

Radicado: 2010 – 2281
Delito: Homicidio Agravado
Acusado: Carlos Andres Peñaloza Cuellar

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, doce de enero de dos mil doce

N° Interno: 2010-2281

Sentencia (Ley 600) - 2ª Instancia

Radicado : 05-284-31-89-001-2010-00104

Acusados: Carlos Andrés Peñaloza Cuellar

Delito : Homicidio Agravado y otros

Decisión : Revoca Parcialmente condena

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha

Acta N° 001

M.P. YAMIL CYLENIA MARTINEZ RUIZ

INTRODUCCION

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el Defensor, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito con sede en Frontino, Antioquia, de fecha 8 de septiembre de 2010 mediante la cual condenó al señor CARLOS ANDRES PEÑALOZA CUELLAR, por los delitos de Homicidio Agravado y Desaparición Forzada, luego de aceptar los cargos.

HECHOS

Nos remitiremos a los señalados por la Fiscalía en el acta correspondiente:

Radicado: 2010 - 2281
Delito: Homicidio Agravado
Acusado: Carlos Andres Peñaloza Cuellar

Los hechos que dieron origen a esta investigación, sucedieron el día 7 de diciembre del año 2005, cuando miembros adscritos al Batallón de Infantería nro. 32 "GENERAL PEDRO JUSTO BERRIO", con tropas de la compañía Borrasca 3 se desplazaban a realizar la operación "EMBLEMA", misión táctica "Diluvio", al mando del ST. OLAYA TRUJILLO DIEGO ANDRES, y entre los que se encontraba el hoy vinculado, CARLOS ANDRES PEÑALOSA CUELLAR, como segundo al mando de la compañía, dado que para ese momento se desempeñaba como Cabo Tercero del Ejército, y quien en la madrugada del 7 de diciembre de 2005, salió a hacer un registro por la zona de acuerdo a la orden que le había dado su superior ST. OLAYA TRUJILLO DIEGO ANDRES, parte con la escuadra primera del tercer pelotón de Borrasca, posteriormente se escuchan unos disparos, ordena y abre fuego, luego hacen el registro y se dan cuenta de que un sujeto había sido dado de baja. Dentro de la presente investigación y en diligencia de ampliación de indagatoria, ha manifestado el sindicado que debido al acoso y a la presión de sus superiores, entre ellos, el mayor CHURIO MARCUCCI FELIX y el teniente OLAYA TRUJILLO DIEGO ANDRES, acordaron planear lo pertinente para ofrecer una baja simulada y de esta manera mantener contento al mayor CHURIO MARUCCI FELIX. Entonces fue cuando en compañía del T. OLAYA TRUJILLO, y otros integrantes del pelotón Borrasca Tres, deciden llevar a cabo un acuerdo para que el SLP. MARTINEZ JHON FREDY, reclutara junto con un familiar de éste, al señor JHONATAN FABIO OBANDO AGUDELO, quien era el supuesto guerrillero que debían dar de baja, toda vez, que era el sujeto escogido y quien reunía todas las características para hacerlo partícipe del siniestro y hacerlo pasar como subversivo. La víctima al parecer se trata de un joven violador y debía ser exterminado....El SLP. MARTINEZ JHON FREDY en acuerdo con el teniente OLAYA y el C3 PEÑALOZA CUELLAR, deciden realizar la operación y se determina quién será la víctima, de dónde proviene y cómo se realizará el procedimiento. A través de la investigación se establece que la persona dada de baja fue JHONATAN FABIO OBANDO AGUDELO, un joven de 22 años, al que un sujeto particular HEBER DE JESUS ALVAREZ OSPINA, le ofreció la suma de dos millones de pesos para ir a llevar una encomienda a Frontino, el joven aceptó y lo llevó JHON FREDY MARTINEZ,

Radicado: 2010 - 2281
Delito: Homicidio Agravado
Acusado: Carlos Andres Peñaloza Cuellar

quien se hacía pasar como del grupo familiar de HEBER DE JESUS, debido a que se conocían desde tiempos pasados y soldado profesional en el Ejército Nacional, y que a su vez participó en la operación que terminó con la vida de JONATAN OBANDO AGUDELO. A esta persona lo vistieron con uniforme de policía color verde oliva y le acomodaron un arma tipo changón. El uniforme y el arma fueron suministrados por el familiar del SLP. MARTINEZ.

RECUESTO PROCESAL

El once de junio de 2009, a solicitud del procesado, se realizó por parte de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Fiscalía 69, diligencia de formulación de cargos con fines de sentencia anticipada, donde se le imputaron al procesado las conductas punibles de **HOMICIDIO AGRAVADO y DESAPARICION FORZADA AGRAVADA**.

El día ocho de septiembre de 2010, el JUZGADO PROMISCUO DEL CIRCUITO CON SEDE EN FRONTINO ANTIOQUIA, profirió sentencia condenatoria en contra del señor CARLOS ANDRES MPEÑALOZA CUELLAR, por los delitos antes mencionados.

