieron los integrantes del Grupo Esparta, incluido el aquí acusado, es para el ad quem un pretexto para ocultar que el señor Peñuela era un campesino y agricultor de la región sin nexos con el ELN, que fue ejecutado en desarrollo de un plan preconcebido con el fin de ofrecer resultados positivos en la lucha contra la subversión. Para ello, se dice en la sentencia, el señor Peñuela fue retenido previamente por soldados a fin de ser llevado y ejecutado en el sitio donde supuestamente hubo un combate. Y en esa operación, se enfatiza en el fallo, participó ADOLFO ROPERO RANGEL, quien prestó su concurso para ajusticiar a quien sería presentado como un guerrillero dado de baja en combate.

Tales enunciados fácticos se hallan soportados en las siguientes consideraciones probatorias:

En primer lugar, se lee en el fallo, la inexistencia de un combate de encuentro entre los soldados integrantes de la Unidad Especial Esparta 1 y guerrilleros del ELN puede afirmarse, principalmente, a partir de la valoración de las declaraciones rendidas por algunos militares. No sólo encontró el Tribunal múltiples inconsistencias e incoherencias entre las diferentes versiones, sino que los relatos, contrastados con las máximas de la experiencia, fueron estimados inverosímiles.⁷

Al respecto, se reseña en la sentencia, el soldado Humberto Rojas Triana, el subintendente Carlos Forero Medina y el cabo segundo Daniel Ricardo Fernández afirmaron que el convoy fue víctima de un ataque sorpresivo por parte de un grupo de individuos, quienes les dispararon mientras ellos se desplazaban en la madrugada, asalto al cual reaccionaron abriendo línea de fuego. Empero, destacaron los juzgadores ad quem, el acusado aseveró que, mientras estaban descansando, escucharon pasos de personas y les advirtieron que eran del Ejército, momento en el que fueron “levantados a balín”, lo que los obligó a disparar hacia donde se veían los fogonazos.

Junto a esa relevante discordancia, advirtió el Tribunal, concurren otras inconsistencias en relación con las circunstancias de modo en que habrían sucedido los hechos: según relató el soldado Jorge Andrés Restrepo Henao, el enfrentamiento se produjo porque el grupo Esparta 1 montó una emboscada y, al lanzar la proclama de que eran del Ejército, se inició el contacto armado, mientras el cabo Daniel Fernández, sobre ese particular, dijo que la reacción al ataque del que fueron víctimas fue inmediata, por cuanto ni siquiera les dieron tiempo de lanzar la proclama.

A esas incoherencias, añaden los falladores de segunda instancia, debe agregarse que resulta inverosímil pensar que Javier Peñuela atacó a los soldados, por cuanto no existe evidencia de que el fusil encontrado junto a su cadáver hubiera sido disparado, mientras la granada de fragmentación no fue activada. Si realmente, prosiguen, se hubiera presentado una emboscada al convoy militar, es absurdo pensar que aquél no hubiera utilizado el arma ni la granada para atacar a los soldados. Adicionalmente, destacan, en las declaraciones se detectaron más incoherencias en punto de la luminosidad del lugar y la hora en que se habría presentado el combate.

Sobre este último particular, llama la atención el ad quem, sumamente trascendente se ofrece que, de acuerdo con el libro de anotaciones de la Brigada Móvil N° 15, el 30 de

junio de 2007, a las 3:00 a.m., se reportó un combate en la Vereda Tierra Azul, en cuyo desarrollo se dio de baja a un “terrorista” con arma larga. Ello, para el Tribunal, resulta inexplicable si se tiene en cuenta que varios soldados declararon que el enfrentamiento tuvo lugar a las 3:10 a.m., sin que pudiera reportarse una muerte que no se había producido. Además, se lee en la sentencia, mientras algunos soldados dijeron que el cuerpo sin vida de Javier Peñuela se encontró inmediatamente después del fin del combate, el aquí acusado manifestó que el cadáver se halló tan sólo a la 5:30 a.m., pues esperaron a que amaneciera para hacer un registro del lugar.

Aunado a lo anterior, a partir del análisis del protocolo de necropsia, los falladores de segunda instancia descartaron que Javier Peñuela hubiera podido ser dado de baja en situación de combate, como quiera que la trayectoria de entrada y salida de los proyectiles en su cuerpo son incompatibles con una situación que lo ubicara como atacante.

En segundo término, los juzgadores ad quem articularon el hecho de que no existió ningún enfrentamiento armado entre los soldados y supuestos subversivos, con otras circunstancias que les llevó a afirmar la responsabilidad del aquí acusado como coautor impropio del homicidio de Javier Peñuela: a saber, que éste fue previamente retenido y conducido por militares con dirección a Ocaña, así como que en la región se estaban ejecutando operaciones de “falsos positivos”, orientadas por la existencia de una “lista negra” de ciudadanos a ser ejecutados⁸.

