

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado ponente

SP4234-2019

Radicación n.º 48264

Acta 254

Bogotá, D. C., dos (2) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por los defensores de Víctor Hugo Díaz Orjuela y Luis Fernando Soto Guillén.

HECHOS:

Luis Felipe Ramos fue secuestrado en la vereda “Sinai” 1 del municipio de Suárez, en el departamento del Tolima. Avisado el grupo Gaula de la Policía sobre tal acontecimiento, el comandante de ese grupo, Mayor Víctor Hugo Díaz Orjuela inició las diligencias de investigación tendientes a lograr el rescate del plagiado, y luego de obtener algunos datos de interés, dispuso la captura ilegal de René Barrero Sánchez, Luis Hernando Rodríguez y José Henry Reyes Alvarez.

René Barrero Sánchez y José Henry Reyes Alvarez fueron obligados a guiar a los policías en la madrugada del día 27 de agosto de 2002 al sitio conocido como “Perico”, en donde presuntamente se encontraría el secuestrado.

Los restos mortales de José Henry Reyes Álvarez, quien se encontraba bajo vigilancia del Subintendente Luis Fernando Soto Guillén, fueron encontrados en este último lugar tres días después. Barrero Sánchez y Luis Hernando Rodríguez fueron entregado a las autoridades.

ANTECEDENTES PROCESALES:

1. El 30 de abril de 2004, la Fiscalía delegada de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario abrió investigación por los presuntos delitos de homicidio agravado y tortura, en contra de los integrantes del Grupo GAULA de la Policía de Ibagué Víctor Hugo Díaz Orjuela, Luis Fernando Soto Guillén, Carlos Fernando Avendaño Acosta, Fernando Giraldo Ochoa, Héctor Javier Marín Cabrera, Jorge Armando Moreno Chávez, Humberto Leal Rojas, Gabriel de Jesús Pérez Devia, Jaime Enrique Pérez Rivera y Marco Aurelio Ramírez Leyton.²

2. El 22 de octubre de ese mismo año, la Fiscalía acusó al Mayor Víctor Hugo Díaz Orjuela y al Subintendente Luis Fernando Soto Guillén como coautores del delito de homicidio agravado, y dispuso la ruptura procesal respecto de los demás sindicados.³

3. El Juzgado Penal del Circuito de Purificación-Tolima, mediante auto del 2 marzo de 2005, declaró no ser competente al considerar que los delitos fueron materializados en desarrollo de un acto propio del servicio –tesis que expuso el defensor de Díaz Orjuela—, por lo que ordenó remitir el proceso a la justicia penal militar proponiendo colisión negativa de competencia.⁴

4. El Juzgado de Primera Instancia de la Dirección General de la Policía Nacional asumió la competencia el 11 de marzo de 2005, y decretó la nulidad de lo actuado a partir del cierre de investigación ordenando la libertad de los acusados Díaz Orjuela y Soto Guillén.⁵ Esta decisión fue objeto del recurso de alzada interpuesto por el representante del Ministerio Público⁶ y el apoderado de la Parte Civil⁷, y fue confirmada por el Tribunal Superior Militar, mediante auto del 12 de octubre de 2005.⁸

5. El 17 de abril de 2007, la Fiscalía Penal Militar 141 solicitó a la Fiscalía Especializada de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario el envío del proceso que se adelantaba en contra de los demás integrantes del grupo GAULA que participaron en la operación⁹. La Fiscalía Especializada se abstuvo de enviar el proceso y propuso colisión de competencia positiva¹⁰, la que al ser aceptada por la Fiscalía Penal Militar¹¹, fue dirimida por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura mediante auto del 8 de noviembre de 2007, estableciendo la competencia en la jurisdicción ordinaria¹².

6. El 18 de enero de 2010 la Fiscalía 77 Especializada acusó al Mayor Víctor Hugo Díaz Orjuela y al Subintendente Luis Fernando Soto Guillén como coautores del delito de homicidio agravado (Artículos 103 y 104-7 del Código Penal), y precluyó la investigación en su contra por el delito de tortura agravada. También decidió precluir la investigación por los anteriores delitos a favor de Fernando Giraldo Ochoa, Jorge Armando Moreno Chávez, Humberto Leal Rojas, Jesús Pérez Devia, Jaime Enrique Pérez Rivera, Marco Aurelio Ramírez Leyton, Carlos Fernando Avendaño Acosta y Héctor Javier Marín Cabrera.¹³

7. La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 13 de septiembre de 2010 ante el Juzgado Primero Penal del Circuito del Espinal¹⁴. La audiencia pública de juzgamiento se inició el 7 de febrero de 2011¹⁵ y culminó el 5 de agosto de ese mismo año¹⁶. El Juzgado de primera instancia profirió sentencia condenatoria en contra de Víctor Hugo Díaz Orjuela y de Luis Fernando Soto Guillén el 11 de julio de 2013¹⁷ como coautores del delito de homicidio agravado, imponiéndoles pena de prisión de treinta (30) años, decisión que al ser objeto de apelación fue modificada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, el 30 de noviembre de 2015, a diecisiete (17) años de prisión pero por el delito de homicidio simple¹⁸.

8. Los apoderados de Díaz Orjuela y Soto Guillén interpusieron demandas de casación, las cuales fueron admitidas mediante auto del 6 de febrero de 2017¹⁹.

II.LAS DEMANDAS:

II.1.- Demanda presentada por el apoderado de Víctor Hugo Díaz Orjuela.

Consta de cinco cargos, uno principal y cuatro subsidiarios.

Cargo Primero. Principal. Con fundamento en la causal primera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, acusó la sentencia por violación directa de los artículos 13, 14, 17 y 20 de la Ley 600 de 2000 y 29 de la [Constitución Política](#).

Señaló que hasta el 3 de septiembre de 2012, fecha en la que ya se habían presentado los alegatos de conclusión, la Fiscalía por error o de manera deliberada ocultó el video sobre la inspección judicial llevada a cabo al lugar de los hechos a mediados del año 2004. En su

criterio, con esta prueba se demuestra la topografía del lugar y la vegetación que cubría el área, y que durante el recorrido se encontraron casquillos o vainillas de balas y fragmentos óseos, elementos que comprueban que en dicho sitio sí ocurrió una emboscada al grupo del GAULA, lo cual implica que los acusados “jamás tuvieron la voluntad de desaparecer al señor JOSÉ HENRY REYES ALVAREZ”²⁰, como se consignó erróneamente en la sentencia de primera instancia.

Indicó que en dicha diligencia también se pudo constatar la existencia de una cerca de alambre de púa ubicada a todo lo largo del lado izquierdo del área sobre la que se desplazó el grupo GAULA la noche de los hechos, lo que claramente demuestra que Reyes Álvarez sólo podía huir hacia el lado derecho que era precisamente el lugar de donde provenían los disparos del grupo armado ilegal.

Afirmó que al ocultar la prueba se vulneraron los derechos al debido proceso, a la contradicción de la prueba, a la investigación integral y el deber de lealtad con que deben actuar los funcionarios, establecidos en los artículos 29 de la Constitución Nacional y 13, 14, 17 y 20 de la Ley 600 de 2000.

Solicitó, entonces, decretar la nulidad a partir de la resolución de acusación del 18 de enero de 2010, con el fin de que su defendido pueda ejercer su derecho a la defensa de manera “legítima e integral”, pues si el fallador de primera instancia hubiera tenido acceso a la prueba omitida, no habría proferido sentencia condenatoria en su contra.