LA SENTENCIA RECURRIDA

Indica el Juzgado de primera instancia, que la participación del procesado PEÑALOZA CUELLAR, lo ubica como coautor del delito de homicidio agravado, porque la diligente investigación descubre el desarrollo de los acontecimientos criminales desde su inicio hasta el desenlace que produjo la muerte de JHONATAN FABIO OBANDO, a manos de integrantes del Ejército Nacional y confirma plenamente los sostenido por el procesado en su diligencia de ampliación de indagatoria.

Radicado: 2010 - 2281
Delito: Homicidio Agravado
Acusado: Carlos Andres Peñaloza Cuellar

Así mismo, las indagatorias realizadas a los militares que participaron en la operación de registro llevada a cabo el 7 de diciembre de 2005, fecha en la cual dieron muerte a JONATHAN FABIO OBANDO, se deducen sustanciales contradicciones, y estas permiten aclarar o develar la realidad del asunto, así como la empresa criminal montada para complacer las exigencias de resultados que los altos mandos les hacían a los soldados.

Algunas de las inconsistencias, que confirman plenamente lo narrado por el procesado, tienen que ver con la hora de los hechos, pues no tuvieron acuerdo sobre ella, ya que unos dicen que fue a las cinco de la mañana, otros que a las 5:30, otros que a las 5:45 o 6:00 de la mañana y otros dicen no recordar.

En cuanto a la distancia que existió entre el lugar donde tenían establecido el campamento o vivac y el lugar del supuesto combate donde se hizo el levantamiento del cadáver tampoco concuerdan, y tampoco supieron cuántos fueron los supuestos "bandidos" que los atacaron.

Hace énfasis el fallador en el informe de análisis de Comportamiento Criminal, del 8 de septiembre de 2009, procedente de la Unidad Especial de Comportamiento Criminal de la Fiscalía, junto con las demás pruebas que dan cuenta de las contradicciones existentes entre las versiones de los militares y las trayectorias de los proyectiles que impactaron la humanidad de JONATHAN FABIO OBANDO, en especial la que causó la muerte. De otra parte existe la prueba testimonial, que da cuenta sobre el comportamiento del occiso, puesto que las personas que lo conocieron informaron que no sabían de actividades sospechosas de la víctima, de las cuales se pudiera deducir su dedicación a la subversión, sino todo lo contrario, trabajaba en construcción y con nadie tuvo problemas.

Radicado: 2010 - 2281
Delito: Homicidio Agravado
Acusado: Carlos Andres Peñaloza Cuellar

De igual manera se cuenta con las primeras versiones del testigo de cargo HENRY ALBERTO GUERRA MAZO, quien dio a conocer el plan que se materializó para dar muerte a JHONATAN FABIO OBANDO, iniciado por HEBER DE JESUS ALVAREZ, engañando a la víctima con dos millones de pesos de los cuales le adelantó uno, continuado por su sobrino el soldado profesional JHON FREDY MARTINEZ, alias JHONCITO, quien recogió en una camioneta a su víctima y lo llevó al sitio donde lo ultimaron.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

Indica el representante de la defensa, que no se puede condenar a una persona por la simple aceptación de cargos violando una norma sustancial, toda vez que estas últimas son garantías constitucionales, de tal suerte que para el delito de Desaparición Forzada no se le podía realizar una imputación a su defendido.

Para que se dé el delito de Desaparición forzada, se exige que se realice una captura o detención ilegal al individuo al cual se le va a realizar la desaparición, y la víctima en el presente caso, jamás fue detenido ilegalmente o capturado o secuestrado o llevado a la fuerza al lugar donde se habría de perpetrar su crimen, pues fue su voluntad el querer ir, si bien es cierto no al encuentro con la muerte, si a una cita que de manera libre y voluntaria aceptó. Transcribe algunos pronunciamientos sobre el tipo penal de desaparición.

Solicita analizar la valoración hecha por parte del Juzgado en lo que respecta a la Desaparición forzada y en tal sentido juzgarse únicamente por el Homicidio agravado.

Radicado: 2010 - 2281
Delito: Homicidio Agravado
Acusado: Carlos Andres Peñaloza Cuellar

Indica el señor abogado, que de no tenerse en cuenta los fundamentos de su petición anterior, la Sala se abstenga de tener en cuenta el agravante impuesto a la norma de la Desaparición forzada, ya que, en su concepto, jamás se realizaron alteraciones al cadáver de la víctima, pues el occiso llevaba libre y voluntariamente su vestimenta, que si bien es cierto le fue entregada por los miembros del Ejército, es cierto que éste se la puso espontáneamente para ir al lugar donde se produjo la muerte.

Solicita para su prohijado, que la pena se tase en 320 meses y un día, habida consideración que la información suministrada por éste ha sido trascendental para el proceso, así como también su carencia de antecedentes penales, su formación académica y social y la situación actual que ha tenido que soportar su familia con la protección que le está brindando el Estado.

Solicita una redosificación punitiva teniendo en cuenta lo expresado en su escrito y lo objetivamente observado en el recaudo probatorio.

CONSIDERACIONES

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, acorde con lo previsto en el artículo 76, numeral primero del Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000, y el principio de la doble instancia, como postulado del debido proceso.

Para el señor Defensor, no se encuentra demostrada la comisión del delito de Desaparición Forzada, pues la víctima jamás fue detenida ilegalmente, capturado, secuestrado o llevado a la fuerza hasta el lugar donde se encontraría con la muerte.