Para dar por probados esos hechos, el Tribunal determinó, a la luz de testimonios rendidos por pobladores de la zona, que Javier Peñuela era un campesino que tenía por oficio el de agricultor y jornalero, sin que exista información de inteligencia militar que permitiera señalarlo como subversivo.

Y, acorde con la sentencia, en el aludido listado “de informantes, auxiliares

y miembros de la guerrilla”, que en ese entonces tenían los tenientes al mando de la Unidad Especial Esparta 1, según los testimonios del cabo primero Néstor Guillermo Gutiérrez Salazar -quien se acogió a sentencia anticipada- y de la informante del Ejército María Eugenia Ballena Mejía, se encontraban algunos “falsos positivos”, entre ellos Javier Piñuela (sic). De ahí que se hubiera declarado probado que en esa región existía un plan para llevar a cabo homicidios selectivos de personas sospechosas de tener nexos con la subversión.

Por ello, acorde con la sentencia, es dable afirmar que la muerte del señor Peñuela fue determinada dentro del perverso plan de ejecutar personas extrajudicialmente para hacerlas aparecer como subversivos dados de baja en combate. Y en ese contexto, el fallo da cuenta de otras circunstancias particulares, adicionales al registro del nombre del hoy occiso en la llamada “lista negra”, que así permiten corroborarlo: pobladores de la región -Ulises Tamayo, José Alirio Sánchez y María del Carmen Ascanio-, a quienes les constaba que el Ejército agarraba gente para matarla sin preguntarles nada, aseveraron que el 29 de junio de 2007 Javier Peñuela fue aprehendido por el Ejército como a las 4:00 p.m. y al otro día apareció muerto.

Sin ser suficiente lo anterior, el ad quem trajo a colación que, según las declaraciones de la informante María Eugenia Ballena, dignas de crédito probatorio por su consonancia con las demás pruebas practicadas, en especial con lo relatado por el Cabo Primero Néstor Guillermo Gutiérrez Salazar, éste dijo que habían matado a un guerrillero en Tierra Azul, que había muerto desangrado y “con las tripas por fuera” - situación efectivamente documentada en el acta de levantamiento del cadáver de Javier Peñuela-, pese a que a él le gustaba que murieran instantemente. Dicha testigo, resalta la sentencia, habiendo sido procesada por la muerte del señor Peñuela, admitió en indagatoria que ella contribuyó a la ejecución de aquél, pues el día de la aprehensión ilegal, informó a Gutiérrez Salazar sobre las características de Javier, a fin de que fuera aprehendido.

En tercer orden, la sentencia afirma que a ADOLFO ROPERO RANGEL le asiste responsabilidad penal a título de coautor impropio del delito de homicidio agravado, en la medida en que, el 30 de junio de 2007, participó en una operación que de entrada resultaba delictiva, por cuanto no estaba dirigida a perseguir subversivos del ELN, sino a ejecutar a Javier Peñuela, quien había sido previamente aprehendido ilegalmente, dando apariencia de que fue dado de baja en combate⁹.

Pese a que no existió ningún enfrentamiento armado, se resalta en el fallo, el acusado, como integrante del grupo Esparta, teniendo dominio del hecho, disparó su fusil de dotación en el sector de Tierra Azul, donde perdió la vida Javier Peñuela, quien habiendo sido previamente aprehendido, fue llevado a ese lugar para ser dado de baja. De suerte que, para el Tribunal, ello permite afirmar la efectiva participación de ADOLFO ROPERO RANGEL en la ejecución de un plan criminal preconcebido de ejecuciones extrajudiciales. Máxime que, posteriormente, quiso justificar su actuar explicando falazmente que el deceso del señor Peñuela fue el resultado de un enfrentamiento con subversivos.

Por otra parte, se resalta en la sentencia, el supuesto combate sorpresivo es inexplicable, teniendo en cuenta que las maniobras ofensivas de combate irregular en el área general de la vereda El Páramo del municipio de El Carmen (Norte de Santander), ejecutadas por la Unidad Especial Esparta 1, no se dejaban al azar ni eran improvisadas, sino que solían ser ejecutadas según específicas órdenes de tareas emanadas del Comando de la Brigada Móvil N° 15 de Ocaña, en el marco del plan de operaciones fragmentarias N° 81 “Jilguero 13”. Los hechos se explican, para el ad quem, en la paralela ejecución de un plan criminal de falsos positivos, ejecutado en el contexto de un aparato organizado de poder, en cuyo marco, con división de tareas y concurrencia de aportes, deben responder tanto los gestores como los directos ejecutores o subordinados.