Cargo Segundo. Primero subsidiario. Fundamentado en la causal primera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, acusó la sentencia por violación directa de los artículos 6° y 9° de la Ley 599 de 2000, 6° de la Ley 600 de 2000 y el 29 de la Constitución Nacional.

Señaló que la imputación por homicidio agravado se sustentó en la presunta violación de los protocolos de captura al colocar en peligro la vida de los “capturados”, llevándolos hasta una zona en donde existía la certeza sobre la presencia de grupos armados ilegales, cuando

está probado que: (i) las actividades investigativas se realizaban en virtud de la orden emitida por la Fiscalía con ocasión de la denuncia sobre el secuestro de Luis Felipe Ramos; (ii) fue Barrero Sánchez, quien de manera voluntaria se ofreció a contactar a los integrantes de grupo GAULA con José Henry Reyes Álvarez; (iii) Reyes Álvarez y Barrero Sánchez actuaban como informantes y no como capturados, tal y como lo consignó Víctor Hugo Díaz Orjuela en el informe enviado el 26 de agosto de 2002 a la Fiscal Primera Especializada; (iv) los únicos que sabían del sitio a donde se dirigían eran Reyes Álvarez y Barrero Sánchez, quienes guiaban voluntariamente al grupo GAULA hacia el lugar en donde presuntamente se encontraba el secuestrado, y así lo reconoció éste último.

Agregó que ante el desconocimiento del sitio por parte de los policías, a Díaz Orjuela le era imposible determinar si se requerían medidas adicionales de seguridad, y sin embargo se le acusó por homicidio agravado por la sola causalidad, cuando el artículo 9° de la Ley 600 de 2000 señala lo contrario, esto es: que “La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.”

Expresó que el Tribunal no se percató del error de interpretación de la norma —como sí lo advirtió la Fiscalía al solicitar la absolución de los acusados en los alegatos de conclusión—, y asumió equivocadamente que los acusados aceptaron el cargo por el delito de homicidio desde el punto de vista objetivo, limitándose a considerar su responsabilidad, sin realizar el análisis probatorio que le imponía el recurso de apelación presentado.

Solicitó casar la sentencia por cuanto el error en la interpretación de la norma afectó los derechos fundamentales de su defendido “ya que se le está imputando una conducta de homicidio a mi representado, sólo por la causalidad de los hechos, más sin embargo, no existe ninguna prueba de la autoría o siquiera del dolo, en la conducta que se le imputa”²¹.

Cargo Tercero. Segundo subsidiario. Sustentado en la causal primera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, acusó la decisión de segunda instancia por violación directa del artículo

11 ídem, en el que se contempla el derecho a ser juzgado por el Juez Natural.

Manifestó el impugnante que los hechos investigados se desarrollaron con ocasión del servicio, y así lo reconoció el Tribunal Superior de Ibagué al concluir que su defendido debía responder como garante. Agregó que la decisión tomada por el Consejo Superior de la Judicatura de radicar la competencia en la jurisdicción ordinaria, se fundó en la afirmación equivocada de la Fiscalía de que la muerte de José Henry Reyes ocurrió por violación a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Señaló que con esta decisión se demeritó la labor policial adelantada y se vulneró el debido proceso, desconociendo el fuero establecido en la Ley 1407 de 2010, por lo que solicitó declarar la nulidad a partir de la resolución de acusación y remitir el proceso a la justicia penal militar.

Cargo Cuarto. Tercero subsidiario. Fundamentado en la causal primera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, afirmó que el Tribunal incurrió en error de hecho por falso raciocinio, al desconocer las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas.

En su criterio el falso raciocinio en que incurrió el juzgador de primera instancia se origina al considerar ilógico y contrario al instinto de supervivencia, que Henry Reyes Álvarez, en el momento de la emboscada, haya huido hacia el lugar de donde provenían los disparos, en lugar de refugiarse junto a los policías. Y, a partir de ello, concluyó que éste no fue hasta ese lugar en forma voluntaria, que la emboscada no ocurrió y que solo fue una estrategia de los acusados para ocultar la autoría del homicidio.

Señaló que el juzgado asumió que los acusados tenían la posición de garante desde el momento en que retuvieron a Henry Reyes, René Barrero y Luis Rodríguez, y teniendo el dominio del hecho los llevaron forzosamente al operativo poniendo en peligro sus vidas, razón por la cual deben responder por el homicidio de Henry Reyes. Indica que este error fue magnificado por el Tribunal, al señalar que independientemente de que Reyes, Barrero y Rodríguez concurrieran en forma voluntaria o por haber sido retenidos, los acusados

actuaban en representación del Estado y, por consiguiente, tenían la obligación de proteger su vida, y no lo hicieron respecto de Henry Reyes.

Expresó que dichas consideraciones no son ciertas ya que, como reiteradamente lo afirmó René Barrero Sánchez, fue él quien llevó al grupo GAULA hacia dicha zona, y pese a que insistió en que era un lugar inventado, lo cierto es que inteligencia militar confirmó que el secuestrado había sido llevado hacia inmediaciones del cerro “El perico”, ubicado en esa misma área. Agregó que la zona era conocida igualmente por José Henry Reyes, ya que había sido identificado en un reconocimiento fotográfico como uno de los autores del plagio por la testigo María Rosa Tovar Reina.

De otra parte, sostuvo que el juzgado desconoció como pruebas de la emboscada, el registro del operador de radio de la estación 100 de la policía William Antonio Mayor Muñoz, realizado en la madrugada del 26 de agosto de 2002, el testimonio del perito en balística Eduardo Jaramillo Castañeda, quien durante el juicio señaló: (i) que la Fuerza Pública utiliza munición calibre 5,56 x 51 y la guerrilla usan munición calibre 7,62 x 51, y en el lugar de los hechos se encontraron vainillas de ambos tipos de munición; (ii) que INDUMIL no utiliza Nitrato de Amonio para la fabricación de explosivos o granadas pero la guerrilla si lo hace por la facilidad en conseguir insumos agrícolas que contienen dicha sustancia, y que la pantaloneta y los pantaloncillos del occiso estaban impregnados de Nitrato de Amonio; (iii) que si bien los restos óseos del occiso presentaban perforaciones ocasionadas por proyectiles de arma de fuego, los destrozos causados en el cuerpo indican que fue impactado por un explosivo de alto poder a la altura del abdomen, y (iv) que coincide con el dictamen de medicina legal en que no es posible determinar cuál fue la causa material de la muerte.

Concluyó el libelista que riñe con las reglas de lógica el que los acusados hayan simulado una emboscada para dar muerte a uno de los presuntos capturados, y hubieran llevado otros dos civiles como testigos del homicidio para ponerlos después a disposición de la Fiscalía.

Señaló que no es cierto que el comandante del GAULA haya tenido control de la situación, pues está probado que fueron René Barrero y Henry Reyes los que condujeron al grupo hacia el lugar a donde fueron emboscados.

Finalmente, resaltó que los falladores ignoraron los demás testimonios rendidos en la audiencia, entre estos el del perito en balística, y no tuvieron en cuenta el video realizado en la inspección al lugar de los hechos.

Indicó que al no existir prueba que lleve a la certeza de la comisión del homicidio por parte de su defendido, debió aplicarse el principio de in dubio pro reo a su favor, por lo que solicita se case la sentencia y se profiera sentencia absolutoria de reemplazo.

Cargo Quinto. Cuarto subsidiario. Fundado en la causal primera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000 acusó la sentencia de falta de motivación para establecer la dosificación de la pena.

Afirmó el libelista que el Tribunal no motivó la tasación de la pena en la sentencia de segunda instancia, con lo que vulneró los artículos 220-3 y 340 del Código de Procedimiento Penal. Por consiguiente, solicitó se decrete la nulidad parcial de la sentencia por ausencia de motivación de la pena.

