

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

SP151-2014

Radicación 38725

(Acta n°11)

Bogotá D.C., veintidós (22) de enero de dos mil catorce (2014)

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de los procesados ALBEIRO PÉREZ DUQUE y WILSON CASALLAS SUESCÚN contra la sentencia de 25 de octubre de 2011 mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó con modificaciones la de carácter condenatorio que emitió el Juzgado Décimo Penal del Circuito Especializado OIT del mismo Distrito Judicial, en contra del primero, como coautor del concurso de delitos de homicidio en persona protegida, concierto para delinquir agravado, desaparición forzada agravada, tortura en persona protegida, secuestro extorsivo agravado, hurto calificado agravado y cohecho por dar u ofrecer, y en contra del segundo, como coautor de los ilícitos de homicidio en persona protegida, concierto para delinquir agravado y fraude procesal

.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Durante los días 2 y 3 de noviembre de 2003, en la vereda Potosí, corregimiento de Anaime, del municipio de Cajamarca-Tolima, hombres armados portando brazaletes de las Autodefensas aduciendo pertenecer al Bloque Tolima incursionaron en esa región. El primer día, retuvieron a los campesinos Jhon Jairo Iglesias Salazar, su compañera Aracelli Londoño Varona, Ananias Mojica y Jesús Antonio Céspedes Salgado, a quienes, tildándolos de milicianos y colaboradores de la guerrilla, golpearon y torturaron al introducirles la cabeza en una bolsa negra con jabón en polvo.

Al segundo día, los campesinos retenidos y sus captores arribaron al sitio Semillas de Agua. Luego de que éstos revisaran una vivienda se escucharon unos disparos y una explosión, asegurando los uniformados que habían matado a dos guerrilleros. El retenido Jhon Jairo Iglesias pudo ver que uno de los muertos era Camilo Pulido a quien conocía como minero en una vereda cercana.

Las dos personas dadas de baja fueron reportadas por los militares al mando del Capitán del Ejército Nacional JUAN CARLOS RODRÍGUEZ AGUDELO de la Compañía «Búfalo», Batallón Contra guerrilla N° 6 «Pijaos» —adscrito operacionalmente al Batallón de Infantería «Coronel Jaime Rooke» de la Sexta Brigada con sede en Ibagué—, como miembros del Frente 21 de las FARC, informando que no obedecieron la orden de detenerse, por el contrario reaccionaron al dispararle a la tropa y que por eso habían sido abatidos.

Posteriormente, los campesinos retenidos Jhon Jairo Iglesias y Jesús Antonio Céspedes fueron llevados en un vehículo hasta la parcelación La Florida, los separaron para que entraran al monte, tras lo cual se escuchó un disparo. El 17 de enero de 2004, en inmediaciones de esa finca, personal de la Defensa Civil y de Bomberos de Cajamarca encontraron en una fosa el cadáver del último nombrado.

También el 6 de noviembre de 2003 el grupo de uniformados incursionó en la parcela

de Marco Antonio Rodríguez —afiliado al sindicato de San Miguel de Perdomo—, a quien torturaron en presencia de sus hijos y le hurtaron una máquina de coser así como \$2.000.000 de pesos. El cadáver de Rodríguez fue hallado el 11 de noviembre siguiente descuartizado en el sector La Palizada, de la vereda Potosí.

De la misma manera, hacia las seis de la tarde del 6 de noviembre de 2003, cuando esperaba transporte para hacer una remesa de queso, el grupo retuvo a Germán Baquero. Su cadáver fue hallado el 11 de noviembre siguiente.

El 7 de noviembre de la anualidad en cita los camuflados arribaron a la finca de Herminso Aragonés Celis y le hurtaron el ganado, mismo hecho que cometieron en las propiedades de Gladys Gómez y de Ricardo Espejo Galindo —fiscal del sindicato SINTRANGITOL—, a este último lo ataron. Su cadáver fue encontrado en una fosa el 11 de noviembre de 2003.

El ganado que había sido hurtado a Herminso Aragonés y Gladys Gómez fue encontrado el 13 de noviembre de 2003 por la Policía de Carreteras de Quindío en la vía Armenia-Alto de la Línea, sitio Glorieta Versailles del municipio de Calarcá en dos camiones en los que se transportaban el suegro del Capitán RODRÍGUEZ AGUDELO, Comandante de la Compañía «Búfalo» del Batallón Contraguerrilla N° 6 «Pijaos» y el soldado ALBEIRO PÉREZ DUQUE. A los policiales les fue ofrecido dinero a cambio de no judicializar tal hecho.

Tras recibir amenazas para ir hasta Cajamarca a contactar a un comerciante para obtener víveres y negociar un ganado, Jhon Jairo Iglesias aprovechó la oportunidad para fugarse y relatar a las autoridades lo ocurrido, resaltando que los uniformados que lo retuvieron tenían como distintivo el letrero «Contraguerrilla Pijaos».

Días antes, el Ejército Nacional había hecho presencia en la zona al censar a la población pidiendo nombres, números de cédulas de ciudadanía y cantidad de habitantes por casa. Utilizaron a RODRIGO MOLINA, informante, quien vestido con prendas de uso privativo

participó en varias operaciones luego de señalar a residentes como guerrilleros o auxiliares, recibiendo dinero a cambio de ello.

A su turno, medió la Orden de Operación N. 154 "OMEGA", del Batallón de Infantería N. 18, Compañía Jaime Rooke de 27 de Octubre de 2003 en la cual se le asignaba a la Compañía «Búfalo», al mando del Capitán JUAN CARLOS RODRÍGUEZ AGUDELO, efectuar movimiento táctico a pie hasta el área general de Anaime, Palomar, Potosí y Semillas de Agua en jurisdicción del municipio de Cajamarca-Tolima, con el fin de ubicar, capturar y dar de baja a grupos de narcoterroristas.

En la investigación que adelantó la Fiscalía General de la Nación vinculó a través de indagatoria, entre otros, a JUAN CARLOS RODRÍGUEZ AGUDELO, WILSON CASALLAS SUESCÚN y ALBEIRO PÉREZ DUQUE, Capitán, Sargento Segundo y Soldado del Ejército Nacional, en su orden, a quienes les resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, para luego, el 5 de diciembre de 2006 emitir resolución de acusación en contra de RODRÍGUEZ AGUDELO como coautor de los delitos de homicidio múltiple agravado, concierto para cometer homicidio, desaparición forzada agravada, tortura agravada, secuestro extorsivo agravado, hurto calificado agravado, falso testimonio, falsedad ideológica en documento público y fraude procesal. En relación con PÉREZ DUQUE en calidad de coautor de los mismos ilícitos, excepto los de falso testimonio, falsedad ideológica y fraude procesal, pero incluyendo el ilícito de cohecho por dar u ofrecer. Y a CASALLAS SUESCÚN como cómplice de los punibles de homicidio agravado, en tanto coautor de concierto para cometer homicidio y fraude procesal.

En firme la calificación tras su confirmación el 7 de junio de 2007 por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Tolima, la fase del juicio la adelantó inicialmente el Segundo Penal del Circuito Especializado de Ibagué, pero al acreditar la calidad de sindicalistas de algunas de las víctimas, el diligenciamiento prosiguió en el Juzgado

Primero Especializado de Descongestión OIT de Bogotá.

En desarrollo de la audiencia pública por petición de la Fiscalía se varió la calificación jurídica únicamente para los delitos contra el bien jurídico de la vida y la autonomía personal al precisar que se tendría a RODRÍGUEZ AGUDELO y PÉREZ DUQUE como coautores del delito de homicidio en persona protegida y tortura en persona protegida, y CASALLAS SUESCÚN en calidad ya no de cómplice, sino de coautor de los mismos punibles, además del concierto para delinquir agravado y fraude procesal.

Finalmente, el despacho Décimo de la misma categoría y ciudad emitió sentencia el 19 de noviembre de 2010, mediante la cual condenó a los procesados: A JUAN CARLOS RODRÍGUEZ AGUDELO como coautor de los delitos de homicidio en persona protegida, concierto para delinquir agravado, desaparición forzada agravada, tortura en persona protegida, secuestro extorsivo agravado, hurto calificado agravado, falsedad ideológica en documento público, fraude procesal y falso testimonio, a las penas de cuarenta (40) años de prisión, 32.525 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de 20 años.