Bien se ve, entonces, que esa estructura probatoria lejos está de ser refutada con

atinencia y suficiencia por el demandante. Si bien en el fallo se aludió a indicios de presencia, de capacidad y oportunidad, a manera de recapitulación del escrutinio probatorio efectuado para declarar la responsabilidad del acusado, la condena de ninguna manera se basa en la simple presencia de aquél en la escena de los hechos como integrante de la Unidad Especial Esparta. No. Pasa por alto el censor que lo probado fue que esta estructura militar, que solía operar con fundamento en información de inteligencia manejada por la Brigada Móvil Nº 15 de Ocaña, no se movilizó para materializar una operación táctica de ataque, sino a fin de ejecutar a un ciudadano previamente aprehendido sin justificación legal e incluido en una “lista negra”, simulando una situación de combate que pudiera justificar el homicidio. También, que a pesar de haberse descartado un enfrentamiento con subversivos, el procesado disparó su arma de dotación, así como que en la actuación se acreditó que la muerte de Javier Peñuela fue una más de las producidas en desarrollo de un perverso plan criminal de falsos positivos.

Salta así a la vista que el juicio de atribución de responsabilidad en contra del procesado, a título de coautor impropio (art. 29 inc. 2º del CP), estuvo precedido de una valoración probatoria sólida, para nada arbitraria. La mención de algunos conceptos desarrollados por la jurisprudencia¹⁰, con ocasión de la doctrina de autoría mediata en aparatos organizados de poder, de ninguna manera constituyó una forma de suplir vacíos probatorios ni mucho menos se utilizó como una regla de experiencia, como lo pretende hacer ver el libelista. El propósito de tal alusión fue precisamente el de mostrar la incorrección de uno de los argumentos expuestos por la defensa -reiterado en la demanda de casación haciendo abstracción de las razones expuestas por el ad quem-, según el cual, en eventos de autoría por dominio de la organización, sólo puede analizarse la responsabilidad de los comandantes y no la de los ejecutores directos.

De otro lado, quien realmente acude a especulaciones para pretender derruir el

mérito probatorio concedido a los testimonios de María del Carmen Ascanio y Ulises Tamayo, quienes presenciaron la retención ilegal del hoy occiso, es el demandante. Pues ninguno de ellos afirmó que hombres armados se llevaron a Javier Peñuela, sino miembros del Ejército. Mientras que los cuestionamientos dirigidos a la valoración de las declaraciones de María Eugenia Ballena y el cabo primero Gutiérrez Salazar, por no haber presenciado quienes aprehendieron al señor Peñuela, es del todo desatinada, ya que el Tribunal expresamente le atribuyó responsabilidad al acusado por haber participado en operación que dio lugar a la muerte de aquél, no en su ilegal retención.

Así, es claro que el censor incumple el deber de desarrollar un ejercicio de deconstrucción idóneo y suficiente de los fundamentos probatorios de la sentencia confutada. Y esa falta de refutación, además de dejar desprovistos de aptitud sustancial a los reclamos, confluye con las incorrecciones formales atrás advertidas. Por ello, es innegable la indebida fundamentación de los cargos, lo que constituye razón suficiente para inadmitirlos.

4.3 Por ende, ante los insalvables defectos de fundamentación que la Corte no puede enmendar por virtud del principio de limitación que gobierna la casación, se inadmitirá la demanda estudiada.

4.4 No obstante, de la revisión de la actuación se advierte la palmaria vulneración del principio de legalidad de la pena, con ocasión de la aplicación indebida del incremento punitivo previsto en el art. 14 de la Ley 890 de 2004. En consecuencia, al amparo del art. 216 del CP, la Sala adoptará los correctivos pertinentes en la individualización de la sanción penal.

Como lo ha clarificado la jurisprudencia¹¹

, el art. 14 de la Ley 890 de 2004 es aplicable exclusivamente en procesos adelantados bajo las ritualidades de la Ley 906 de 2004. Por ello, en el juzgamiento de

casos en distritos judiciales donde, para la fecha de ocurrencia de los hechos, aún no se había implementado el esquema procesal desarrollado por dicha ley, no tiene aplicación el aumento genérico de penas contenido en la Ley 890 de 2004, que fue introducido con el propósito de promover los mecanismos de aceptación unilateral o pre-acordada de cargos.¹² En tales eventos, rigen los extremos punitivos establecidos originalmente en la Ley 599 de 2000.