II.2. Demanda presentada por el apoderado de Luis Fernando Soto Guillén.

El recurrente formuló un cargo mixto con fundamento en los numerales 1° y 3° del artículo 207 de la Ley 600 de 2000.

Demanda la nulidad del proceso por haberse dictado el fallo cuando la acción penal había prescrito, tratándose de un delito culposos y no doloso. Con tal fin, propone dos cargos, uno por infracción directa de la ley y otro por infracción indirecta de la misma.²²

Violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del inciso segundo del artículo 7° de la Ley 600 de 2000.

Señaló que el Tribunal no declaró con certeza cómo ocurrieron los hechos al aceptar simultáneamente dos teorías probables del caso, y ante esa duda, omitió aplicar el inciso segundo del artículo 7° del Código de Procedimiento Penal que prescribe que: “En las actuaciones penales toda duda debe resolverse en favor del procesado”.

Indicó que en la sentencia de primera instancia, al declarar que la muerte de José Henry Reyes Álvarez fue materializada por Díaz Orjuela y Soto Guillén, con fundamento en el señalamiento realizado por Barrero Sánchez al primero de éstos, descartó que su fallecimiento hubiese ocurrido durante la emboscada de que fueron objeto los policías del GAULA, cuando el fallecido Reyes Álvarez asumió el riesgo de acompañar voluntariamente a los policías hasta el lugar en donde se encontraba el secuestrado.

Agregó que al no contar con prueba que corrobore las manifestaciones de Barrero Sánchez, el Juzgado derivó la responsabilidad del hecho de que Díaz Orjuela, como Comandante del Grupo, y Soto Guillén, como custodio de Henry Reyes, “tenían el deber de protección dada su posición de garantes”²³.

Señaló además que el Tribunal descartó la circunstancia de agravación del homicidio, bajo la consideración de que existe duda “sobre quién realmente disparó o le causó materialmente las lesiones fatales a la víctima”, por lo que tampoco determinó cómo se produjeron los hechos, aunque dio por probado que la víctima fue capturada irregularmente y llevada contra su voluntad al lugar en donde falleció.

Consideró que las conclusiones del Tribunal no permiten imputarles la muerte de José Henry Reyes Álvarez a los acusados a título de dolo, y que que la conducta tampoco puede subsumirse objetivamente en la “comisión por omisión”, por lo que en virtud de lo establecido en el numeral segundo del Artículo 7° del Código Penal, y en el axioma de la

determinación alternativa u optativa –sub especie del in dubio pro reo—, como lo ha sostenido la Corte “...cuando se tiene la certeza de que el procesado ha cometido un delito pero no cuál de los varios posibles, se debe condenar por el más benigno punitivamente. La duda sobre la adecuación típica objetiva y subjetiva, entonces, conduce al favor rei”²⁴, el que, para el presente caso, según su criterio, es el tipo penal de homicidio culposo.

Como consecuencia, consideró que para la fecha en que se dictó el fallo de segunda instancia, la acción penal habría prescrito.

Violación indirecta de la ley sustancial derivada de un error de hecho en la modalidad de falso raciocinio.

Afirmó que el Tribunal vulneró el principio de razón suficiente al pretender que la conclusión a la que llegó –que los acusados debían responder por no haber aplicado las acciones de salvamento requeridas para proteger la vida de Henry Reyes—, se explica por sí sola, sin decidirse por alguna de las dos hipótesis que explicarían el caso, e ignorando la prueba que avala que el occiso fue ultimado por el grupo armado que realizó la emboscada a los policías en la madrugada del 27 de agosto de 2002.

Refirió que el fallador de primera instancia optó por la hipótesis de que Henry Reyes falleció al haber sido ejecutado extrajudicialmente por los acusados. Decisión que fue apelada porque no se valoraron las pruebas que corroboran la hipótesis sobre la existencia de la emboscada en que se produjo al parecer el deceso, como son: el testimonio del experto en balística Eduardo Jaramillo Castañeda; la inspección judicial llevada a cabo el 30 de agosto de 2002 por la Fiscalía al lugar de los hechos; la declaración del Comandante de la Policía del Tolima que ratificó la ocurrencia del enfrentamiento; la confirmación del ataque por parte del Comandante General del GAULA, en oficio del 4 de julio de 2003, y la decisión de cesación de procedimiento de la Procuraduría del 11 de julio de 2005, en la que se estableció que sí se presentó el ataque, y que como consecuencia del mismo falleció José

Henry Reyes Álvarez.

Resaltó que el experto en balística claramente señaló que los rastros de Nitrato de Amonio, encontrados en las prendas del occiso recuperadas en el lugar de los hechos y analizadas en el laboratorio del extinto DAS, demuestran que fue impactado por un artefacto explosivo de elaboración artesanal, y que en la fabricación de balas y explosivos que usa la Fuerza Pública no se utiliza dicha sustancia, la que sí es común que emplee la guerrilla en los cilindros bomba y otros artefactos explosivos artesanales.

Concluyó que por las dos vías analizadas, la de violación directa o indirecta de la ley sustancial, se confirma que la hipótesis correcta indica que la muerte de Henry Reyes fue materializada por el grupo armado “al cual pertenecía”, durante la emboscada a los policías del GAULA en la madrugada del 27 de agosto de 2002, y que el fallecimiento “se facilitó por el quebrantamiento de los deberes de seguridad que sobre el occiso tenían los acusados, la obligación de desplegar, en virtud de la posición de garantía que asumieron al someterlo como guía en un operativo que ex ante era peligro”²⁵.

Sobre este último punto, señaló que si bien el Tribunal no especificó la norma a partir de la cuál estableció la posición de garante, al examinar la referencia que hizo sobre la sentencia proferida por la Corte respecto de la “masacre de Mapiripán”, se puede inferir que la fundó en el inciso 2° del artículo 25 del Código Penal. Criticó que se haya utilizado este caso como referente, afirmando que al General Uscátegui fue condenado por no haber protegido a los habitantes de Mapiripán con pleno conocimiento de la acción paramilitar, mientras que en el presente caso la actuación de su defendido obedeció a un actuar imprudente, tal y como lo reconoció el Tribunal al señalar que había violado el deber de cuidado, y agregó que:

“...aunque el desconocimiento de ese deber llevado a cabo por los acusados haya sido agotado de manera consciente, debido a que, de acuerdo con los conocimientos especiales de los acusados y la situación de riesgo que enfrentaban, resulta previsible ex ante la

concreción del resultado, esto tampoco significa que la conducta deje de ser culposa para convertirse en dolosa ni siquiera a título de dolo eventual”²⁶

Aseveró que en reciente fallo de la Corte, relacionado con el accionar de un arma por parte de un policía contra su esposa, se reconoció que representarse la producción del resultado típico no es suficiente para atribuir dolo eventual, en tanto ello también constituye presupuesto de la llamada culpa consciente:

“En otras palabras, no basta tan sólo con haber previsto la producción del resultado para descartar la imprudencia e imputar dolo. Debía también establecerse que el conocimiento del agente sobre la situación riesgosa le permitía suponer que las condiciones que podrían conducir a la realización de dicho resultado no estaban bajo su control. O, en caso de haber contado con tal suposición de controlar los factores de riesgo, que ello obedeció a un error o estado irracional, en lugar de uno racional, como por ejemplo cualquiera relacionado con la eficiencia de las medidas que de hecho empleó para neutralizar el peligro.”²⁷

Consideró que bajo estos términos, la conducta desplegada por su defendido se concretó en una infracción del deber de cuidado sin que pueda tenerse el resultado como querido, por lo que el que se debió proferir condena pero por el delito de homicidio culposo.