A ALBEIRO PÉREZ DUQUE en calidad de coautor de los mismos delitos, a excepción de los de falsedad ideológica en documento público, fraude procesal y falso testimonio, pero agregando el cohecho por dar u ofrecer, a las penas de cuarenta (40) años de prisión, multa de 32.187 s.m.l.m.v., e inhabilitación ciudadana por el término de veinte (20) años.

Y a WILSON CASALLAS SUESCÚN como coautor de los delitos de homicidio en persona protegida, concierto para delinquir agravado y fraude procesal, a las penas de cuarenta (40) años de prisión y 10.200 s.m.l.m.v., y la inhabilitación ciudadana también por veinte (20) años. Se le retiró el cargo por tortura en persona protegida por no haber sido considerado en la resolución de acusación.

Todos fueron condenados a pagar de manera solidaria perjuicios en favor de las víctimas o sus herederos.

En virtud del recurso de apelación promovido por los defensores de los tres procesados, así como por el apoderado de la parte civil, el Tribunal Superior de Bogotá a través de sentencia de 25 de octubre de 2011 confirmó la condena, pero acogiendo la petición del representante de los actores civiles, revocó la condena en perjuicios toda vez que la respectivas indemnizaciones estaban siendo perseguidas ante la jurisdicción contencioso administrativa, además, entre otras determinaciones, ordenó que los mandos militares y del Ministerio de Defensa realizaran un acto público pidiendo perdón a la comunidad de Cajamarca ante los hechos ejecutados por miembros de la Fuerza Pública.

La anterior decisión fue impugnada extraordinariamente por los defensores de WILSON CASALLAS SUECÚN y ALBEIRO PÉREZ DUQUE presentando las respectivas demandas de casación que en su oportunidad fueron declaradas ajustadas a los requisitos de forma y sobre las cuales se recibió el concepto de la Procuraduría.

DEMANDAS

En nombre de WILSON CASALLAS SUESCÚN

Al amparo de las causales de casación contempladas

en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000, formula tres cargos; los dos primeros por nulidad y el último por violación directa de la ley sustancial.

Primer cargo: Nulidad por afectación del debido proceso

Solicita declarar la invalidez de la actuación desde la resolución de acusación, toda

vez que su asistido fue llamado a responder como cómplice de los delitos de homicidio agravado, conforme con los artículos 103 y 104 del Código Penal, en relación con la muerte de Camilo Pulido y el sujeto conocido con el Alias «Mauricio», sin embargo, la Fiscalía en desarrollo de la vista pública varió la calificación jurídica al señalarlo como coautor de los delitos de homicidio en persona protegida del artículo 135 del mismo ordenamiento sustantivo.

Para el demandante, tal variación resultó lesiva del debido proceso ante la indebida aplicación de los artículos 2°, 6°, 9°, 17, 24 y 404 de la Ley 600 de 2000; 29 y 135 del Código Penal, así como por la exclusión evidente de los artículos 30, 103 y 104 ídem, 29 y 85 de la [Constitución Política](#).

Aduce que para la época en que se varió la calificación jurídica y cuando fueron emitidas las sentencias de primera y segunda instancia, la interpretación vinculante dada por la Corte Suprema de Justicia requería que mediara prueba sobreviniente so pena de vulnerar las garantías fundamentales, pero aquí la fiscal en la audiencia pública no ofreció motivos claros, ni señaló el elemento probatorio nuevo que sirviera para tal modificación e incluyó otros hechos como la tortura, asunto último que afortunadamente fue corregido en las instancias.

Que al ente acusador le correspondía probar, de una parte, el acuerdo común entre CASALLAS con los otros autores, la división de trabajo, su rol, así como la importancia de su aporte y, de otro lado, que el atentado a la vida fue ocasionado en desarrollo de un conflicto armado y producto directo y necesario del mismo.

Concluye que el contenido de la sentencia es diferente del de la resolución de acusación y como la variación jurídica no se ajustó a los requerimientos legales lo procedente era declarar la nulidad del llamamiento a juicio, pues no se podía emitir condenar por un delito y una forma de coparticipación diferente.

Segundo cargo: Nulidad por violación al debido proceso

Denuncia la falta de motivación de la sentencia en relación con el delito de fraude procesal, porque no se analizaron las pruebas y fundamentos jurídicos para el mismo.

Luego de transcribir apartes de las decisiones y de las razones plasmadas en el recurso de apelación sobre tal tópico, concluye que no se supo cuáles fueron los motivos que tuvieron los juzgadores para declarar la responsabilidad penal de CASALLAS SUESCÚN en el delito en mención.

Que de esa forma, no se dio cumplimiento a los artículos 1°, 6°, 9°, 10°, 13 y 170, numeral 4° de la Ley 600 de 2000; 29, 85, 228 y 229 del texto constitucional, por ello, deprecia la nulidad de los fallos a fin de que sean expuestas las razones de tal condena.

Tercer cargo: Violación directa de la ley sustancial

Denuncia el error en la calificación jurídica por la indebida aplicación de los artículos 1° y 2° de la Ley 600 de 2000, 29 del Código Penal al no reunirse los requisitos de la autoría frente a CASALLAS SUESCÚN, con la consecuente falta de aplicación del 30 del estatuto sustantivo.

Explica que en la investigación su defendido fue tenido como cómplice, incluso en el análisis probatorio en los fallos fue considerado como tal, pero finalmente condenado como coautor, sin explicar los requisitos del acuerdo común, la división de trabajo, ni la importancia del aporte.

Para el demandante, no medió algún acuerdo de su defendido con el Comandante JUAN CARLOS RODRÍGUEZ AGUDELO, éste tuvo el dominio del hecho, y aquél no se encontraba en el lugar de los sucesos, pues por orden de un superior se trasladó al corregimiento

Semillas de Agua y al llegar al sitio ya encontró los cadáveres, sin tener así una intervención directa.

Que tampoco hubo división de trabajo y la responsabilidad es exclusiva de RODRÍGUEZ AGUDELO, ni menos puede deducirse el aporte, porque nunca lo hizo ni en la fase previa, ni en la ejecutiva, de ahí que deba condenársele en calidad de cómplice del delito de homicidio en persona protegida, sentido en el cual solicita la emisión de fallo de reemplazo una vez sea casada la decisión de segundo grado.

Demanda en nombre de ALBEIRO PÉREZ DUQUE

Postula dos cargos: el primero por nulidad y el segundo por violación indirecta de la ley sustancial.

Primer cargo: Nulidad por falta de competencia

Bajo la premisa relacionada con que los jueces de descongestión OIT son una jurisdicción especial de creación ilegal, denuncia la infracción del principio de juez natural, al carecer de competencia los juzgadores de primera y segunda instancia.

Expone que después de surtirse la audiencia preparatoria en el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Ibagué, en virtud del Acuerdo PS AAP4443 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fue enviado el expediente a los Juzgados Especializados de Descongestión OIT con sede en Bogotá.

Y que si bien el Consejo Superior de la Judicatura emitió el acuerdo 4082 del 22 de junio de 2007 para que los juzgados de descongestión conocieran de los procesos penales relacionados con homicidios y otros actos de violencia contra dirigentes sindicales y sindicalistas, aparentemente buscaba una descongestión judicial, pero en realidad creó una jurisdicción especial.

Por lo anterior, asegura que se le dio apariencia de legalidad a su creación, cuando en verdad violentó los principios de juez natural, legalidad y debido proceso al desconocer el factor territorial y el principio de inmodificabilidad (perpetuatio jurisdictionis).

De otra parte, expone que había una apariencia de sindicalistas de las víctimas ya que las FARC habían creado una asociación sindical con el nombre de SINTRAAGRITOL afiliada a FENSUAGRO la cual carnetizaba a los milicianos para mostrarlos como sindicalistas, tal y como lo declaró Raúl Agudelo Medina, alias «Olivo Saldaña», guerrillero reinsertado, hecho que no mereció alguna credibilidad para el Tribunal.

Que incluso los procesados fueron juzgados no sólo por los delitos de homicidio en persona protegida, sino que los falladores se abrogaron competencia para los ilícitos de concierto para delinquir agravado, secuestro extorsivo agravado y otros homicidio de víctimas que no ostentan calidad de sindicalistas, así como por hurto calificado y agravado o cohecho por dar u ofrecer, deslindando de manera objetiva las facultades concedidas en el referido Acuerdo que dio lugar a su creación.