En el presente caso, adelantado bajo los ritos de la Ley 600 de 2000, por cuanto, para la fecha de ocurrencia de los hechos investigados -30 de junio de 2007-, aún no había entrado en vigencia la Ley 906 de 2004 en el Distrito Judicial de Cúcuta (art. 530 inc. 3º), no podía aplicarse el art. 14 de la Ley 890 de 2004. Sin embargo, a la hora de individualizar la pena por el delito de homicidio agravado, el Tribunal tuvo en cuenta el mencionado aumento de penas y fijó los extremos punitivos entre 400 y 600 meses (33.3 y 50 años) de prisión. Ello obliga, entonces, a redosificar la sanción penal, en los siguientes términos:

a) Fijación de los límites

De conformidad con lo previsto en el art. 104 del CP, los límites punitivos para el homicidio agravado son de 25 a 40 años (300 a 480 meses) de prisión.

b) División en cuartos y selección del segmento punitivo

De acuerdo con los extremos arriba indicados, el ámbito punitivo de movilidad para el homicidio agravado es de 180 meses, que al ser dividido en cuartos, da como resultado 45 meses:

Mínimo

Máximo

Medios

300 m. 345 m. y 1 día 390 m. 435 m. y 1 día 480 m.

Ahora bien, como lo destacó el Tribunal a la luz de los arts. 61 inc. 2º y 55-1 del CP, en tanto únicamente concurren circunstancias de menor punibilidad, la pena ha de imponerse en el cuarto mínimo.

c) Individualización de la pena

Como quiera que, luego de ponderar los factores previstos en el art. 61 inc. 3º ídem, el ad quem incrementó el mínimo de la pena en 20 meses, equivalentes al 40% del monto máximo a aumentar dentro del primer cuarto (50 meses), el mismo juicio de reproche, en lo cuantitativo, se trasladará a los nuevos segmentos punitivos arriba establecidos. Por consiguiente, la sanción penal se incrementará en igual proporción (40%), en relación con el nuevo tope punitivo de movilidad (45 meses). Así, entonces, la Corte incrementará en 18 meses la pena mínima de prisión.

De esta manera, la condena definitiva a imponer al sentenciado será de 318 meses de prisión, mientras que la pena accesorio, por disposición del art. 51 inc. 1º del CP, se mantendrá en 20 años.

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

RESUELVE

INADMITIR la demanda de casación presentada en nombre de ADOLFO ROPERO RANGEL.

CASAR PARCIAL y OFICIOSAMENTE la sentencia del 29 de octubre de 2014, proferida por

la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, en lo concerniente a la determinación de la punibilidad. En consecuencia, CONDENAR a ADOLFO ROPERO RANGEL, como coautor del delito de homicidio agravado, a la pena principal de prisión por 318 meses y a la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años. Las demás determinaciones adoptadas en el fallo impugnado permanecen incólumes.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Por haberse cometido por motivo abyecto o fútil y por haber colocado a la víctima en situación de indefensión o inferioridad.

2 Calificación jurídica que si bien se advierte incorrecta, por cuanto los hechos investigados, en razón del criterio de especialidad, deben adecuarse en el delito de homicidio en persona protegida (art. 135 del CP), no será objeto de cuestionamiento por la Sala en respeto de la prohibición de la reforma en peor (art. 31 inc. 2º de la Constitución). Por una parte, debido a que ello conllevaría a la modificación de la punibilidad en perjuicio del acusado; por otra, dado que las penas previstas para el homicidio agravado (arts. 103 y 104 del CP), en todo caso, constituyen una sanción proporcionada a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos y del derecho penal internacional (arts. 1º de la CADH, 2º inc. 1º del PIDCP y 77-1 lit. (a) del Estatuto de Roma).

3 CSJ SP 07.12.2011, rad. N° 37.667.

4 COPI M., Irving y COHEN, Carl. Introducción a la lógica, 8ª edición, México, Limusa, 1997, pp. 17-19.

5 Al respecto, cfr., entre otros, ídem, pp. 125-126 y KLUG, Ulrich. Lógica Jurídica, Bogotá: Temis, 1990.

6 Cfr. fls. 23-49 del fallo de segunda instancia.

7 Sobre ese particular, cfr. fls. 10-24 de la sentencia de segunda instancia.

8 A ese respecto, cfr. fls. 25-41 ídem.

9 En lo a ello concerniente, cfr. fls. 42-48 de la sentencia.

10 CSJ SP 23.02.2010, rad. 32.805; SP 14.09.2011, rad. 32.000 y SP 15.05.2013, rad. 33.118.

11 Cfr. CSJ SP 21.03.2007, rad. 26.065, criterio que ha sido reiterado en múltiples pronunciamientos, entre ellos, SP 06.09.2007, rad. 27.549 y 06.04.2016, rad. 46.792.

12 Cfr. CSJ SP 27.02.2013, rad. 33.254.