Concluyó que al tratarse de una conducta que se subsume en el tipo penal de homicidio culposo, la acción penal estaba prescrita para el momento en que el Tribunal profirió la sentencia, pues la pena, para la fecha de los hechos, oscilaba entre 2 y 6 años de prisión, y habían transcurrido 5 a partir de la interrupción ocurrida con la resolución de acusación.

En concreto, señaló que la resolución de acusación se profirió el 5 de abril de 2010 y la sentencia fue proferida el 30 de noviembre de 2015, esto es 7 meses y 25 días después de que la acción penal había prescrito, hecho que ocurrió el 5 de abril de 2015.

Con fundamento en los anteriores argumentos, solicitó casar integralmente la sentencia y

declarar la cesación de procedimiento de acuerdo con lo establecido en el artículo 39 de la Ley 600 de 2000.

III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En relación con la primera de las demandas, la delegada del Ministerio Público afirmó que el defensor de Díaz Orjuela en la formulación y argumentación de los cargos erró al confundir las causales, la forma de sustentación y las consecuencias. Aseveró que en los cargos 1° y 2° señaló la ocurrencia de violación directa de la ley pero la argumentación consistió en que no se tuvo en cuenta como prueba la inspección judicial realizada al lugar de los hechos en el año 2004, afirmando que la grabación correspondiente fue ocultada, errónea o intencionalmente, por la Fiscalía hasta después de que se presentaron los alegatos de conclusión.

Consideró que situación similar se presenta con los cargos 3° y 4°, frente a los cuales el libelista consignó una violación indirecta de la ley sustancial pero la fundamentó en que el Tribunal, al llevar a cabo una apreciación defectuosa de la prueba, señaló que su defendido había aceptado el ilícito, cuando ello no fue cierto. Además, el defensor indicó que el Tribunal infringió el principio de razón suficiente al pretermittir el testimonio del perito Eduardo Jaramillo, con el que se ratificaba la teoría del caso sobre el fallecimiento de Henry Reyes Álvarez como consecuencia de la emboscada de la que fueron objeto los policías, solicitando decretar la nulidad a partir del escrito de acusación por presunta violación al principio del juez natural. Y, finalmente, expresó que el 5° cargo lo fundó el demandante en que el Tribunal concluyó que su defendido incumplió con los deberes de cuidado, los que surgen al haber actuado en cumplimiento del servicio, y no obstante de esto profirió una decisión que le correspondía por competencia a la justicia penal militar.

Manifestó que pese estas fallas, conforme lo establece el artículo 205 del estatuto procesal, la Corte de manera excepcional debe subsanar los defectos a fin de “salvaguardar la

efectividad del derecho material”.²⁸

Respecto de la demanda presentada por el defensor de Soto Guillén, la Delegada afirmó que se acusó la sentencia por violación directa de la ley por falta de aplicación de los artículos 7° y 39 de la Ley 600 de 2000 argumentado que el delito por el cual debió proferirse la condena es el de homicidio culposo y no homicidio simple y, como consecuencia, al momento de proferir la sentencia de segunda instancia, la acción penal ya estaba prescrita. Consideró que el libelista se equivocó ya que la acción penal no estaba prescrita por cuanto la condena de primera instancia fue por homicidio agravado, y lo que ocurrió es que la decisión tomada en la sentencia de segunda instancia, al degradar el delito de homicidio agravado a homicidio simple, determinó consecuencias sustanciales y procesales a favor de los condenados que el Tribunal aplicó.

Indicó que el Tribunal no incurrió en error al declarar probada la materialidad del delito, pero sí omitió la fundamentación del aspecto subjetivo, sobre el que se limitó a manifestar como probado que los acusados omitieron los deberes de cuidado, establecidos en los artículos 2° y 218 de la Constitución Nacional, 1° de la Ley 1355 de 1972 y los 8°, 9° y 10° del Nuevo Código de Policía.

Pese a la falta de motivación, consideró que las pruebas indican que los acusados no tenían la intención de conducir al occiso al sitio de los acontecimientos, sino que hasta allí llegaron guiados por Henry Reyes y René Barrero, quienes eran investigados por el secuestro de Luis Felipe Ramos. Por lo que, concluyó que, al no poderse precisar quién fue el autor material de la muerte de José Henry Reyes Álvarez, y estar probado que los acusados violaron el deber de cuidado al cuál estaban obligados a partir de su captura, se debió proferir condena por el delito de homicidio culposo. Pero, como resulta evidente que esta readecuación de la conducta determina que la acción penal ya está prescrita, solicitó casar la sentencia declarando la prescripción de la acción penal.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Las demandas, como preámbulo a los cargos que allí se formulan, y el concepto del Ministerio Público, señalan que en la sentencia de segunda instancia el Tribunal no trató las inconformidades alegadas en el recurso de alzada, ni optó por ninguna de las dos hipótesis del caso, limitándose a declarar como probada la materialidad del delito sin haber realizado el correspondiente análisis probatorio, y a declarar que los procesados son responsables por omitir los deberes de cuidado que les imponía su posición de garante, sin haber llevado a cabo desarrollo argumentativo alguno sobre el aspecto subjetivo del ilícito.

En efecto el apoderado de Víctor Hugo Díaz Orjuela antes de iniciar la formulación de los cargos, afirmó que Tribunal Superior de Ibagué nada dijo sobre las alegaciones llevadas a cabo en el recurso de alzada y procedió a modificar la calificación del delito y la dosificación de la pena, al afirmar erradamente que estaba probada la materialidad del delito. Así lo consignó:

“...9.El Honorable Tribunal de Ibagué, decide el recurso el 30 de noviembre del año 2015, decidiendo debatir y resolver solamente el juicio de responsabilidad de los sentenciados de primera instancia, por determinar que la conducta de homicidio ya estaba resuelta y probada, lo cual ni la primera ni la segunda instancia han resuelto y mucho menos probado la autoría del mismo, inclusive ignora la solicitud de absolución presentada por la Fiscalía 77, por falta de pruebas para condenar...”²⁹ (subrayado del demandante).

(...)

...la sentencia de segunda instancia, al dar por descontado que en la primera instancia ya había demostrado el homicidio, no reparó en el presente error, simplemente se centró en revisar el grado de responsabilidad de los investigados, asumiendo que el homicidio ya había sido aceptado, lo cual jamás pasó. Así que, en segunda instancia, el error fue por omisión, ya que siendo el superior jerárquico del juzgado de primera instancia, estaba en

obligación de realizar la revisión total del proceso, tal y como lo pidieron inicialmente los abogados, debiendo revisar todo lo actuado, pero brilla por su ausencia la revisión de los argumentos de la defensa en la segunda instancia que motivaron el recurso de alzada...”³⁰(Resaltado del defensor).

Por su parte, el defensor de Luis Fernando Soto Guillén señaló que ante la inconformidad manifestada por los apelantes respecto de que el a quo no sólo erró al interpretar la prueba, sino que omitió considerar la que indica que José Henry Reyes Álvarez falleció como consecuencia del accionar del grupo delincuencia al que pertenecía y al exponerse voluntariamente al riesgo:

“...(i)Declaró que la muerte de REYES ALVAREZ no devino como consecuencia de una acción a propio riesgo, ya que la víctima no concurrió de forma voluntaria al operativo de rescate que dirigían los acusados, sino que, por el contrario, fue capturada de manera irregular por ellos y, seguidamente, obligada a servir de guía hasta el secuestrado por el grupo insurgente, convirtiéndose así en garante de su vida e integridad personal conforme al inciso segundo del artículo 25 del cp.