Radicado: 2010 - 2281
Delito: Homicidio Agravado
Acusado: Carlos Andres Peñaloza Cuellar

Al respecto, tenemos que decir, que el 11 de junio de 2009, la Fiscalía realizó diligencia de formulación de cargos con fines de sentencia anticipada, donde se le imputaron al señor CARLOS ANDRES PEÑALOZA CUELLAR, en calidad de coautor, los delitos de Homicidio Agravado y Desaparición Forzada Agravada, cargos que fueron aceptados por el procesado y por los cuales fue condenado en el Juzgado de Conocimiento.

Respecto a la figura de la Sentencia Anticipada, nuestra Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en los fallos que se emitan con presupuesto de aceptación de cargos, *"tienen como presupuesto forzoso, ineludible e insuperable la ocurrencia y prueba de un hecho típico, antijurídico y además culpable, frente al cual, y sólo a él, procede y resulta de recibo la admisión de responsabilidad que hace por esas vías el procesado, dando lugar a una imposición de la pena.*

*"Repugnante a la justicia, y del todo contrario a un Estado de Derecho, resultaría la posibilidad de que en la búsqueda tal vez de una liberación anticipada, o de una pena menor a la prevista en la ley para un caso concreto debatido, auspiciara la ley [...] el proferimiento de sentencias condenatorias adversas a personas inocentes"*¹.

En providencia del 6 de mayo de 2009, emitida dentro del radicado 24055, con ponencia del Magistrado JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA, se dijo lo siguiente: *"De ahí que la Sala ha desarrollado de manera pacífica una línea jurisprudencial, según la cual frente a la vulneración de derechos fundamentales en la sentencia anticipada, o "cuando el fallador no se percata del quebranto de tales garantías, o con su proceder las conculca, imperativo resulta invalidar lo actuado conforme a la ley procesal penal, ya sea de oficio o a solicitud de los sujetos procesales"*².

"Aquí no se viola el principio constitucional de la presunción de inocencia ni su correlativo de la carga de la prueba como misión del Estado, simplemente el primero se desvirtúa por parámetros legales diferentes, como son la renuncia del procesado a refutar la acusación y al acopio de otras pruebas, la explícita aceptación de los cargos y la constatación de que no

¹ Sentencia de segunda instancia de 24 de marzo de 1994, radicación 9038.

² Sentencia de 10 de abril de 2003, radicación 14337.

Radicado: 2010 – 2281
Delito: Homicidio Agravado
Acusado: Carlos Andres Peñaloza Cuellar

existen los presupuestos para la preclusión o la cesación. En otras palabras, para efectos de estas formas de terminación anticipada, basta verificar y controlar la aceptación de responsabilidad y la seguridad de que no está plenamente comprobado que el hecho no ha existido, o que el sindicado no lo ha cometido, o que la conducta es atípica, o que no es antijurídica, o que el sujeto no es culpable, o que la actuación no podía iniciarse o no puede proseguirse. En presencia de una cualquiera de estas causas negativas de un juicio de responsabilidad penal, a la vez suficiente fundamento para precluir la Investigación o cesar el procedimiento, el juez que examine la aceptación de responsabilidad por vía de sentencia anticipada no tiene alternativa diferente a anularla para regresar al procedimiento ordinario, pues sólo así se respeta el debido proceso.

"Así pues, el sustento de la condena en el juicio especial de sentencia anticipada radica, de un lado, en la posición directa y genuina del procesado de aceptar la acusación y, de otra parte, en la valoración de mérito negativo sobre los requisitos de la preclusión de investigación o cesación de procedimiento"³.

En este orden de ideas, será ineludible decretar, aun de manera oficiosa, la invalidez de lo actuado dentro del trámite de sentencia anticipada cuando sea ostensible, entre otras situaciones, que la aceptación por parte del procesado es en relación con una conducta punible cuya ocurrencia no está demostrada, bien sea por insuficiencia probatoria o porque la misma refulge como manifiestamente atípica."

Así las cosas, entra la Sala a realizar un análisis de la prueba recaudada por la Fiscalía, con el fin de determinar si en el caso que nos ocupa, se encuentra demostrada la conducta típica de Desaparición Forzada, que es el tema que refuta la Defensa.

Para dichos efectos, diremos, que se encuentra plenamente probada la muerte planeada, violenta y sin justificación alguna, del señor JHONATAN OBANDO AGUDELO, ocurrida el día 7 de diciembre de 2005, en el corregimiento Nutibara del

³ Sentencia de 12 de agosto de 1998, radicación 10524. En el mismo sentido, sentencias de 10 de junio de 1998, radicación 9830; 10 de agosto de 2002, radicación 11887; 5 de junio de 2003, radicación 15058; 28 de abril de 2004, radicación 19435; y 9 de junio de 2004, radicación 13594, entre otras.

Radicado: 2010 - 2281
Delito: Homicidio Agravado
Acusado: Carlos Andres Peñaloza Cuellar

municipio de Frontino, Antioquia, situación que no es cuestionada por las partes.