Por ende, solicita la nulidad a partir de la audiencia preparatoria.

Segundo cargo: Violación indirecta de la ley sustancial

Pregona la infracción de los artículos 9°, 32, numerales 3° y 6° del Código Penal, ante la aplicación indebida de los artículos 135, 340, 342, 166, 169, 249 y 407 del mismo ordenamiento, resultando inaplicable el 232 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que las pruebas no arrojaban certeza de la responsabilidad de su defendido.

Señala que la autoría fue deducida al considerar a PÉREZ DUQUE como hombre de confianza de su superior, Capitán RODRÍGUEZ AGUDELO, en una generalización insoportable, pues el sistema penal prohíbe la responsabilidad grupal u organizacional,

dándole un alcance diferente a las pruebas, ya que de las mismas no se puede afirmar que haya realizado materialmente las conductas o que hubo un acuerdo con alguno de los ejecutores materiales, ni que haya determinado a otros para hacerlo.

Por lo tanto, solicita a la Corte casar la sentencia y emitir decisión de reemplazo de carácter absolutorio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal sugiere a la Corte casar de manera parcial el fallo únicamente por el segundo cargo formulado por el defensor WILSON CASALLAS SUESCÚN, en lo que respecta a la falta de motivación de la condena por el delito de fraude procesal.

Demanda en nombre de WILSON CASALLAS SUESCÚN

Primer cargo: Nulidad por violación del debido proceso

Estima que la censura basada en la indebida variación de la calificación jurídica no debe prosperar.

Luego de destacar las incidencias de la audiencia pública en la cual se dio aplicación al artículo 404 de la Ley 600 de 2000, así como de transcribir las manifestaciones de la representante de la Fiscalía y de un escrito que aportó al respecto, asevera que fueron explicados los motivos de la modificación con un análisis del tipo penal de homicidio en persona protegida, de la cual se le dio traslado a las partes para luego ser acogida por el juez de instancia al considerar que resultaba procedente dada la calidad de las víctimas y el grado de participación de CASALLAS SUESCÚN.

Y en cuanto al reparo por no estar soportada tal variación en prueba nueva, hace énfasis

en que a partir del 3 de marzo del año 2008 y hasta el 20 de agosto del año 2009 en desarrollo de la audiencia pública fueron recibidos múltiples testimonios, los cuales pusieron en evidencia el conflicto armado por la presencia de subversivos de las FAR en el norte del Huila al sur del Tolima y también el accionar de grupos armados de carácter paramilitar, frente a las víctimas de la población civil.

Del mismo modo, asevera que el derecho de contradicción fue respetado en todo momento, pues en la audiencia pública los demás sujetos procesales tuvieron la oportunidad de expresar su opinión y oponerse, como lo hizo el apoderado de PÉREZ DUQUE, o solicitar la suspensión de la diligencia, como ocurrió con los defensores de CASALLAS y RODRÍGUEZ.

Así mismo, que dado el compromiso directo de WILSON CASALLAS SUESCÚN su responsabilidad debía variarse de cómplice a coautor.

Enfatiza la Delegada que el procedimiento desplegado en la variación de la calificación estuvo ajustado a los parámetros legales, sin que de alguna manera se haya mutado lo fáctico, solamente lo jurídico.

Segundo cargo: Nulidad por falta de motivación de la sentencia

En este reparo le halla razón al demandante cuando sostiene que no hubo motivación en la sentencia de primera instancia que determinara el comportamiento típico, antijurídico y culpable del procesado WILSON CASALLAS SUESCÚN, en lo que tiene que ver el delito de fraude procesal.

Que si bien la materialidad del ilícito se basó en la elaboración del informe de 3 de noviembre de 2003 por parte del Capitán JUAN CARLOS RODRÍGUEZ AGUDELO en su condición de Comandante de la Compañía «Búfalo» dirigido al Comandante del Batallón Contraguerrilla No. 6 «Pijaos», en el que dio a conocer los detalles de un ataque de la

guerrilla en respuesta del cual fueron dados de baja dos supuestos subversivos, cuando tales hechos no correspondían a la verdad, no se especificó la participación de WILSON CASALLAS SUESCÚN, quien simplemente es mencionado como uno de los militares que recibió felicitación y reconocimiento en su hoja de vida por aquella acción.

En ese orden, al considerar que del texto de la sentencia no se puede extraer la atribución o reproche por este comportamiento concreto, sugiere a la Sala casar parcialmente la sentencia y redosificar la pena tras la supresión del delito de fraude procesal por el que fue condenado el aludido procesado.

Tercer cargo: Violación directa de la ley sustancial

En criterio de la representante del Ministerio Público el reparo basado en que no fueron explicados los elementos de la coautoría no tiene vocación de éxito, porque respecto de los homicidios de Camilo Pulido y un sujeto individualizado con el alias de «Mauricio», claramente en la sentencia se señaló que John Jairo Iglesias Salazar, campesino y aparcero de la finca conocida como La Florida, denunció el secuestro por parte de un grupo armado que se hacía denominar «Bloque Tolima» a quienes escuchó decir que había llegado la guerrilla, realizaron varios disparos de fusil y un mortero, afirmando luego que habían matado dos guerrilleros, pero él se pudo dar cuenta que uno de los cadáveres pertenecía a Camilo Pulido, minero de la región, enfatizando que el deponente refería que los uniformados hablaban por radio con otras personas para que no les fueran a disparar, estableciéndose que tales comunicaciones eran con WILSON CASALLAS SUESCÚN, quien portaba el radio.

Señala que Pedro Pablo Pulido, padre del occiso, afirmó que sus hijas María y Nancy fueron testigos de los acontecimientos pues los agresores las hicieron entrar a la casa de la reserva y luego de los disparos vieron a su hermano sin vida junto con un sujeto uniformado, en tanto que María Nancy Pulido dijo estar segura que a su hermano y al

sujeto «Mauricio» les dieron muerte miembros del Ejército que se encontraban en Semillas de Agua, en tanto que Luz Marina Pulido sostuvo que no hubo algún enfrentamiento armado.

Pero además, se pudo establecer que las víctimas aparecían mencionadas en un informe de inteligencia del Ejército como colaboradoras de la guerrilla por manera que a partir de este documento fueron seleccionadas e individualizadas para cumplir con ese propósito común de neutralizar grupos subversivos.

Para la Delegada, en la sentencia de manera clara y coherente se estableció la responsabilidad del procesado en calidad de coautor en tanto no sólo era conocedor de los pormenores a través de los cuales los grupos ilegales afectaron el derecho a la vida de miembros de la población civil, sino que detentando las comunicaciones y el mando sobre la patrulla, coordinaba a través de la radio el desplazamiento de la agrupación armada.

Demanda a nombre de Albeiro Pérez Duque

Primer cargo: Nulidad por falta de competencia

No ve irregularidad al haber sido asignado el diligenciamiento a los jueces penales del circuito especializados OIT, facultados para conocer de homicidios y actos de violencia contra dirigentes sindicales.

Explica que la competencia la asumió en principio el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Ibagué en consideración a que una de las víctimas de nombre Ricardo Espejo Galindo cuya muerte acaeció el día 6 de noviembre del año 2003 en la vereda Potosí, detentaba la condición de líder sindical con el cargo de Fiscal del Sindicato de Trabajadores Agrícolas del Tolima — SINTRAAGRITOL—, y posteriormente, en cumplimiento a lo establecido en el Acuerdo

4443 del 28 de enero de 2008, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el expediente fue reasignado al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Descongestión (OIT) de Bogotá, el cual mantuvo conocimiento de la causa hasta el 15 de julio del año 2008 fecha en que fue reasignado al Juzgado Décimo de igual categoría de descongestión y de la misma ciudad que culminó la actuación correspondiente a la primera instancia.

Subraya que al ostentar al menos una de las víctimas la condición de miembro de organizaciones sindicales, los demás delitos conexos podían investigarse bajo la misma cuerda procesal, sin implicar la violación de garantías de defensa, debido proceso o juez natural.

Y referente a la afirmación del demandante en el sentido de que también fueron indebidamente condenados los procesados por delitos que no tenían relación con la competencia de los juzgados OIT, aduce la Agente del Ministerio Público que de acuerdo con las reglas de la unidad procesal, es dable la inclusión de conductas conexas, y que eventualmente sólo generaría nulidad el trámite conjunto si se han violado reglas especiales de fuero, situación que no se dio en este caso.