(ii) con todo y ello, eludió precisar la manera en que ocurrió la muerte de REYES ALVAREZ, pues, tras admitir como probables la dos teorías del caso ventiladas en el proceso, no logró establecer si la muerte de la víctima fue producida por acción de los agentes estatales (como concluye la sentencia apelada) o por obra del grupo insurgente contra el cual se dirigía el operativo de rescate, ya que el fallo de segundo grado entiende que, sea cual sea el escenario, lo verdaderamente importante es que los aquí procesados tenían la posición de garante respecto del hoy obitado. Y

(iii)Basado en ello, y “ante la duda (...) sobre quien realmente le disparó o le causó materialmente las lesiones fatales a la víctima”, degradó la calificación jurídica a homicidio doloso (art. 103 del cp) excluyendo la circunstancia de agravación específica (del numeral 7°

del art. 104 ibídem) relativa al estado de indefensión de REYES...”³¹

De igual manera, observó el demandante que a partir de las conclusiones del Tribunal de que Reyes Álvarez no había ido voluntariamente al sitio en donde falleció y que los acusados debían responder por su posición de garante, no es posible establecer a qué título se realiza la imputación. Así lo indicó:

“Pero el problema fundamental del fallo es que a partir de estas dos últimas constataciones no se sigue: (i) que la acción desplegada por los acusados y la ulterior muerte de REYES ALVAREZ pueda imputarse subjetivamente a título de dolo, ni menos todavía (ii) que su conducta pueda encuadrarse objetivamente en la comisión por omisión. Con todo, el Tribunal así implícitamente lo declaró tras evocar el fallo de casación del 22 de octubre de 2004 (AP-662-2014, rad 44505), y entenderlo análogo o “(...) precedente aplicable al caso de especie...”³²

A pesar de la anterior afirmación, con sustento en el axioma de la determinación alternativa u optativa –sub especie del in dubio pro reo—, el demandante consideró que el Tribunal debió imputar la conducta a los procesados a título de culpa y al hacerlo, era claro que ya había ocurrido la prescripción de la acción penal, razón por la que solicitó a la Sala casar la sentencia y proceder a decretar la prescripción.

Finalmente, la representante del Ministerio Público consideró que aún a pesar de la falta de motivación respecto de la responsabilidad subjetiva de los procesados, el Tribunal sí debió imputar la conducta a título de culpa, por lo que compartió la solicitud del apoderado de Soto Guillén. De esta manera lo consignó:

“La ausencia de calificación subjetiva por parte del ad quem, más bien la falta de motivación en la responsabilidad subjetiva de los procesados, que el fallador de segundo grado debió hacer y no hizo, no puede tenerse como una confirmación del dolo predicado por el a quo en la decisión de responsabilidad de primera instancia. De ahí que la calificación

a título de culpa, por falta del deber objetivo de cuidado de los procesados, antes enunciada, debía tenérseles como favorable, en atención a los mismos resultados de las pruebas analizadas en primera y sobre todo en segunda instancia que permitieron su dosificación a homicidio simple.”³³

La sentencia cuestionada tuvo como objeto el resolver el recurso de apelación interpuesto por los defensores de Víctor Hugo Díaz Orjuela y Luis Fernando Soto Guillén, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de El Espinal-Tolima que, en consonancia con la acusación, los condenó como coautores del delito de homicidio agravado. El Ad quem sintetizó el contenido de la sentencia de primera instancia indicando que para el Juzgado no existe controversia alguna respecto de la materialidad de la conducta punible y, en cuanto al aspecto subjetivo de la conducta –pese a que consideró de manera hipotética que aún en el evento en que Reyes Álvarez hubiera acompañado voluntariamente a los policiales al sitio en donde resultó muerto, de todas maneras los procesados habrían asumido la posición de garante de su vida—, concluyó que Víctor Hugo Díaz Orjuela y Luis Fernando Soto Guillén, lo llevaron en forma obligada al operativo y le dieron muerte simulando que fueron atacados por un grupo de delincuentes o de la guerrilla.

De igual manera, concretó las inconformidades principales manifestadas por los apelantes así:

-Defensor de Díaz Orjuela: que el fallo de primera instancia (i) se limitó a transcribir la prueba testimonial y los argumentos de la fiscalía y la defensa sin “efectuar un análisis reflexivo y juicioso de los mismos” y sin establecer las razones por las cuáles acogía o rechazaba los argumentos presentados por las partes; (ii) dio credibilidad al testimonio contradictorio de René Barreto Sánchez y derivó, a partir de circunstancias que el testigo no pudo presenciar, varios indicios incriminatorios en contra de su defendido sin tener en cuenta, además, que Barrero Sánchez fue influenciado por la compañera sentimental del occiso para que cambiara su versión inicial; (iii) no apreció el testimonio de Luis Hernando

Rodríguez Muñoz, quien dio cuenta del enfrentamiento que se presentó en el sitio de los hechos; (iv) no valoró la conclusión del perito en balística Eduardo Jaramillo de que sí ocurrió la emboscada de la guerrilla, a la que arribó a partir del hallazgo en el sitio de los hechos de proyectiles calibre 7.62 mm utilizados por la guerrilla y la presencia de Nitrato de Amonio en las prendas y restos óseos del occiso, sustancia no utilizada por las Fuerzas Armadas para la fabricación de explosivos; (v) no determinó las razones por las cuales señaló que los procesados habían asumido la posición de garante, ni efectuó análisis de las pruebas para demostrar la existencia de un riesgo jurídicamente desaprobado; (vi) no tuvo en cuenta que los dictámenes de medicina legal no determinaron la causa de la muerte de Reyes Álvarez, como tampoco pudieron precisar si los dos disparos que recibió en sus piernas pertenecían a una o a dos armas diferentes y, finalmente, (vii) no acreditó los requisitos necesarios para atribuir la conducta bajo la modalidad de coautoría.

-Defensor de Soto Guillén: que (i) se profirió sentencia condenatoria sin existir el grado de certeza requerido pues inicialmente el juzgado indicó que los procesados debían responder en razón de su posición de garante, pero luego afirmó que los acusados habían dado muerte a Reyes Álvarez y para ocultar el hecho inventaron que fueron objeto de una emboscada; (ii) la sentencia se fundó en el testimonio de René Barrero Sánchez, cuando durante las tres salidas procesales varió su versión pasando de afirmar que él y el occiso habían ido al operativo en forma voluntaria corroborando que fueron atacados por la guerrilla, a indicar que fueron llevados de manera obligada, no se presentó la emboscada y que el mayor Víctor Hugo Díaz le había afirmado haber ultimado a Reyes Álvarez mediante 7 disparos y el lanzamiento de una granada; (iii) se consideró como testigo de excepción a Gilberto Salas Ramos cuando no le consta nada sobre lo ocurrido, como también a Natalia Riaño Robayo, compañera sentimental del occiso, sin tener en cuenta que las interceptaciones telefónicas realizadas demostraron que ella no sólo encubría las actuaciones ilícitas de Reyes Álvarez sino que además intimidó a varios declarantes para que modificaran sus testimonios; (iv) se valoró erróneamente el testimonio del perito

Eduardo Jaramillo Castañeda, quien confirmó la ocurrencia del ataque al grupo GAULA a partir de la presencia de municiones y explosivos utilizados por la guerrilla, y (v) se omitió analizar las pruebas que confirman la emboscada, como son la inspección judicial realizada por la Fiscalía al lugar de los hechos, la investigación disciplinaria de la Procuraduría General, los registros que aparecen en las minutas de guardia y los oficios enviados por el Comandante de la Policía del Tolima y el Comandante General de GAULA.