Tampoco se ha desconocido, que el fallecimiento de este joven se dio por una herida causada por proyectil de arma de fuego, originada por disparos de soldados adscritos al Batallón de Infantería nro. 32 "GENERAL PEDRO JUSTO BERRIO", compañía Borrasca 3, quienes le dieron muerte a este ciudadano y posteriormente lo presentaron ante sus superiores como un subversivo dado de baja, en combate con las fuerzas del orden.

Precisamente entre esos soldados se encontraba el hoy vinculado CARLOS ANDRES PEÑALOZA CUELLAR, quien en diligencia de ampliación de indagatoria, expone con lujo de detalles cómo se planeó y ejecutó la muerte del joven OBANDO AGUDELO, lo que a la postre sirvió como fundamento de los cargos a los cuales se acogió bajo el mecanismo de la Sentencia Anticipada.

Veamos entonces, que fue lo que dijo el procesado PEÑALOZA CUELLAR en su diligencia de ampliación de indagatoria, de fecha 4 de junio 4 de 2010, en relación con la manera como se fraguó el plan criminal, que terminó con el deceso de la víctima:

"... los soldados del pelotón Borrasca Tres eran sabedores de lo que se estaba presentando, porque también los perjudicaba, el no salir a licencia. Aunque yo trataba de apaciguarlos, diciéndoles que yo duré once meses en la brigada Mobil seis; sin salir de licencia, cuando estábamos en la operación Omega en las selvas del Caqueta. Y que por lo menos nosotros teníamos la posibilidad de llamar a la Familia y allí no, porque en la selva no hay señal, no hay sino arboles y casi no entra el sol. Ya que como nosotros somos soldados tenemos que abstenemos de muchos privilegios. Entre esas disputas, aparece el comentario de que el soldado MARTINEZ JHON FREDY, tiene la solución a nuestros problemas. Los soldados sabían que yo era echado para adelante, pero tenían miedo de comentármelo a mi

Radicado: 2010 - 2281

Delito: Homicidio Agravado

Acusado: Carlos Andres Peñaloza Cuellar

directamente. Porque yo les andaba duro según ellos, por lo exigente, ya que yo venía de trabajar con soldados profesionales de mucha más antigüedad que la que tenían ellos. Fue así como un grupo de soldados del pelotón, en los cuales se encontraba el soldado MARTINEZ, GIL ALZATE, uno que le decían MIPRY, que corresponde al soldado WILMAR CARDONA MOSQUERA, MUNOZ OSORNO, JAIRO ALBERTO CARDONA RUIZ, PEDRO NEL (MORENO) DEL CHOCO, que le llamaban Ros Waalir, IVAN ARTURO MESTRA CORONADO, y otros que no recuerdo. Hablaron con el teniente OLAYA y le comentaron que nosotros podíamos empezar a dar bajas para ver si nos ganábamos la salida a la casa. Que MARTINEZ sabía de un tipo, que en el pueblo donde vivía lo iban a matar. Que a nosotros nos lo regalaban, para no calentar el pueblo, ya que el tipo se iba a morir porque supuestamente era violador de niños. Hay (sic) fue donde el teniente OLAYA se me acerca y me comentó, lo que los soldados le habían dicho y que opinaba yo. En vista de la presión que teníamos por parte de mi mayor CHURIO, la época de diciembre y otros argumentos más, le dije al Teniente: que yo no sabía si era lo correcto pero que lo intentáramos a ver qué pasaba. Me detuve a pensar un segundo y le pregunté al Teniente Olaya, y el arma que? Me contestó que nosotros éramos afortunados ya que nos lo iban a regalar con todo y arma. La suma que se iba a pagar por ella era muy mínima y que la proporcionaba él. Como se iba a mandar al soldado MARTINEZ a traer al sujeto, por ahí derecho el traería el arma que la proporcionaba un familiar del soldado MARTINEZ, creo que era un primo, así lo decía el soldado MARTINEZ. El cuento era que era violador y que había violado un familiar del tipo que nos iba a dar el arma. También tengo entendido según el soldado MARTINEZ, que el sujeto que iban a traer, era lo que uno llama escoria, porque se la pasaban en los pueblos robando, atracando, haciendo de todo tipo de mal. Y que no tenía familiares cercanos. Hay pensamos con el Teniente OLAYA, que era la persona ideal para ese trabajo. Más sin embargo tenía mis dudas, porque eso tan fácil no dan tanto. El soldado MARTINEZ salió del Alto Las Golondrinas, como dos días antes, hacer (sic) el mercado. El mantuvo comunicándose con el teniente OLAYA, vía telefónica desde el momento que salió hasta el momento que llegó con el sujeto que íbamos a dar de baja. Llegaron como a eso de la una de la mañana y nosotros estábamos preocupados por la hora, ya que el último carro que llegaba a Nutibara llegaba a eso de las siete de la noche, y de Nutibara donde