Segundo cargo: Violación indirecta de la ley sustancial

La Delegada tampoco encuentra viable la censura en la cual el demandante anhela la exoneración de responsabilidad penal para ALBEIRO PÉREZ DUQUE, porque la misma le fue declarada con ocasión de las operaciones del Ejército en el corregimiento de Anaime, vereda Potosí y los territorios de Palomar y Semillas de Agua dentro de las operaciones adelantadas por la Compañía «Búfalo» al mando del Capitán JUAN CARLOS RODRÍGUEZ AGUDELO.

Aduce que el demandante no se ocupó de atacar múltiples medios probatorios que dan cuenta del iter criminis de los uniformados y que se limitó a transcribir tan

solo un aparte de la providencia, desdeñando su integridad y su confrontación con el fallo de segundo grado, que constituyen una unidad inescindible, lo que deja sin demostración el cargo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Demanda en nombre de WILSON CASALLAS SUESCÚN

Primer cargo: Nulidad por violación al debido proceso

El defensor solicita la invalidez procesal por haberse variado indebidamente la calificación jurídica, pues en su parecer no se ajustó a los requisitos legales.

Conforme con las previsiones de los numerales 1° y 3° del artículo 398 del Código de Procedimiento Penal de la Ley 600 de 2000 —que rituó este asunto—, en la resolución de acusación la imputación no sólo ha de ser fáctica, sino también jurídica, lo que impone detallar la conducta con todas sus circunstancias a fin de que de esa manera se refleje en la sentencia.

Ese acto de calificación sumarial se constituye en el marco conceptual, fáctico y jurídico de la pretensión punitiva del Estado sobre el cual se soportará el juicio y el fallo, garantía que irradia al derecho de defensa ya que el procesado no podrá ser sorprendido con imputaciones que no haya tenido la ocasión de conocer y menos de controvertir, conservándose así la unidad lógica y jurídica del proceso.

Esa es la razón por la cual al juez le está vedado introducir hechos nuevos, suprimir atenuantes reconocidas, adicionar agravantes, mutar la especie delictiva cuando con tales acciones le hace más gravosa la situación al sujeto pasivo de la acción judicial penal.

No obstante, el artículo 404 del mismo estatuto prevé que en la fase del juicio pueda ajustarse la adecuación típica, procedimiento que puede darse a iniciativa del funcionario acusador o por petición o insinuación del juzgador, siempre preservando las garantías del procesado a fin de que cuente con la oportunidad para controvertir la acusación, incorporar nuevos elementos de juicio o suspender el proceso para analizar esa nueva imputación.

Acerca de la aludida normativa la Sala ha enfatizado en los aspectos que se deben observar para variar la calificación jurídica provisional cuando se advierte error por parte del funcionario acusador al valorar los elementos de convicción o en la selección del precepto que regula el comportamiento investigado, o cuando por prueba sobreviniente se altera un elemento estructural del tipo, la forma de coparticipación o imputación subjetiva, o algún evento configurador de circunstancias que modifiquen los límites punitivos que hagan más gravosa la situación jurídica del enjuiciado.

En decisión (CSJ AP, 14 feb. 2002, Rad. 18457), se precisaron los aspectos que se deben observar a fin de que no se pase por alto ese instituto procesal que permite ajustar la acusación a sus precisos términos, pues puede conllevar la afectación del principio de congruencia que debe guardar la sentencia con los cargos de la resolución de acusación.

También puede constituir un desafuero procesal que se refleja en la afectación del derecho de defensa al no contar con la oportunidad para controvertir la acusación, incorporar nuevos elementos de juicio o suspender el proceso para analizar la nueva imputación.

Luego, en providencia (CSJ AP, 23 abril 2008, Rad. 29339), la Corporación replanteó la interpretación que se venía haciendo del artículo 404 de la Ley 600 de 2000 al disponer que:

...para las variaciones agravadas de calificación referidas a un elemento básico estructural del tipo, forma de coparticipación o imputación subjetiva, reconocimiento de una agravante y la variación de desconocimiento de una atenuante se pueden efectuar sólo mediante el presupuesto de 'prueba sobreviniente', requerimiento de procedibilidad y probatorio que la disposición en cita de igual establece tienen cabida tras la conclusión de la práctica de pruebas».

Al admitirse que la variación de la calificación pueda efectuarse de igual con 'pruebas antecedentes' requisito de procedibilidad no consagrado de manera expresa en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, de alguna manera se permite sin fundamento legal para el caso de debido proceso instrumental con incidencias sustanciales que la Fiscalía en la etapa del juicio pueda llegar a efectuar enmendaciones oficiosas a la calificación provisional dada en la resolución de acusación, bajo el solo predicado de la palabra de haber omitido valorar pruebas consideradas como 'antecedentes', facultades oficiosas que por vía jurisprudencial no son dables otorgar a un sujeto procesal no obstante que éste se predique como el titular de la acusación y que como tal, sólo puede proceder conforme a las 'formas propias del juicio a variar la calificación, no bajo el argumento de la enmendación o del olvido valorativo de una 'prueba antecedente', sino bajo el presupuesto normativo y de debido proceso penal instrumental de incidencia sustancial de la prueba sobreviniente.

En este orden, modificó la línea jurisprudencial que permitía la variación de la calificación no sólo por prueba sobreviniente, sino también mediante prueba antecedente, esto es la realizada con otra mirada o apreciación probatoria, al precisar que las variaciones de agravación, diferentes a la errónea calificación que hacen relación

al nomen iuris, sólo son procedentes en la medida en que se dé el presupuesto fáctico de prueba novedosa surtida en la fase del juicio,

Sin embargo, (CSJ. SP, 8 nov. 2011, Rad. 34495), la Sala retornó a la inicial postura en el sentido que la variación de la calificación jurídica provisional es procedente con apoyo en prueba sobreviniente y antecedente cuando quiera que medie un error en la imputación jurídica.

Así, tal procedimiento especial de mutación de la calificación jurídica puede darse cuando media error en la calificación jurídica por una indebida selección del precepto que regula el comportamiento investigado y que lleva a tomar un nomen juris diferente al que en verdad se adecua a la conducta, o por el desatino en la valoración de los elementos de convicción.

Nótese que la postura que hoy se revalúa solo apunta a la acreditación de la segunda de las causales, esta es, la existencia de prueba sobreviniente, que ciertamente no se discute, pero no explica el supuesto relativo a la verificación de un error en la calificación jurídica, el que se insiste, puede ocurrir, porque se interpreta o selecciona mal la norma llamada a regular el asunto o, como sucede en el caso que nos ocupa, como consecuencia de un examen desafortunado de las pruebas que sirvieron de soporte al pliego de cargos.

Teniendo en cuenta que el acto de acusación es complejo por cuanto se completa con la modificación de la imputación introducida en el juicio –cuando la hay-, no cabría ninguna limitación a la modificación de la calificación jurídica sustentada en prueba antecedente, siempre y cuando se acredite la producción de un error en dicha imputación y se respete el núcleo básico de la de carácter fáctico, con todas sus circunstancias modales.

Esta interpretación satisface tanto el principio de legalidad como el de consonancia, pues a más que se soporta en los presupuestos normativos del instituto procesal, garantiza

el ejercicio del derecho a la defensa en su componente de contradicción porque mientras no se altere la descripción de los supuestos de hecho objeto de investigación y juzgamiento, la defensa técnica y material mantiene incólume sus garantías esenciales, en tanto goza de la oportunidad de contravenir el señalamiento específico realizado por la fiscalía.

En este caso, la variación de la calificación jurídica se dio el 7 y 22 de septiembre de 2009 en desarrollo de la audiencia pública de juzgamiento, una vez finalizada la práctica probatoria cuando la representante de la Fiscalía modificó los delitos de homicidio y tortura, catalogados antes como agravados, al tenerlos ahora en persona protegida, además, modificó el grado de participación de WILSON CASALLAS SUESCÚN al ubicarlo ya no de manera accesoria como cómplice, sino principal, en calidad de coautor.