Al iniciar la parte considerativa, el Ad quem estableció como probada la materialidad del delito señalando que sobre este aspecto no hay ninguna controversia, por cuanto las partes lo aceptaron en forma pacífica y está plenamente acreditado a partir de las pruebas que obran en el proceso, limitándose a enunciar las declaraciones de René Barrero Sánchez, Natalia Riaño Robayo y Luis Hernando Rodríguez Muñoz, el protocolo de necropsia y las indagatorias de los procesados.

A continuación, indicó que abordaría las censuras de los apelantes de manera conjunta y consignó que, aunque el testimonio de René Barrero Sánchez fue contradictorio en sus distintas salidas procesales, lo cierto es que no importa si la muerte de José Henry Álvarez Reyes ocurrió como causa de una emboscada o fue producto del accionar de los acusados, quienes le dieron muerte en forma intencional –las dos hipótesis estructuradas por la Fiscalía para orientar la investigación sobre el caso, habiendo realizado la acusación por la segunda de estas— pues de todas maneras ellos deben responder por su posición de garante. Así quedó escrito:

“Por tanto, de cara a darle una mayor claridad metodológica y un mejor enfoque al desarrollo de las temáticas propuestas, se abordarán las censuras planteadas por los letrados de la defensa en bloque dado que comparten gran parte de las inconformidades a elucidar.

Para entrar en materia, no se discute que resulten evidentes las contradicciones e

inconsistencias predicables del testimonio rendido por RENÉ BARRERO SÁNCHEZ, en torno a las circunstancias inmediatamente precedentes y concomitantes relacionadas con la muerte de JOSÉ HENRY REYES ÁLVAREZ, sea que la misma se haya materializado en desarrollo de un enfrentamiento armado con la guerrilla u otro grupo delincuencial, ora como producto de una ejecución extralegal atribuible directamente a los uniformados pertenecientes al Gaula que lo capturaron y luego lo llevaron al sitio de los acontecimientos con el fin de que indicara dónde estaba el plagiado LUIS FELIPE RAMOS, en tanto la víctima, según afirman los propios implicados en diligencia de indagatoria, formaba parte de la organización que consumó el secuestro y por lo mismo sabía dónde estaba cautivo, lo cierto es, que el resultado típico en cuestión se actualizó cuando aquellos servidores públicos tenía a cargo la protección en concreto del bien jurídico de la vida del cual era titular el hoy interfecto, por cuanto, se itera, estaba en ese instante privado de la libertad precisamente con ocasión de dicho plagio.”³⁴

Seguidamente citó la decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia proferida el 22 de octubre de 2014 (radicado 44505), en los aspectos relativos a la posición de garante y efectuó algunas consideraciones orientadas a establecer si Barrero Sánchez y Reyes Álvarez habían ido o no voluntariamente al sitio de los hechos pero de nuevo arribó a similar conclusión, esto es, que no importa en qué condición fueron al sitio pues de todas maneras la responsabilidad de los procesados se deriva de su posición de garante. Así lo indicó:

“...Sin embargo, independientemente de si existió o no el consentimiento del segundo para acompañar a los uniformados aquí comprometidos, lo cierto es que bajo cualquiera de esas dos circunstancias aquellos tenían la responsabilidad de activar los mecanismos de defensa necesarios para contrarrestar de manera eficaz los riesgos que se suscitaran en el curso del procedimiento, precisamente por el rol que desempeñaban en ese momento y la consiguiente competencia funcional que allí dimanaba, en tanto, recuérdese obraban en representación del Estado al momento de privarlo de la libertad y luego trasladarlo inerte

bajo su absoluto control al sitio donde perdió la vida.”³⁵

A partir de allí, el Ad quem realiza algunas consideraciones generales sobre las inconformidades de los apelantes y sin decidirse por alguna de las hipótesis del caso, arriba de manera insistente en la conclusión de que la imputación jurídica se deriva de la posición de garante que tenían los acusados, sin importar de qué manera sucedieron los hechos. Así ocurre, por ejemplo, cuando intenta abordar el cuestionamiento de los apelantes de que la muerte de Reyes Álvarez fue el producto de una acción a propio riesgo, aspecto sobre el que indicó:

“De la misma manera, sostienen los letrados de la defensa que al escapar JOSÉ HENRY de la protección y custodia de los integrantes del Gaula, a los mismos no puede atribuírseles el resultado típico obtenido, situación que no se compadece con la realidad procesal y la verdad que de allí dimana, luego, el simple hecho de que este último huyera del sitio donde se dio el enfrentamiento, no puede considerarse como razón suficiente para excluir la imputación jurídica que se predica de los acusados frente al resultado lesivo que se les enrostra, bajo el argumento de tratarse de una acción a propio riesgo, pues obsérvese, tal situación no desvanece el deber de sus custodios de salvaguardarle su derecho fundamental a la vida finalmente lesionado en razón del elevado riesgo al que evidentemente lo expusieron”.³⁶

También, cuando pretendió abordar el argumento de los apelantes de que el testimonio del perito en balística corroboraba que el GAULA sí fue objeto de una emboscada, al indicar que:

“Igualmente, plantean los censores que los dictámenes periciales de balística develan la posibilidad del enfrentamiento armado donde perdió la vida JOSÉ HENRY, por cuanto, se encontraron municiones de diferentes calibres -7.62 y 5.56- y amonio, sustancia que no es utilizada en los explosivos que utiliza las Fuerzas Armadas; no obstante, empecé a la

incertidumbre sobre la ocurrencia del combate, desde la perspectiva probatoria analizada en precedencia se estructuran los presupuestos sustanciales necesarios para imputarle jurídicamente a los implicados VÍCTOR HUGO DÍAZ ORJUELA y LUIS FERNANDO SOTO GUILLÉN el resultado típico que se les endilga, ya que, se recalca, fueron éstos quienes no obstante su posición de garante frente al bien jurídico de la vida del cual era titular la víctima, pudieron y debiendo hacerlo, no aplicaron los mecanismos pertinentes de salvamento requeridos para la situación típica que se presentaba, lo que dio lugar a la producción del acotado resultado.”³⁷

Sin haber resuelto de manera concreta las inconformidades presentadas por los apelantes ni llevado a cabo una argumentación completa o adecuada respecto de los aspectos material y subjetivo del hecho punible, el Ad quem concluyó que al no existir la certeza respecto de quién disparó sobre Reyes Álvarez o le causó las lesiones fatales, debía descartar el agravante y proceder a redosificar la pena, pero por el delito de homicidio simple. Así lo indicó:

“Finalmente, ante la duda que en efecto existe sobre quién realmente disparó o le causó materialmente las lesiones fatales a la víctima, quedaría en entredicho la circunstancia de agravación punitiva que se endilga a los acusados en el vocatorio a juicio a partir del supuesto fáctico que no está demostrado a cabalidad, como es, colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación, lo cual impediría deducírsela en este momento procesal que exige certeza frente a este aspecto. Por tanto, deviene imperioso modificar en este sentido la imputación jurídica degradando la conducta a HOMICIDIO SIMPLE y, como consecuencia de ello, se debe redosificar la correspondiente pena.”³⁸

Ante esta realidad procesal, es claro que la sentencia de segunda instancia está viciada de nulidad ya que el Ad quem en la sentencia no se pronunció sobre temas trascendentales planteados en los recursos de apelación interpuestos por los defensores de Víctor Hugo Díaz

Orjuela y Luis Fernando Soto Guillén, como tampoco realizó motivación completa o adecuada alguna respecto de los aspectos material y subjetivo del hecho punible, vulnerando con ello garantías fundamentales como son los derechos de contradicción y de defensa que estructuran el debido proceso.