Radicado: 2010 - 2281
Delito: Homicidio Agravado
Acusado: Carlos Andres Peñaloza Cuellar

estábamos nosotros solamente había horas de camino. Por eso nosotros el pelotón Borrasca Tres, los esperamos a eso de las nueve a diez de la noche. La explicación que nos dio el soldado MARTINEZ, fue que se bajó mucho antes del pueblo de Nutibara. Para que nadie lo viera y no dejar sospechas, utilizó otro camino dándole la oreja al pueblo. Con razón llegaron embarrados y cansados. Después el Teniente Olaya y yo decidimos hablar con el sujeto, haber si lo que nos decía el soldado MARTINEZ era cierto. O sea, corroborar si el sujeto era violador o no... ".... El teniente OLAYA le dice al tipo, que había que ir a traer una droga en un cerro mas arriba de donde nosotros estábamos, pero que para ir allá, tenía que vestirse con un uniforme de Policía que allí teníamos para él. Ese uniforme lo trajo el soldado MARTINEZ junto con el arma, un changón calibre dieciséis recortado, pero el sujeto nunca se dio cuenta de que el soldado MARTINEZ, traía esos implementos dentro de un bolso. Por eso accedió a colocarse el mismo el uniforme con la gran casualidad que le quedaba apenas para la talla de él. Después de que se le uniformó, le prestaron un sitio para que descansara algo, ya que supuestamente el día que seguía iba a ser largo para él. Mientras que el hombre descansaba, mi Teniente OLAYA se reúne con el soldado MARTINEZ, con el soldado CARDONA RUIZ y conmigo. Se acordó los últimos detalles para hacer el trabajo. Es decir, para llevar a cabo la legalización del mercado. El Teniente OLAYA claramente le dice al soldado CARDONA RUIZ, que él era el que iba a ejecutarlo. Pero que mucho ojo y no se le fuera a volar. Que le disparara de lejitos pero certero. Le dice el Teniente OLAYA, al soldado MARTINEZ, que por si acaso falla CARDONA que él esté pendiente y lo asegure. Ya que no se nos puede volar el mercadito. Y a mí me da la orden de avanzar con ellos y los soldados de la primera escuadra, para hacer el registro de la parte alta de Golondrinas, donde se encontraba Borrasca Cuatro, que se había movilizaba el día seis de diciembre en las horas de la noche hacia el sector de Cuevas. Y que a mitad de camino, legalizáramos al man. Que tan pronto el tipo cayera le reportara por radio de comunicaciones de dos metros, un supuesto combate, contra los narco terroristas de las FARC. El teniente OLAYA se quedó más o menos a unos setecientos metros de donde el soldado CARDONA RUIZ dijo de baja al sujeto..."

Radicado: 2010 - 2281
Delito: Homicidio Agravado
Acusado: Carlos Andres Peñaloza Cuellar

Lo que pasa de ahí en adelante es, que los efectivos militares informan a sus superiores sobre un guerrillero sin identificar dado de baja en combate

Así las cosas, debemos hacer un análisis de la manera como se efectuó la conducta punible y su caracterización como delito, a la luz de las disposiciones internacionales sobre el tipo penal de Desaparición Forzada y la legislación interna.

Es así como mediante la Resolución 47/133 de 1992 la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas -ONU-, se adoptó la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, en la que se estableció que se presenta este comportamiento cuando: *se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna u otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndola así a la protección de la ley.*

Según esta declaración, se configura la desaparición forzada cuando concurren los siguientes elementos: la privación de la libertad de una persona por agentes gubernamentales, por grupos organizados o por particulares que actúan a nombre del gobierno o con su apoyo, autorización o asentimiento, y la negativa a revelar su suerte o paradero o a reconocer que ella está privada de la libertad sustrayéndola así a toda protección legal.

Las Naciones Unidas en la Conferencia de Roma celebrada en julio de 1998, al adoptar el Estatuto de la Corte Penal Internacional, y con el objeto de

Radicado: 2010 - 2281
Delito: Homicidio Agravado
Acusado: Carlos Andres Peñaloza Cuellar

proteger los bienes jurídicos mencionados, incluyó dentro de los crímenes de lesa humanidad la desaparición forzada en el artículo 7.2 literal i), definiéndola como "la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado".

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por la Ley 707 de 2001: ARTICULO II. Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

A nivel interno, nuestra Corte Constitucional se pronunció al respecto, en la sentencia C-317 de 2002, Magistrada ponente Dra. CLARA INES VARGAS HERNANDEZ: "Esta corporación realiza el siguiente análisis:

El artículo 165 de la Ley 599 de 2000, bajo revisión, tipifica el delito de desaparición forzada de la siguiente manera: "El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1.000) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años.

"A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso

Radicado: 2010 - 2281
Delito: Homicidio Agravado
Acusado: Carlos Andres Peñaloza Cuellar

anterior.

El inciso segundo de la norma en revisión señala como sujetos activos del delito de desaparición forzada al servidor público o al particular que actué bajo su determinación o aquiescencia con arreglo a la tipificación de la conducta y la sanción descritas en el inciso primero; es decir, que la norma consagra el delito de desaparición forzada cometido por un agente del Estado que actúe directa o indirectamente, y también el cometido por un particular siempre que actué con su apoyo o tolerancia.

Con base en lo anterior, concluye la Corte que tratándose de la desaparición forzada cometida por agentes del estado -servidores públicos-, en forma directa o indirectamente a través de un particular que actúe bajo su determinación o aquiescencia, la descripción de la conducta exige que se someta a una persona a privación de su libertad, bien sea en forma legal o ilegal; que luego la víctima sea ocultada y sus familiares no puedan conocer su paradero; y que ocultada la víctima, el sujeto agente se abstenga de brindar información sobre su paradero sustrayéndola del amparo de la ley, imposibilitándola de esta manera para ejercer cualquiera de los recursos legales establecidos para su protección. Es decir, que no es necesario requerimiento alguno pues basta la falta de información.