Y si bien el defensor hace ver que para el momento en que se dio ese cambio imperaba la tesis jurisprudencial según la cual tal procedimiento sólo era viable cuando mediara prueba nueva, ello se soportó en prueba sobreviniente aportada al juicio que indicaba la relación de los delitos con el conflicto armado interno. En palabras de la representante de la Fiscalía:

...si hago esta aclaración en cuanto al homicidio en personas protegida es precisamente la manera como se desarrollan los hechos y debo hacerlo porque el delito fue cometido fuera de combate al margen de las hostilidades lo cual estas víctimas pueden ser consideradas como personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario, y si lo hago con respecto al homicidio debo igualmente con respecto al delito de tortura, también respecto a ello el delito de tortura sería con persona protegida por cuanto igualmente fue dentro de este mismo conflicto armado y también quisiera aclarar será —sic—, juez que con respecto a los delitos antes referidos y teniendo en cuenta pues las circunstancias a que hago referencia debo decir que es concurso con

otras conductas punibles como se estableció en la resolución de acusación es decir que deben responder igualmente por homicidio en persona protegida en concurso con tortura en persona protegida, en concurso con concierto para delinquir, desaparición forzada de personas agravado, el delito de hurto calificado agravado, falso testimonio, falsedad ideológica en documento público y fraude procesal, esta calificación debe ser como coautores responsables de estas conductas punibles.

Seguidamente se dio traslado a las partes; el defensor de JUAN CARLOS RODRÍGUEZ AGUDELO solicitó la suspensión de la diligencia para analizar tal modificación, en tanto que el apoderado de ALBEIRO PÉREZ DUQUE dijo no estar de acuerdo con la misma y que oportunamente demostraría la inocencia de su defendido, por su parte, el abogado de WILSON CASALLAS SUESCÚN instó también por la suspensión del acto, fijándose como nueva fecha el 22 de septiembre siguiente.

En el día señalado, la Fiscalía precisó que la modificación se basaba ante el hecho evidente de la presencia de la Compañía «Búfalo» de la Sexta Brigada del Ejército Nacional con sede en Ibagué, al mando del Capitán JUAN CARLOS RODRÍGUEZ en la zona Cañón de Anaime, cumpliendo con la «Operación 154 Omega» ordenada por el Comandante del Batallón Jaime Rook.

A su turno, precisó que WILSON CASALLAS SUESCÚN acusado como cómplice de los punibles contra el bien jurídico de la vida en relación con los hechos del día 3 de noviembre del año 2003, en el sitio Semillas de Agua, respecto de la muerte de alias «Mauricio» y del civil Camilo Pulido, debía tenersele como coautor en cuanto se descartaba que tales hechos hubieran acaecidos en combate.

Por ello el juzgado concluyó que:

Al tenor de lo anterior, se debe tener en cuenta que durante la etapa de juicio se practicaron varios testimonios de diferentes actores del conflicto armado que existe en

nuestro país, así como a miembros de la Fuerzas Militares, garantes del orden público, de la seguridad interior y exterior de la república y de nuestra sociedad; lo que arrojó como resultado la mezcla de fuerzas contrarias con el fin de obtener un único resultado 'bajas decisivas.

Sin embargo durante dicho instigamiento perecieron civiles y un miembro de la guerrilla, sin atender las directrices de la guerra, sin embargo tal devenir de los hechos no podía continuar a condición de tratarse de un mero ataque contra la vida e integridad personal de los ciudadanos del territorio nacional, sino más allá de ello, y es por eso que la Fiscalía General de la Nación, a través de su Delegada, propuso la variación de los cargos a conductas pertenecientes al capítulo de los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario.

De suerte que frente a la legalidad del procedimiento efectuado por la Fiscalía durante el juicio y teniendo en cuenta que se derivó de las varias pruebas sobrevivientes recaudadas, este Despacho considera que dicho proceder por parte del acusador y su calificación jurídica se adecúa a los lineamientos legales y jurisprudenciales vigentes, los cuales fueron traídos a colación al inicio de este tópico.

En consecuencia, por el principio de congruencia, deberá gravitar la acusación entre la variación de la calificación efectuada en sesión del 7 de septiembre de la calenda que avanza, respecto de los delitos y formas participación modificadas y el presente fallo que se dicta.

Consideración que reiteró el juzgador en la sentencia de primer grado de 19 de noviembre de 2010.

De pareja manera, el Tribunal luego de señalar que se había acreditado que los delitos fueron cometidos fuera de combate y al margen de las hostilidades, razón por la cual las víctimas debían ser catalogadas como personas protegidas por el Derecho Internacional

Humanitario, encontró que la variación jurídica provisional se había ajustado a los requerimientos del artículo 404 del Código de Procedimiento Penal de 2000:

En el caso se pudo verificar que las partes no fueron sorprendidas con hechos nuevos, pues fueron las pruebas nuevas que se practicaron en juicio, como las declaraciones de los paramilitares del Bloque Tolima que se hicieron responsables de lo sucedido en el cañón de Anaime, y la rendida por el exguerrillero de las FARC alias Olivo Saldaña, las que llevaron a la Fiscalía a variar la calificación luego de determinar que los hechos se cometieron contra la población civil y de un insurgente que no estaba en combate con ocasión del conflicto armado Colombiano, lo que genera la aplicación de las normas del DIH.

Así las cosas, es evidente que el núcleo de los hechos no sufrió alguna modificación, y que pruebas practicadas en el juicio llevaron al cambio cuando se consideró que los delitos de homicidio debían ser considerados en persona protegida, máxime si se tiene en cuenta que, conforme lo precisó la Corte Constitucional (25 abril 2007 C-291), cuando confrontó, entre otras disposiciones, el artículo 135 del Código Penal con el texto superior, para que los hechos queden cobijados bajo el Derecho Internacional Humanitario, es necesario que guarde una relación cercana y suficiente con el desarrollo del conflicto, situación que motivó la aludida variación de la calificación.

Por lo tanto, el reproche no está llamado a prosperar.

Segundo cargo: Nulidad por violación al debido proceso

Tampoco tiene vocación de éxito la censura basada en la falta de motivación de la sentencia en relación con el delito de fraude procesal, porque es evidente que desde el fallo de primer grado se precisaron los hechos que relacionaban a CASALLAS SUESCÚN con ese delito contra el bien jurídico de la eficaz y recta impartición de justicia.

La Sala insiste en que es deber del funcionario judicial explicar el sentido de su decisión, argumentación que se constituye en base fundamental del debido proceso, porque además de ofrecer seguridad y certeza jurídica de lo resuelto, permite la confrontación dialéctica mediante el ejercicio del derecho de impugnación, garantía propia del debido proceso.

Como lo anota el tratadista AARNIO AULIS:

... el decisor ya no puede apoyarse, en una mera autoridad formal. En una sociedad moderna, la gente exige no sólo decisiones dotadas de autoridad sino que pide razones. Esto vale también para la administración de justicia. La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones. La base para el uso del poder por parte del juez reside en la aceptabilidad de sus decisiones y no en la posición formal de poder que pueda tener. En este sentido, la responsabilidad de ofrecer justificación es, específicamente, una responsabilidad de maximizar el control público de la decisión. Así pues, la presentación de la justificación es siempre también un medio para asegurar, sobre una base racional, la existencia de la certeza jurídica en la sociedad.²

Sobre el particular la Corporación ha identificado cuatro eventos que implican la falta de motivación de la sentencia, tres son errores in procedendo generadores de nulidad (causal tercera Ley 600 de 2000): i) ausencia absoluta de motivación, ii) incompleta o deficiente, y, iii) ambivalente o dilógica. El cuarto caso, es la motivación falsa, y es un vicio in iudicando, (causal primera ibídem).