Como lo ha sostenido la Sala desde hace varios años, el proceso penal es en esencia un escenario de controversia en el que el Estado ejerce su función de investigar, juzgar y penar las conductas prohibidas en el estatuto punitivo, que está regido por normas o reglas, cuyo fin es garantizar entre otros los principios de legalidad y debido proceso y los derechos de contradicción y de defensa.

Por esta razón, la actividad del Fiscal, el Juez y de los sujetos procesales debe ceñirse a dichas pautas que establecen, por ejemplo, frente al derecho de contradicción que el apelante no sólo interponga oportunamente el recurso, sino que fundamentalmente exponga sus inconformidades sustentándolas en la realidad procesal, con claros argumentos de hecho y de derecho, so pena de que se declare desierto. Similar obligación se le impone al fallador, quien además de estar limitado en su decisión al objeto del recurso de alzada, debe atender de manera argumentada y con fundamento en el análisis probatorio, a la luz de la sana crítica, los cuestionamientos realizados por los impugnantes, pues de no hacerlo, genera una irregularidad insubsanable.³⁹

De otra parte, de manera reiterada, la Sala ha venido sosteniendo que la motivación adecuada de las sentencias es una garantía del debido proceso, ya que sólo a través de la misma es posible conocer las razones que tuvo juez para decidir, el valor otorgado a los medios probatorios y el análisis de las pruebas, las inferencias y juicios lógicos que sustentan su determinación, como también permite que los sujetos procesales puedan ejercer sus derechos, entre estos los se destacan los de defensa y contradicción.⁴⁰ Por consiguiente, constituye una obligación para los jueces, tanto en la sentencia como en los demás actos procesales que resuelven aspectos sustanciales, “referirse a todos los hechos

y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales (Ley 270 de 1996, artículo 55), con indicación expresa y concreta de las razones fácticas, jurídicas y probatorias que respaldan el sentido del pronunciamiento”⁴¹.

De esta manera lo ha sintetizado la Sala:

“La sentencia implica un juicio sobre los hechos y sobre el derecho. Pero la fijación de los hechos implica una tarea que está más allá de su consideración histórica dada la circunstancia de que a ellos se llega a través de los medios de prueba y que sobre éstos han de hacerse juicios de apreciación o valoración jurídicos (guiados por normas de experiencia, ciencia o lógica, o reglas que les asignan o niegan un determinado valor) o juicios de legalidad o validez. La fundamentación apunta precisamente a que el documento en que se recoge el acto de jurisdicción, o sea la sentencia, comprenda ambas clases de juicios de modo que de la manera más explícita posible sea asertiva, afirmativa y que no hipotética. De ahí que cuando la sentencia no es expresa o terminante, o se manifiesta de manera ambigua o contradictoria, o se estructura de manera simplemente enunciativa con referencia a los actos de prueba y prescindiendo del *thema probandi*, se constituye en acto procesal defectuoso, vicio de actividad éste imposible de subsanar en la dinámica de las instancias, como tampoco susceptible de remedio en casación a través de su reemplazo, dado que con ello el superior terminaría trastocando la estructura del proceso por instancias o grados.”⁴²

El derecho a la argumentación o motivación, es un pilar del Estado de Derecho que se fortalece con la constitucionalización del derecho penal, es garantía de la legalidad, y determina que se exhiban las razones de orden fáctico y jurídico que conducen a adoptar una decisión, de manera clara, coherente y completa, a fin de permitir su refutación, su control posterior y evitar la arbitrariedad. Cuando una sentencia no cumple con estas exigencias, vulnera la tutela judicial efectiva del ciudadano quebrantando el debido proceso.

Cuando este tipo de reproches se predicen de una sentencia en desarrollo del recurso de casación, se hace necesario establecer si (i) se presenta una ausencia absoluta de motivación, evento en el que el fallador no consigna los fundamentos fácticos y jurídicos en que se apoya la decisión, o (ii) la motivación es incompleta o deficiente, que se configura cuando el juez colegiado omitió pronunciarse sobre alguno de tales aspectos o pretermitió el examen de los alegatos de los sujetos procesales en temas trascendentales destinados a resolver el problema jurídico concreto, de modo que impide saber cuál es el soporte de la sentencia, o (iii) la motivación es ambigua, ambivalente o dilógica, que se presenta cuando el juez incurre en contradicciones o involucra conceptos excluyentes entre sí, al punto que es imposible desentrañar el contenido de la parte considerativa o, finalmente, (iv) cuando la motivación es sofística, aparente o falsa, que surge cuando el fundamento probatorio de la decisión no consulta la realidad probatoria del proceso, de modo que, partiendo de una apreciación incompleta de la prueba, el sentenciador construye una realidad diferente y llega a conclusiones abiertamente equívocas.

El establecer lo ocurrido respecto de la motivación, se requiere con el fin de identificar el tipo de error y sus consecuencias, pues únicamente los tres primeros eventos enunciados son enjuiciables mediante la causal tercera de casación y se trata de errores in procedendo, cuya prosperidad o decreto conducen a declarar la nulidad de la providencia para garantizar un adecuado ejercicio del derecho de contradicción, mientras que el cuarto evento, la motivación sofística, aparente o falsa, al tratarse de un vicio de juicio o in iudicando, es atacable por la causal primera, cuerpo segundo y, en el evento de prosperidad, conlleva a emitir una determinación sustitutiva.⁴³

Como se pudo observar en la reseña sobre la sentencia atacada, el Ad quem realizó una motivación incompleta o deficiente pues al omitir dar respuesta a las inconformidades fundamentales de los apelantes, declaró que no había controversia sobre la materialidad de la conducta limitándose a enunciar algunas pruebas y, en el aspecto subjetivo, erróneamente consideró la posición de garante como una forma de participación que había

sido abordada por “el a quo tímidamente tratándose de un aspecto medular del juicio de responsabilidad atribuible a los encausados”⁴⁴, cuando esta es una condición exigida por la ley para imputar conductas a título de omisión impropia o de comisión por omisión, imputación que en ningún momento fue realizada a los acusados.

Sobre este último aspecto, es claro que el 18 de enero de 2010 la Fiscalía 77 Especializada con sede en Neiva resolvió:

“PRIMERO: ACUSAR al Mayor VÍCTOR HUGO DÍAZ ORJUELA y al Subintendente LUIS FERNANDO SOTO GUILLÉN como presuntos COAUTORES de la Conducta Punible de HOMICIDIO AGRAVADO, de conformidad con lo estipulado en los artículos 103, 104 Numeral 7°, 58 Numerales 9° y 10° del Estatuto Punitivo y 395, 397 y 398 del Código de Procedimiento Penal y PRECLUIR la investigación por el delito de TORTURA AGRAVADA, tipificada en los artículos 178 y 179 del Estatuto Punitivo, conforme lo autorizan los artículos 7° y 399 del Ordenamiento Procesal Penal”⁴⁵ (Los resaltados fueron realizados por la Fiscalía).