Sin duda, la consagración de este inciso está en consonancia con el mínimo de protección establecida en los instrumentos internacionales que consagran la desaparición forzada como un delito de Estado."

Por su parte, nuestra Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre los requisitos del tipo penal de Desaparición Forzada dentro del radicado 32672, de diciembre 3 de 2009, cuando indicó:

De lo anterior surge evidente la configuración de las fases de la figura punible: i) privación de la libertad; ii) no información sobre esta situación de privación de la libertad, lo que conllevó a iii) sustraer a EUDALDO LEÓN DÍAZ SALGADO del amparo de la ley que es una expresión del núcleo del injusto, elemento que se refiere a la posibilidad de acción y ejercicio de derechos y al efectivo funcionamiento de la administración de justicia.

Radicado: 2010 - 2281
Delito: Homicidio Agravado
Acusado: Carlos Andres Peñalosa Cuellar

Así pues, para la Sala es claro que tanto la legislación Nacional como la Internacional establecen como uno de los elementos básicos del delito de Desaparición Forzada, que exista una privación de la libertad, vista como la retención o aprehensión física de una persona, situación que, en el caso que nos ocupa, no se encuentra presente, tal y como lo destaca el representante de la Defensa.

Obsérvese bien como el soldado MARTINEZ viajó hasta el municipio de Itagüí para traer consigo un ciudadano que sirviera a las macabras intenciones de sus superiores, que no era otra que mostrar una baja ante los comandantes, quienes cada vez presionaban mas a la tropa, en especial a la Compañía Borrasca Tres, por la falta de operatividad.

El soldado JHON JAIRO MARTINEZ llegó a la ciudad, contacto al señor JHONATAN OBANDO AGUDELO, le ofreció una recompensa de dos millones de pesos para la realización de un trabajo, le adelantó la mitad del dinero, ambos se trasladaron hasta el corregimiento Nutibara del Municipio de Frontino, Antioquia y allí le dispararon a la indefensa víctima dándole muerte de manera instantánea.

La negociación entre el soldado JHON JAIRO MARTINEZ, conocido como JHONCITO, y el señor JONATAN OBANDO AGUDELO, se confirma con la declaración del señor HENRY ALBERTO GUERRA MAZO, quien indica lo siguiente en su declaración del 27 de julio de 2009, rendida ante la Fiscalía:

"Eso fue el 7 de diciembre de 2005, a eso de las 12 de la noche, a Jonatan lo llamó Ever y le ofreció un trabajo en Frontino, por ese trabajo le iba a pagar dos millones de pesos y le adelantó un millón, de ese trato lo hicieron por los lados de la casa de Ever, Ever vive en el barrio La Cruz de Itagüí, entonces Jonatan le acepto el trabajo, Ever le dijo que fuera a Frontino y le trajera un encargo de que allí la mamá de Ever le iba a mandar un encargo, entonces JONATAN se pudo se acuerdo con EVER para salir al

Radicado: 2010 – 2281
Delito: Homicidio Agravado
Acusado: Carlos Andres Peñaloza Cuellar

otro día, Ever llamó al sobrino de nombre YONCITO que para esa época estaba pagando servicio militar, lo llamó y le dijo que si le iba a hacer el trabajo es decir a matar a Jonatan entonces YONCITO le aceptó y le dijo que si, entonces YONCITO pidió una licencia en el batallón por dos días, se la dieron y se fue para el barrio La Cruz, ya allí se encontró con Jonatan, también se fue YONCITO, se montaron en una camioneta y salieron como a las cuatro de la mañana para Frontino....”...
“PREGUNTADO: Sabe usted porque Ever mandó a asesinar al señor JONATAN.
CONTESTA: Se escuchó en el barrio que Ever lo mandó a matar que porque Jonatan era vicioso y que porque al parecer había violado a una niña...”

Es evidente que el señor JONATAN OBANDO AGUDELO fue voluntariamente hasta el sitio donde se le dio muerte, ya que su libertad de locomoción nunca fue restringida ni limitada, sino engañado con el supuesto negocio del cual ya se le había dado una parte del dinero; la víctima estaba segura de que una vez hecho el trabajo ganaría aun más dinero, y por ello acompañó al soldado MARTINEZ hasta el municipio de Frontino, pero una vez allí se le dio muerte por éste.

Para la Sala, a la luz de las pruebas obrantes en el proceso, no se tipifica el delito de Desaparición Forzada, pues la conducta desplegada por el señor CARLOS ANDRES PEÑALOZA CUELLAR adolece de uno de los elementos objetivos del tipo penal, esto es, la retención o aprehensión del occiso, pues, como se vio, no hubo privación de la libertad o restricción de la locomoción de este ciudadano, porque el señor OBANDO AGUDELO fue engañado para llegar de manera voluntaria y espontánea hasta el sitio donde fue ultimado, motivo por el cual la conducta desplegada por el procesado, en relación con este delito, se torna en atípica.