En este caso, el demandante aduce que no supo los motivos por los cuales se tuvo a su asistido como coautor del delito de fraude procesal, pero contrario a tal postura —la cual es avalada por la Procuradora Delegada en su concepto al indicar que sólo fue nombrado como uno de los militares que recibió felicitación por esa acción—,

desde el fallo de primer grado se precisaron los hechos que daban lugar a ese ilícito y el grado de compromiso del Sargento Segundo CASALLAS SUESCÚN cuando se subrayó el informe de 3 de Noviembre de 2003 del Comandante de la Compañía «Búfalo» BCG6, Capitán JUAN CARLOS RODRÍGUEZ AGUDELO, en el cual daba cuenta que ese día al obtener información del movimiento de integrantes de las FARC que se abastecerían en el sitio Semillas de Agua, se planeó la maniobra de nombre «Relámpago», para capturar y/o dar de baja a los subversivos, por ello, se alistó el 4° destacamento de la Compañía al mando del Sargento Segundo WILSON CASALLAS SUESCUN quien inició desplazamiento a las 4:30 de la mañana, observando entre 7 a 15 hombres vestidos con «uniformes de camuflado de policías» y de civil, con armas de largo alcance (fusiles), quienes, al oír la orden de detenerse, abrieron fuego contra la tropa, la cual reaccionó inmediatamente, resultando,

un terrorista muerto vestido de civil y a su lado una pistola Browin, así como un caballo muerto; más adelante es hallado otro cadáver de un hombre vestido de camuflado con chaleco para portar proveedores, un culatín de 7.62, una pistola marca Ruger 9 mm, procediéndose con los cuerpos sin vida a recogerlos y transportarlos a un lugar seguro ya que por inteligencia técnica, al parecer, se estaban reorganizando los delincuentes para tratar de golpear las tropas. Personal distinguido: SS CASALLAS SUESCUN WILSON, CP BLANCO ESTEBAN FRANCISCO, C3 ÁNGEL GONZÁLEZ ÓSCAR, SLP RODRÍGUEZ BERMUDEZ ALEPIFEN, SLP WECHE PÉREZ MARCO y SLP MARÍN MALATESTA GILBERTO. Resultados: dos terroristas dados de baja, uno en camuflado y el otro de civil, una pistola Browin No. 245N26805, un proveedor, 6 municiones calibre 9mm, una pistola Ruger No.30532710, un proveedor, 10 municiones calibre 9mm, 2 proveedores calibre .62 y 40 municiones del mismo calibre, dos (IOC), un culatín de fusil galil 762, un chaleco multiuso, y una carta para inteligencia, adjunta mapa de la operación.

Además de lo anterior, se analizó el informe de 3 de Noviembre de 2003 suscrito por

el Sargento Segundo WILSON CASALLAS SUESCÚN, por medio del cual hizo entrega de un material decomisado en la operación: una boina verde, 3 uniformes de policía, una guerrera de policía, una reata, una cantimplora con estuche, un rollo de gasa, dos pares de botas, un equipo de campaña, dos bolsos civiles, 20 revistas de propaganda alusiva a las FARC, un botiquín; material de guerra: 948 municiones 5'56, 243 municiones 7'62, 4 municiones M4, una granada de mano pina, una granada de mortero 81 mm, un multiproyectil No. 33, 4 proveedores 7.62, un proveedor 6-3, una pistola 9 mm marca Ruger N 3053277 una pistola marca Browin Nº 245N26805, 11 municiones 9 mm, un radio Kenwood, una antena del radio, un radio Yaesu, una batería de radio Yaesu, 2 proveedores, un «culatín» de fusil 7.62mm, un rollo de mecha lenta y otro de cordón detonante, 36 estopines, 10 estopines armados, una parte guardamano fusil, y una billetera.

Así como también el oficio de 4 de Noviembre de la anualidad en cita del Batallón de Contraguerrilla N.6 «Pijaos» firmado por Néstor Guillermo Rosero, Jefe de Personal, en el que hace entrega de la evidencia a la Fiscalía, como los documentos encontrados a alias «Mauricio», uno de los occisos en la Vereda Siberia.

Incluso se consideraron las fotografías de los resultados de la aludida «Operación OMEGA» relacionadas con las muertes de Camilo Pulido y alias «Mauricio» bajo el cargo de ser guerrilleros muertos en combate, así como del material de guerra encontrado.

Cumplido lo anterior, se detalló que a CASALLAS SUESCÚN se le había llamado a responder en juicio en calidad de autor del delito de fraude procesal en la medida que facilitó su nombre como destacado y comandante en la maniobra adelantada en el sitio Semillas de Agua, e indujo en error al Juez Penal Militar que legalizó los decesos, una vez se establecido que no medió un combate para «dar de baja» a las personas mencionadas.

Para la Corte es claro que en los fallos se insistió en que los aludidos informes denotaban

aspectos que no correspondían a la verdad y que con ese actuar el procesado había incumplido sus deberes funcionales al engañar al funcionario judicial para que legalizara el accionar de la tropa.

El Tribunal al responder los argumentos de la defensa de CASALLAS acerca de este ilícito destacó lo manifestado por éste en su indagatoria cuando en principio se mostró ajeno a los hechos al decir que estaba en el sector de Anaime prestando seguridad al Gobernador y que el Capitán RODRÍGUEZ le había dado la orden de desplazarse al sector de Semillas de Agua, habiéndole sido entregados dos subversivos y material de guerra, pero posteriormente aseverar que al llegar al sitio los empezaron a hostigar, hubo un enfrentamiento y cruce de disparos por lapso de cinco minutos y tras el registro encontraron dos subversivos dados de baja y material de guerra e intendencia, relato éste que también plasmó en su informe para hacer creer que las muertes habían sido producto de un combate.

Esto fue lo que se escribió en el informe falso. Además se tiene como medio de convicción que una vez cometidos los crímenes, ese mismo 3 de noviembre de 2003, el sub-oficial del Ejército suscribió acta de entrega del material de guerra y de intendencia incautado a los supuestos guerrilleros dados de baja, lo cual confirma su participación en los hechos investigados y aleja la tesis de que no tuvo que ver con los informes falsos que presentaron para legalizar sus ilícitos.

También se destacó la declaración de RODRÍGUEZ AGUDELO cuando precisó que, fue CASALLAS quien le hizo creer que el combate en Semillas de Agua realmente se había presentado y que por eso él había elaborado el informe que generó felicitaciones en sus hojas de vida por los resultados de esa operación, induciendo en error a sus superiores y a los investigadores tanto de la Justicia Penal Militar como a los de esta causa, con miras a legalizar las bajas que fueron presentadas ante la Nación

como guerrilleros dados de baja en combate.

Así las cosas, deviene evidente que probatoriamente se soportó el compromiso directo que tenía CASALLAS SUESCÚN en el delito de fraude procesal.

Tercer cargo: Violación directa de la ley sustancial

El defensor aboga por el cambio de responsabilidad penal predicada de su asistido, de principal a accesoria, para que sea tenido ya no como coautor de los delitos de homicidio en persona protegida, sino como cómplice, esto en relación con la muerte de Camilo Pulido y una persona conocida con el alias de «Mauricio».

Y aunque pregona la nulidad de la actuación ante el error en la calificación jurídica por la indebida aplicación del artículo 29 del Código Penal, tal planteamiento carece de base jurídica, porque no es cierto que en los fallos se hubiera considerado el actuar de CASALLAS SUESCÚN como de simple colaborador y que sorprendentemente se le hubiera condenado como coautor, sino que ello obedeció a la modificación de la calificación jurídica provisional que se dio en la fase del juicio.

Acude a la violación directa de la ley sustancial, pero en el fondo estaría planteando un error probatorio por un eventual falso juicio de existencia al suponer judicialmente que medió un acuerdo común para cometer los ilícitos, sin embargo, el defensor ni siquiera demuestra otra realidad fáctica distante de supuesto objetivo aprehendido por los juzgadores.

Es sabido que para la coautoría funcional el acuerdo del plan criminal no requiere de un pacto detallado, pues se deduce de los actos desencadenantes, de los hechos demostrativos de la decisión conjunta de su realización.

Según la teoría del dominio del hecho, autor es quien domina el hecho y para efectos de

la coautoría lo decisivo es tener un dominio funcional del hecho, pues cada sujeto controla el acontecer total en cooperación con los demás, no tiene en sí mismo un control parcial, ni tampoco global, sino que éste se predica de todos.

A su turno, de acuerdo con la definición prevista en el artículo 29 de la Ley 599 de 2000 relacionada con que «Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte», la Corte Suprema de Justicia ha enfatizado en la necesaria presencia de los siguientes elementos: i) un acuerdo o plan común; ii) división de funciones y iii) trascendencia del aporte en la fase ejecutiva del ilícito.

Lo anterior implica al operador judicial sopesar tanto el factor subjetivo relacionado con el asentimiento expreso o tácito de los sujetos conforme al plan común y su decidida participación en tal colectividad con ese propósito definido, como factores objetivos dados por la conducta desplegada por cada uno como propia de una labor conjunta o global y la entidad de tal aporte.