Con fundamento en esta acusación y las alegaciones de las partes, el a quo indicó que el marco de la decisión se circunscribía a las siguientes hipótesis:

“a) Fue la causa de la muerte de José Henry Reyes Álvarez, el ataque subversivo realizado a los miembros del GAULA el 26 de agosto de 2002 en horas de la madrugada y por ende los aquí implicados no tienen ninguna responsabilidad de los hechos.

b) Al no existir certeza de cómo se produjo la muerte física de José Henry Reyes Álvarez no se les puede achacar tal resultado muerte, ni se les puede endilgar responsabilidad dolosa, culposa o preterintencional.

c) Los aquí acusados fueron los responsables de la muerte de José Henry Reyes Álvarez y el mencionado ataque de la guerrilla tan sólo es un montaje para encubrir su

responsabilidad.”⁴⁶

Al inició del análisis sobre la responsabilidad, respecto de la primera hipótesis el a quo consideró que aún en el caso de que la muerte de José Henry Reyes Álvarez hubiese sido ocasionada por el ataque del grupo subversivo, esto no “releva de responsabilidad a los aquí acusados”,

“[p]orque la pregunta es, qué hacía un civil dentro de un operativo militar y que responsabilidad le cabe a estos uniformados por la vida de esta persona, máxime que como se explicará más adelante y quedará demostrado, JOSÉ HENRY REYES no estaba por su propia cuenta, fue sacado con mentiras de su casa, llevado hasta el puente peatonal de Girardot en donde lo abordaron los funcionarios del Gaula, lo detienen, lo suben a diferentes vehículos, lo interrogan, hasta que presuntamente revela sabe el sitio donde se encontraba el secuestrado, pero sin embargo se dice que él se ofrece voluntariamente a colaborar; Henry si fue con estos funcionarios del Gaula pero obligado; pero digamos que fue voluntariamente, los funcionarios del Gaula tenían el deber legal y constitucional de garantizar la vida de esta persona.”⁴⁷

Pero al concluir esta reflexión, afirmó que:

“No obstante lo anterior, del acopio probatorio se infiere con certeza absoluta que los aquí acusados fueron los responsables de la muerte de José Henry Reyes Álvarez y el mencionado ataque de la guerrilla tan sólo fue un montaje para encubrir su responsabilidad. Veamos...”.

Esta afirmación y el análisis probatorio realizado a continuación por el a quo constituyen el soporte de la decisión condenatoria proferida y el objeto de la apelación presentada y sustentada por los defensores de Víctor Hugo Díaz Orjuela y Luis Fernando Soto Guillén, estableciéndose de esta manera los límites del recurso que debieron ser atendidos por el Tribunal y, como no lo hizo, vulneró sus derechos fundamentales de defensa, contradicción

y debido proceso.

Para la Sala también es claro que ninguno de los demandantes propuso como cargo la motivación incompleta o deficiente de la sentencia, aunque si utilizaron este argumento en la configuración de los ataques formulados. Tampoco fue solicitada la nulidad por la representante del Ministerio Público, pese a que indicó que sobre el aspecto subjetivo del hecho punible el Ad quem no realizó motivación alguna.

Por lo tanto, al amparo del artículo 216 de la Ley 600 de 2000 y en razón a la evidente vulneración de las garantías fundamentales de los procesados, la Sala casará de oficio la sentencia y decretará su nulidad, ordenando devolver el expediente para que el Tribunal Superior de Ibagué profiera la decisión que en derecho corresponda dentro del marco fáctico de la imputación realizada.

Por 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:

CASAR de oficio la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué el 30 de noviembre de 2015 en contra de Víctor Hugo Díaz Orjuela y Luis Fernando Soto Guillén, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, decreta la NULIDAD de todo lo actuado a partir de su expedición, inclusive, para efectos de que se rehaga dentro de las condiciones de adecuada motivación establecidas por la Corte.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Aunque en el acápite de los hechos tanto del escrito de acusación de la Fiscalía como de la sentencia aparece señalado como lugar de los hechos la vereda “Samaria” del municipio de Purificación, los hechos ocurrieron en la vereda “Sinaí” del municipio de Suárez, municipios colindantes ubicados ambos en el Departamento del Tolima. Dicha circunstancia fue corroborada en la diligencia de inspección judicial al lugar de los hechos en la cual se tomaron las fotografías que obran entre folios 270 a 274 del Cuaderno 1 del Juzgado 2° Penal del Circuito de Espinal e, igualmente, fue precisado por el Tribunal Superior de Ibagué mediante el auto del 1 de julio de 2010 que dirimió la competencia territorial, como se observa en los folios 227 a 233 del cuaderno original No 8B.

2 Cuaderno original No 3, folios 126 a 128.

3 Cuaderno original No 6B, folios 118 a 140.

- 4 Cuaderno original No 6B, folios 249 a 254.
- 5 Cuaderno original No 7A, folios 1 al 20.
- 6 Cuaderno original No 7A, folios 45 a 53.
- 7 Cuaderno original No 7A, folios 62 a 64.
- 8 Cuaderno original No 7A, folios 134 a 140.
- 9 Cuaderno original No 7A, folios 200 a 206.
- 10 Auto del 21 de junio de 2007, cuaderno original No 7A, folios 297 a 310.
- 11 Auto del 10 de septiembre de 2007, cuaderno original No 7A, folios 272 a 295 y cuaderno No 8A, folios 1 al 23.
- 12 Auto del 8 de noviembre de 2007 de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, cuaderno original No 8A, folios 41 a 47 y cuaderno original colisión de competencias, folios 4 al 11.
- 13 Cuaderno original No 8B, folios 83 a 112.
- 14 Cuaderno original No 8B, folios 283 y 284.
- 15 Cuaderno original No 9, folio 62 y 63.
- 16 Cuaderno original No 9, folio 93 al 96.
- 17 Cuaderno original No 9, folios 191 a 261.
- 18 Cuaderno original Tribunal Superior de Ibagué, folios 10 al 43.

- 19 Cuaderno original de la Corte Suprema de Justicia, folio 12.
- 20 Cuaderno original Tribunal Superior de Ibagué, folio 135.
- 21 Cuaderno original Tribunal Superior de Ibagué, folio 136.
- 22 Cuaderno del Tribunal, folio 200.
- 23 Cuaderno original del Tribunal, folio 209.
- 24 El libelista cita textualmente un aparte de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 25 de agosto de 2010 proferida en el radicado 32964.
- 25 Cuaderno original del Tribunal, folio 223.
- 26 Cuaderno original del Tribunal, folios 236 y 237.
- 27 Cuaderno original del Tribunal, folio 239.
- 28 Cuaderno de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, folio 47.
- 29 Cuaderno original del Tribunal, folio 171.
- 30 Cuaderno original del Tribunal, folio 178.
- 31 Cuaderno original del Tribunal, folio 199.
- 32 Cuaderno original del Tribunal, folios 240 y 241.
- 33 Cuaderno original de la Corte Suprema de Justicia, folio 58.
- 34 Cuaderno original del Tribunal, folio 27.

- 35 Cuaderno original del Tribunal, folio 35.
- 36 Cuaderno original del Tribunal, folio 40.
- 37 Cuaderno original del Tribunal, folio 41.
- 38 Cuaderno original del Tribunal, folio 41.
- 39 CSJ, sentencia del 27 de julio de 2006, radicado 22329.
- 40 CSJ. Sentencia del 29 de julio de 2008, radicado 24143.
- 41 CSJ. AP, del 30 de mayo de 2007, radicado 24108.
- 42 CSJ. Sentencia del 25 de marzo de 1999, radicado 11279.
- 43 CSJ. Sentencia del 4 de marzo de 2009, radicado 27910; SP9396 del 16 de julio de 2014, radicado 41567, entre otras.
- 44 Cuaderno original del Tribunal, folio 30.
- 45 Cuaderno original No 8B, folio 111.
- 46 Cuaderno original No 9, folio 210.
- 47 Cuaderno original No 9, folio 215.
- 40