Así las cosas, entraremos a analizar cuál es la decisión a adoptar, esto es, si la nulidad o la absolución, teniendo en cuenta que las pruebas recogidas dentro de la actuación indicaban de manera clara, que el único delito cometido por

Radicado: 2010 - 2281
Delito: Homicidio Agravado
Acusado: Carlos Andres Peñaloza Cuellar

este ciudadano fue el HOMICIDIO AGRAVADO, tal como lo dijo el Juzgado al inicio de las consideraciones.

Al respecto, se pronunció nuestra Corte Suprema de Justicia dentro del radicado 30948, en decisión de mayo 5 de 2010, Magistrado ponente Dr. JOSE LEONIDAS BUSTOS RAMIREZ; veamos: "2. **Prevalencia de la absolución sobre la declaración de nulidad. Línea jurisprudencial. Relativización del principio de prioridad.**

La doctrina reciente de la Corte ha venido sosteniendo, en forma pacífica, que la tensión que pueda llegar a presentarse entre las alternativas de declarar una nulidad por vicios que afectan exclusivamente los derechos del procesado, y la de eximirlo de responsabilidad, debe resolverse a favor de la que le reporte mayor significación sustancial, que no es otra que el derecho a la absolución, como finalidad suprema perseguida por la garantía fundamental de defensa. Sobre el particular, ha dicho:

"Si el derecho de defensa tiene como fin brindar al sujeto pasivo de la acción penal herramientas jurídicas para oponerse a la pretensión punitiva estatal y buscar, de esa forma y por regla general, desvirtuar las pruebas de cargo y, por consiguiente, obtener la declaración judicial de su inocencia, ninguna razón tiene invalidar la actuación con el único objetivo de garantizar el adecuado ejercicio del derecho de defensa cuando las pruebas recaudadas imponen el proferimiento de una absolución. En este caso, la mejor garantía de protección del derecho de defensa es la adopción en este momento de la decisión favorable a los intereses del acusado".⁴

En sentido similar se orienta la línea de pensamiento del representante del Ministerio Público, quien en su concepto le propone a la Corte la necesidad de que prescinda de la aplicación de las consecuencias que legalmente se derivarían de la prosperidad del cargo de nulidad, y que en su lugar se incline por la absolución del procesado, teniendo en cuenta que la censura por errores de apreciación probatoria está llamada a prosperar, y que en las anotadas condiciones resultaría un sinsentido anular el proceso.

⁴ C.S.J. Casación 28693 de 10 de junio de 2008 y casación 27816 de 17 de junio de 2009, entre otras.

Radicado: 2010 - 2281
Delito: Homicidio Agravado
Acusado: Carlos Andres Peñaloza Cuellar

El reconocimiento de la absolución como expresión máxima de la garantía del derecho de defensa del procesado y su elevación a objeto de protección prevalente, implica que frente a varios planteamientos de la defensa, debe preferirse el que propone la absolución, por encima de los que plantean nulidades que sólo afectan garantías de quien las propone, es decir, de vicios que no aparejan vulneración simultánea de derechos de las otras partes o comprometan situaciones de interés general.

También presupone una variación en el concepto tradicional del principio de prioridad, que enseña que los cargos de nulidad deben necesariamente prevalecer en su postulación, estudio y efectos inherentes a ellos, sobre los que sólo plantean errores in iudicando o de juicio, pues frente a esta nueva interpretación doctrinal pierde el carácter absoluto que lo caracterizaba, para tornarse relativo, en virtud de introducción de nuevos referentes de valoración, distintos de la simple legalidad o ilegalidad del procedimiento.

Es posible que esta nueva postura doctrinal no sintonice con la lógica casacional tradicional, ni con la técnica propia del recurso, pero rescata, sin lugar a dudas, la realización de derechos y principios trascendentes en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, como el derecho a una justicia pronta, a la presunción de inocencia y la prevalencia del derecho sustancial sobre el adjetivo, todos ellos de rango constitucional.

Por lo tanto, acogeremos los pronunciamientos de nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia, porque sería todo un desgaste para la administración de justicia, decretar en este momento la nulidad procesal, situación que, más que beneficiar al procesado, lo perjudicaría en el sentido de no obtener una justicia pronta y efectiva a su caso, máxime cuando deprecó de la Judicatura un fallo perentorio bajo la figura de la Sentencia Anticipada.

Teniendo en cuenta lo anterior, se REVOCARA PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Juzgado, y en consecuencia, ABSOLVEREMOS al señor CARLOS ANDRES PEÑALOZA CUELLAR, del delito de DESAPARICION FORZADA AGRAVADA, dejando incólume lo referente al delito de HOMICIDIO

Radicado: 2010 - 2281
Delito: Homicidio Agravado
Acusado: Carlos Andres Peñaloza Cuellar

AGRAVADO. Así mismo, se REVOCARA TOTALMENTE EL NUMERAL SEGUNDO, para lo cual readecuaremos las penas.

El artículo 104 de la Ley 600 de 2000, prevé pena de 25 a 40 años de prisión para el delito de Homicidio Agravado. Si convertimos en meses esa sanción, tenemos que sus límites punitivos son 300 meses mínimo, 480 meses máximos.