Precisamente la Corte encuentra que el Tribunal al valorar los elementos de convicción, luego de precisar el compromiso de CASALLAS SUESCÚN en la ejecución de Camilo Pulido Pulido, minero de la región y presentado como guerrillero y de alias «Mauricio» que si bien pertenecía a las FARC no estaba en combate, concluyó que ese obrar se ubicaba en un plano de igualdad en el procedimiento irregular de los miembros del Ejército, para considerarlo así como coautor.

El defensor enfatiza que su asistido no estuvo presente en el lugar de los hechos y que quien tuvo el dominio de los mismos fue el Comandante JUAN CARLOS RODRÍGUEZ AGUDELO, no obstante, como se precisó en el cargo anterior, las propias manifestaciones de CASALLAS en su indagatoria permiten evidenciar que sí se hizo presente en el sitio Semillas de Agua y junto a otros integrantes del Ejército Nacional simuló un

enfrentamiento armado para presentar como dados de baja a dos sujetos, máxime que aparece suscribiendo un informe acerca del material bélico encontrado.

Consecuentemente, la censura no prosperará.

Demanda en nombre de ALBEIRO PÉREZ DUQUE

Primer Cargo: Nulidad por falta de competencia

El censor solicita la anulación procesal de los fallos al considerar la existencia de un vicio de estructura por carecer de competencia el Juzgado de Descongestión y el Tribunal de Bogotá.

No queda duda que la atribución de funciones judiciales emana del propio texto constitucional y corresponde al legislador su desarrollo a fin de cumplir el mandato superior de que la persona sea juzgada por Juez y Tribunal constituidos previamente.

En este orden, la competencia, entendida como la facultad para decidir determinado asunto, sólo la otorga la ley y se constituye en parte integral de la estructura del procedimiento, por ello, las normas que la disciplinan tienen el carácter de orden público de inmediato y obligatorio cumplimiento.

Aquí tácitamente busca el censor que a través del control constitucional difuso y mediante la excepción de inconstitucionalidad por el valor normativo de la Constitución, específicamente de su artículo 4º, se deje de aplicar la norma inferior, específicamente el Acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura mediante el cual se permitió que Juzgados de Descongestión creados para conocer procesos penales relacionados con homicidios y otros actos de violencia contra dirigentes sindicales y sindicalistas adoptara la sentencia y el Tribunal de Bogotá resolviera la apelación elevada contra tal decisión.

Una postura de tal jaez resulta vana si se tiene en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura ostenta la expresa facultad para reasignar los procesos cuando la congestión de determinados despachos judiciales lo ameritan, principalmente cuando como en este caso se trató de dar prelación a los procesos que tuvieran relación con homicidios y otros actos de violencia contra dirigentes sindicales y sindicalistas en respuesta al «Acuerdo Tripartito por la Libertad de Asociación y la Democracia» suscrito el 1° de junio de 2006 entre el Gobierno Nacional, los Sindicatos y los Empresarios, uno de cuyos objetivos fue la lucha contra la impunidad las partes acordaron hacer un estricto seguimiento de los resultados del grupo especial de investigación creado por la Fiscalía General de la Nación, para el esclarecimiento y castigo de los delitos contra la vida y la libertad de los dirigentes sindicales y trabajadores, de ahí que se celebró el Convenio Interadministrativo entre la Fiscalía General de la Nación y la Vicepresidencia de la República para dar impulso y seguimiento a las investigaciones de esa índole.

Por lo anterior el Consejo Superior de la Judicatura mediante el Acuerdo 4082 de 2007 creó los Juzgados de Descongestión para conocer exclusivamente del trámite y fallo de los procesos penales relacionados con los homicidios y otros actos de violencia contra dirigentes sindicales y sindicalistas que se encontraran en curso en los diferentes despachos judiciales del territorio nacional.

Tal normativa tuvo sustento en el artículo 257, numeral 1° de la [Constitución Política](#) que encarga al Consejo Superior de la Judicatura la función de que con sujeción a la ley fije la división del territorio para efectos judiciales, así como la de ubicar y redistribuir los despachos judiciales.

A su turno, en rango superior a las leyes ordinarias, la Ley 270 de 1996 que regula la específica materia de la Administración de Justicia, faculta a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para «crear, ubicar, redistribuir, fusionar, trasladar, transformar y suprimir Tribunales, las Salas de estos y los juzgados, cuando así se requiera

para la más rápida y eficaz administración de justicia. » (artículo 85.5), y «en caso de congestión de los Despachos Judiciales podrá regular la forma como las Corporaciones pueden redistribuir los asuntos que tengan para fallo entre los Tribunales y Despachos Judiciales que se encuentren al día.. » (Original artículo 63).

El mismo Acuerdo, en su artículo 8°, facultaba a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para conocer del recurso de apelación de las decisiones emitidas por los citados juzgados de descongestión.

Así las cosas, si bien conoció en principio de la causa el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Ibagué, la remisión al Despacho Judicial de Bogotá encargado específicamente de conocer de casos relacionados con víctimas sindicalistas, estaba apoyada normativamente.

Tampoco colabora en el propósito del censor cuestionar la calidad de sindicalistas de algunas de las víctimas al resaltar que según las manifestaciones del guerrillero Raúl Agudelo Medina, alias «Olivo Saldaña», SINTRAAGRITOL era una asociación sindical creada por las FARC para carnetizar a milicianos, porque para los falladores no merecieron crédito tales aseveraciones ante las inconsistencias del deponente.

Y por último, así como lo detalla la Procuradora en su concepto, el hecho de que se incluyeron delitos diferentes al de homicidio o tortura en persona protegida, no conlleva un desborde de facultades jurisdiccionales, porque es evidente la relación con los restantes ilícitos como el concierto para delinquir agravado, secuestro extorsivo agravado, hurto calificado y agravado o cohecho por dar u ofrecer, ante una clara conexidad sustancial que imponía su investigación y juzgamiento conjunto.

Consecuentemente, no tiene fundamento la pretensión del libelista.

Segundo cargo: Violación indirecta de la ley sustancial

Mediante el anuncio de un yerro de juicio en la valoración probatoria de los juzgadores pretende la impugnante mudar el fallo condenatorio adoptado en disfavor de PÉREZ DUQUE, sin embargo, como lo pone en evidencia la representante del Ministerio Público en su concepto, el demandante no atacó los múltiples medios probatorios que soportaron el compromiso directo del procesado en los varios actos irregulares cometidos por los integrantes de la Compañía «Búfalo» del Batallón de Contraguerrilla N° 6 «Pijaos», adscrito operativamente al Batallón de Infantería Coronel Jaime Rooke, Orgánico de la Sexta Brigada del Ejército Nacional con sede en Ibagué.

La refutación de la responsabilidad penal de su asistido en los delitos investigados más que un error por indebida apreciación probatoria, constituye una simple discrepancia del censor con las consideraciones judiciales, como cuando anota que sólo se tuvo en cuenta a su defendido como hombre de confianza de su superior, Capitán RODRÍGUEZ AGUDELO, en una generalización distante del sistema penal prohíbe la responsabilidad grupal u organizacional, porque contrariamente, el Tribunal analizó las manifestaciones del procesado en su indagatoria cuando explicó su participación en las labores desarrolladas por el Ejército en cumplimiento de las funciones por mantener el orden público, y aunque negó su participación delictiva, admitió que desde mediados de octubre hasta el 22 de noviembre de 2003 participó en las operaciones de registro y control militar en el área de Cajamarca, incluyendo el Cañón de Anaime lo que demuestra que se encontraba en la zona cuando ocurrieron los hechos funestos.

A lo anterior se suma la orden de Operación OMEGA en la que se estableció que a partir del 27 de octubre de 2003, la Compañía Búfalo, al mando del Capitán JUAN CARLOS RODRÍGUEZ AGUDELO debía efectuar un movimiento táctico a pie hasta el área general de Anaime, Palomar, Potosí y Semillas de Agua, municipio de Cajamarca, para ubicar, capturar e incluso dar de baja si oponían resistencia armada, a grupos de narcoterroristas.

En ese contexto no se puede soslayar que el Ejército había obtenido informaciones de que campesinos de la región tenían nexos con las FARC, precisamente se hallaron anotaciones hechas respecto del denunciante Jhon Jairo Iglesias calificándolo de “miliciano” de esa agrupación ilegal, al tiempo que su compañera Aracelli Londoño Varona también fue catalogada como auxiliadora encargada de la logística asistencial de conseguir médicos y enfermeros para la atención de los subversivos.