El ámbito punitivo de movilidad es igual a 180 meses, que dividido en cuatro es igual a 45, con lo cual se compondrá cada cuarto así:

300.....345.....390.....435.....480

Teniendo en cuenta que no se presentan circunstancias de mayor ni menor punibilidad, nos ubicaremos en el cuarto mínimo:

Límites punitivos: 300 meses mínimo.....345 meses máximo.

La conducta ejecutada por el Cabo Tercero CARLOS ANDRES PEÑALOZA CUELLAR, fue dolosa y el bien jurídico protegido por la norma, resultó efectivamente vulnerado con su proceder, pues como segundo al mando de la Compañía Borrasca 3, coadyuvó y prestó colaboración en el plan criminal que terminó con la vida del señor JONATAN OBANDO AGUDELO, con la finalidad de reportar una baja en combate ante sus superiores, lo cual es una actitud absurda e inconcebible, contraria a todos los postulados de nuestro Estado Social de Derecho.

Para esto, engañaron a su víctima bajo la promesa de un supuesto trabajo, quien, entusiasmado con el dinero que ganaría, se desplazó desde el municipio

Radicado: 2010 - 2201
Delito: Homicidio Agravado
Acusado: Carlos Andres Peñaloza Cuellar

de Itagüí hasta el corregimiento Golondrinas de Frontino, Antioquia, una vez allí le pidieron que se colocara un uniforme de la Policía Nacional, luego de lo cual le dieron muerte y posteriormente lo reportaron como una "muerte en combate", colocando a su lado un arma de fuego tipo changón con su respectiva munición.

La pena se muestra necesaria, pues nuestro Ejército Nacional fue creado para defender a la comunidad, por lo que un hecho como el que es objeto de análisis quebranta la confianza de la población en sus Instituciones, creando temor y zozobra en la colectividad en general.

Por lo tanto, le impondremos la pena de 312 meses de prisión, por el delito de Homicidio Agravado.

Teniendo en cuenta la solicitud y aprobación del acta de cargos con fines de sentencia anticipada, daremos aplicación a la reducción de pena consagrada en el artículo 40 del Código de Procedimiento Penal, rebaja que, en consonancia con lo dispuesto por la primera instancia y con el fin de no decidir en peor, en atención a que se trata de único apelante, daremos aplicación al contenido del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, pues el señor PEÑALOZA CUELLAR aceptó los cargos endilgados por el Ente acusador cuando aun el proceso se encontraba en etapa de instrucción.

La pena definitiva por el delito de Homicidio será de CIENTO CINCUENTA Y SEIS (156) MESES DE PRISION, pena accesoria de Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual a la pena principal, de conformidad con la regla general del inciso final del artículo 52 del C.P.P.

Radicado: 2010 - 2281
Delito: Homicidio Agravado
Acusado: Carlos Andres Peñaloza Cuellar

No atenderemos la solicitud de la Defensa, en el sentido de rebajar la pena por confesión, toda vez que el relato verídico de lo acontecido, sucedió en su ampliación de indagatoria, luego no se reúne uno de los requisitos del artículo 283 del C.P.P, esto es, confesar en la primera ocasión, ver folios 234, y siguientes del cuaderno cuatro.

MECANISMO SUSTITUTIVO DE LA PENA

No se concederá la suspensión condicional de la ejecución de la pena al señor CARLOS ANDRES PEÑALOZA CUELLAR, toda vez que la sanción impuesta es muy superior a los tres años, 36 meses de prisión, que prevé el numeral primero del artículo 63 del código penal, situación que ya fue abordada por la primera instancia y por lo cual no habrá lugar a variación alguna de la sentencia en este aspecto.

OTROS ASPECTOS

La sentencia se notificará a los sujetos procesales y contra la misma procederá el recurso de CASACION, de conformidad con el artículo 205 del C.P.P.

En firme, se remitirá lo actuado a los Juzgados de Ejecución de penas de Antioquia, para lo de su cargo.

LA SALA PENAL DE DESCONGESTION DEL HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCASE PARCIALMENTE la sentencia emitida por el Juzgado Penal del Circuito de Frontino, Antioquia, de fecha 8 de septiembre de 2010,

Radicado: 2010 - 2201
Delito: Homicidio Agravado
Acusado: Carlos Andres Peñaloza Cuellar

referente a la condena por el delito de DESAPARICIÓN FORZADA AGRAVADA. En consecuencia, ABSUELVASE al señor CARLOS ANDRES PEÑALOZA CUELLAR, por este cargo, según se argumentó.

SEGUNDO: REVOCASE totalmente el numeral segundo de la sentencia antes referida, por lo tanto, la pena principal será de CIENTO CINCUENTA Y SEIS (156) MESES DE PRISION, por el delito de Homicidio Agravado, pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un término igual a la pena principal. **En lo demás, rige la primera instancia.**

TERCERO: Notifíquese a los sujetos procesales, quienes pueden interponer el recurso de CASACION.

CUARTO: Una vez en firme, remítase lo actuado a los Juzgados de Ejecución de Penas de Antioquia, para lo de su competencia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

YAMIL CYLENIA MARTINEZ RUIZ

MAGISTRADA

PLINIO MENDIETA PACHECO

MAGISTRADO

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

MAGISTRADO