Los señalamientos estaban también referidos a José Céspedes y Germán Bernal como colaboradores del Frente 21 de las FARC, y precisamente el informante Rodrigo Molina Prieto, quien vivía en la vereda Potosí del Cañón de Anaime declaró que para el período de 2000 a 2003 trabajó para el Ejército en la red de informantes del Batallón Rooke y de la Sexta Brigada de Ibagué, participando incluso en varios operativos en los que hubo bajas de la guerrilla, que era guía, portaba uniforme del Ejército y un fusil.

Esa información llevó a que miembros del Batallón hicieran presencia en la zona, censaran a la población e identificaran a los residentes, por ejemplo, el testigo José Domingo López Herrera relató el patrullaje por parte de unidades del Ejército y el censo levantado en la región, que incluso hacían retenes anotando los números de cédulas de las personas en cuadernos.

Paralelamente, Herminso Aragonés, como víctima, narró que justo dos días antes de los sucesos el Ejército pasó por su casa, le preguntaron su nombre y confrontaron con un cuaderno para saber si estaba anotado, y en efecto estaba allí registrado, relato que también ofreció la compañera de éste Martha Gómez, así como Estela Ruíz, pariente de Marco Rodríguez, en el sentido de que previamente soldados los censaron.

Lo que llevó a acotar la responsabilidad de los integrantes de Compañía «Búfalo», fue el relato de varios afectados que dieron cuenta de la presencia directa de miembros del Ejército. Juan Crisóstomo Rodríguez, hijo de Marco Rodríguez, aseveró que su

hermana Carmen Elisa le comentó que quienes se habían llevado a su padre eran unos uniformados con prendas del Ejército con el distintito «Batallón Rooke», que se decían entre ellos «lanzas» (vocablo usado por los soldados regulares para tratarse).

En efecto, Carmen Elisa Rodríguez en su declaración señaló que días antes el Ejército la había retenido argumentando un «encuartelamiento de primer grado», le preguntaron por el nombre de su progenitor, lo anotaron y tenían incluso un mapa de Potosí, que los uniformados tenían botas negras con plaquetas plateadas «como el color del acero».

Estela Ruíz Hurtado también dijo que el 7 de noviembre llevaban amarrado a German Bernal unos uniformados que no estaban encapuchados, pero que se les veían unas insignias en la parte superior del hombro, uno de ellos con una cachucha con el letrero «fuerzas especiales».

En el mismo sentido, María Pulido hermana de Camilo Pulido, indicó que los uniformados que los retuvieron portaban en el brazo la palabra «Pijaos» y no tenían pañoletas en la cara, (como generalmente las usaban los miembros de las Autodefensas).

Jhon Jairo Iglesias también refiere que quienes lo retuvieron tenían algunos distintivos en el hombro con la palabra «Conraguerrilla Pijaos».

Diana Vera Bustos, esposa de Ricardo Espejo también afirmó que los hombres tenían uniforme y botas de material que en la lengüeta decía «Ejército de Colombia».

Vista así la realidad contenida en el fallo impugnado, se concluye que carece de fundamento la pretensión del recurrente y por consiguiente la censura no está llamada al

éxito.

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

NO CASAR el fallo por razón de los cargos formulados en las demandas presentadas por los defensores de ALBEIRO PÉREZ DUQUE y WILSON CASALLAS SUESCÚN, contra la sentencia de 25 de octubre de 2011 del Tribunal Superior de Bogotá.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

PARTES E INTERVINIENTES CASACIÓN 38725

FISCALÍA

FRANCISCO ARTURO PABÓN GÓMEZ

Unidad Nacional de Derechos Humanos

Ante Tribunal

JULIO CESAR MARTÍNEZ

Ante Corte

No intervino

JUZGADORES

ELSA RIVEROS DE JIMÉNEZ

Juez Décimo Penal del Circuito Especializado de Bogotá.

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

ALBERTO POVEDA PERDOMO

LUIS FERNANDO RAMÍREZ CONTRERAS

FERNANDO ADOLFO PAREJA RAINEMER

MINISTERIO PÚBLICO

ELDA PATRICIA CORREA GARCÉS

Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal

PROCESADOS

JUAN CARLOS RODRÍGUEZ AGUDELO

ALBEIRO PÉREZ DUQUE

WILSON CASALLAS SUESCÚN

5.- DEFENSORES

FABIO ORLANDO BALLESTEROS CORREA

MERCEDES CADENA GRANADOS

LUIS ADELMO SÁNCHEZ HERNÁNDEZ

6.- APODERADO DE VÍCTIMAS

REINALDO VILLALBA VARGAS

HECHOS: Noviembre de 2003

DELITOS: homicidio en persona protegida, concierto para delinquir agravado,

desaparición forzada agravada, tortura en persona protegida, secuestro extorsivo agravado, hurto calificado agravado y cohecho por dar u ofrecer, falso testimonio, falsedad en documento público y fraude procesal.

Resolución de acusación 5 de diciembre de 2006

En firme 7 de junio de 2007

Sentencia 2ª. 25 de octubre de 2011

Prescripción 7 de febrero de 2014

(prescribirían los delitos menores de fraude procesal, falsedad en documento público, cohecho por dar u ofrecer y falso testimonio).

PROYECTÓ

BLANCA NELIDA BARRETO ARDILA

Argumentos de la decisión

1. Nulidad por violación al debido proceso por la variación de la calificación jurídica

Aunque para el momento en que se dio aplicación al artículo 404 de la ley 600 de 2000 imperaba la tesis jurisprudencial según la cual la variación de la calificación jurídica provisional sólo era viable cuando mediara prueba sobreviniente, en este caso la modificación se basó en prueba practicada en desarrollo de la audiencia pública.

2. Nulidad por falta de motivación de fallo

Si bien es deber del funcionario judicial explicar el sentido de su decisión, argumentación que se constituye en base fundamental del debido proceso, porque además de ofrecer

seguridad y certeza jurídica de lo resuelto, permite la confrontación dialéctica mediante el ejercicio del derecho de impugnación, garantía propia del debido proceso, aquí se ofrecieron las razones de índole probatorio y jurídico para condenar.

3. Coautoría

Para la coautoría funcional el acuerdo del plan criminal no requiere de un pacto detallado, pues se deduce de los actos desencadenantes, de los hechos demostrativos de la decisión conjunta de su realización.

El procesado suscribió un informe que no correspondía a la realidad y explicó un irreal enfrentamiento armado para justificar la muerte de dos personas; un civil y un guerrillero que no estaba en combate, todo ello para legalizar el accionar del Ejército.

4.- Nulidad por falta de competencia del Juzgado de Descongestión OIT

El censor anhela que a través del control constitucional difuso y mediante la excepción de inconstitucionalidad por el valor normativo de la Constitución, específicamente de su artículo 4°, se deje de aplicar la norma inferior, específicamente el Acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura mediante el cual se permitió que Juzgados de Descongestión creados para conocer procesos penales relacionados con homicidios y otros actos de violencia contra dirigentes sindicales y sindicalistas adoptara la sentencia y el Tribunal de Bogotá resolviera la apelación elevada contra tal decisión, sin embargo tal acto administrativo tenía soporte constitucional y legal. Dos víctimas de homicidio eran sindicalistas, las demás delitos son conexos.

5. Violación indirecta de la ley sustancial

El demandante no atacó los múltiples medios probatorios que soportaron el compromiso directo del procesado en los varios actos irregulares cometidos por los

integrantes de la Compañía «Búfalo» del Batallón de Contraguerrilla N° 6 «Pijaos», adscrito operativamente al Batallón de Infantería Coronel Jaime Rooke, Orgánico de la Sexta Brigada del Ejército Nacional con sede en Ibagué.

1 En la misma determinación fue condenado JUAN CARLOS RODRÍGUEZ AGUDELO como coautor de los punibles de homicidio en persona protegida, concierto para delinquir agravado, desaparición forzada agravada, tortura en persona protegida, hurto calificado agravado, falsedad ideológica en documento público, fraude procesal y falso testimonio.

2 AARNIO Aulis. “LO RACIONAL COMO RAZONABLE”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1991, pág. 29.