

DESPARICION FORZADA FRENTE A UN CASO DE HOMICIDIO.-
Atendiendo a la finalidad perseguida por el agente, no hay duda en señalar que si eventualmente se produjo la privación de la libertad en este caso de homicidio, el comportamiento del procesado encontraría acomodo en el delito de secuestro –como medio para lograr el homicidio–, como quiera que en la desaparición forzada la conducta no se ejecuta con un fin económico o para causar daños y perjuicios, propio del secuestro, sino con la pretensión de ocultar a la persona, con la múltiple violación de derechos esenciales de carácter inderogable, tales como la libertad física, el debido proceso, la presunción de inocencia y el derecho a no ser arbitrariamente detenido, entre otros.

Delito	Desaparición Forzada
Procesado	Hernán Alonso Ospina Pubiano
Radicado	050016000206200958551
Procedencia	Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Medellín
Instancia	Segunda
Magistrado Ponente	Santiago Apráez Villota
Decisión	Revoca

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN SALA DE DECISIÓN PENAL

Aprobado acta No. 34.

Medellín, febrero veintitrés (23) de dos mil once (2011).

Se pronuncia la Sala sobre la apelación interpuesta por los representantes del Ministerio Público y del acusado Hernán Alonso Ospina Rubiano contra la sentencia condenatoria emitida el pasado 5 de noviembre por el Juzgado 4º Penal del Circuito Especializado de Medellín.

ANTECEDENTES

1. Los hechos que dieron origen a la actuación fueron relatados por el Delegado del Ministerio Público de la siguiente manera:

“MARIO DE JESÚS VÁSQUEZ GALEANO, quien era propietario de los billares “Magus”, ubicado en la calle 30 con carrera 76 del barrio Belén de la ciudad, estaba interesado en vender el mismo, para lo que

había iniciado gestiones con HERNAN ALONSO OSPINA RUBIANO cliente y amigo suyo. Para el día 23 de octubre de 2009 MARIO DE JESÚS, siendo aproximadamente la 1:30 P.M. cogió unos papeles relacionados con el billar, salió y desde aquel momento no se tuvo conocimiento de él, pero fue encontrado sin vida el 28 del mismo mes en un botadero de escombros del barrio Belén Rincón. Sea del caso señalar que desde las 3 P.M. aproximadamente de ese 23 de octubre, alguien que simulaba ser MARIO DE JESÚS, utilizando su número celular llamaba al billar dando cuenta de la venta del mismo a HERNÁN ALONSO, quien posteriormente hizo presencia en el mismo ejecutando actos de señor y dueño, fue hasta la residencia de MARIO, cogió el vehículo de éste y lo llevó a un parqueadero; ante el requerimiento de los familiares de MARIO DE JESUS, HERNÁN ALONSO no dio explicaciones satisfactorias, diciendo que se había ido de paseo y que posteriormente regresaba, por lo que fue necesario acudir a la Policía Nacional, miembros de esta institución lo sorprendieron cuando manipulaba en su oficina, en un computador un supuesto contrato de compraventa del billar, mismo que ya estaba impreso con la huella dactilar de MARIO DE JESUS, entre otros elementos la Policía le incautó el celular de MARIO”.

2. En audiencia preliminar celebrada el 25 de octubre de la pasada anualidad por el Juez 38 Penal Municipal de Medellín, el Fiscal 202 Seccional formuló imputación a Hernán Alonso Ospina Rubiano por la comisión de un delito de desaparición forzada (artículo 165 del código penal), cargo que no fue admitido por el procesado.

3. Presentado escrito de acusación en contra del imputado como autor de este mismo delito, el Juzgado 4º Penal del Circuito Especializado asumió el conocimiento de la actuación y llevó a cabo el 1º de febrero de 2010 la audiencia de formulación de acusación (fl. 26 de la carpeta), el 8 de marzo siguiente la audiencia preparatoria (fl. 41), el 23 de este mismo mes, 10 de mayo, 10 de junio, 16 de julio, 9 y 31 de agosto, 15 de septiembre y 7 de octubre la audiencia de juicio oral (fls. 87, 153, 179, 202, 251, 38 –carpeta 2-, 78 y 97) y el 5 de noviembre la audiencia de lectura de fallo (fl. 100).

4. Como culminación del juicio oral, Hernán Alonso Ospina Rubiano fue condenado a las penas principales de 320 meses de prisión y multa equivalente en moneda nacional a 1.333,33 s.m.l.m., y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de 2º años, como autor del delito de desaparición forzada. No se concedió ningún beneficio sustituto o subrogado penal.

5. La condena fue recurrida en apelación por los representantes del Ministerio Público y del procesado, quienes sustentaron en oportunidad por escrito, al tiempo que como no recurrentes alegaron uno de los apoderados de las víctimas y la representante de la Fiscalía.

5.1 Con la pretensión de que sea absuelto el procesado, el Procurador 119 Judicial Penal II planteó la duda probatoria en cuanto a la existencia del hecho, como que en su sentir no se acreditó con claridad que Mario de Jesús Vásquez Galeano hubiera sido privado de la libertad y sometido a ocultamiento, apuntando la prueba únicamente a la comisión de un delito de homicidio.

En ese sentido el representante de la sociedad se detuvo a analizar el informe pericial rendido por Rubén Darío Giraldo -quien concluyó que la fase efisematosa del cadáver de la víctima le permitió concluir el umbral de muerte entre 48 y 80 horas antes de la necropsia- en orden a sostener:

“Si bien, alguien quisiera entender que el perito fue claro y que no encuentra contradicciones en su dicho, si es necesario reflexionar:

Si bien la fase efisematosa fue determinante a efectos de la conclusión, en el desarrollo de la misma intervienen condiciones que el perito dice no haber conocido, por lo que la conclusión pierde cimientos; incluso el cadáver fue encontrado cubierto con costales, lo que retarda el proceso de descomposición.

Ahora, pese a las preguntas dirigidas por la Fiscalía y el juzgador a obtener un resultado contrario, el perito afirma que la defensa le entregó un CD con fotografías del cadáver y que de acuerdo a ello, la ventana de muerte podía ampliarse entre 110 a 120 horas antes del hallazgo, lo mismo que había afirmado en entrevista, porque al estar cubierto con costales la descomposición es más lenta.

Conforme a lo antes dicho, si la necropsia se practicó el 28 de octubre a las 2:11 P.M., el límite máximo de las 120 horas a su práctica -aun que el perito lo refiera al hallazgo- es el 23 de octubre a las 2:11 P.M., día que conforme a lo conocido fue visto con vida MARIO DE JESÚS a la 1:30 P.M., aunque conforme al relato de ZORAIDA VIDALES ÁLVAREZ existe la posibilidad que con posterioridad a esa hora haya estado en una peluquería.

Así hemos considerado la posibilidad razonable, que a MARIO DE JESÚS no se le haya desaparecido, sino ultimado de una vez. Posibilidad que se acrecienta en consideración:

En el momento de la presunta compraventa del billar, celebrado entre MARIO DE JESÚS y HERNÁN ALONSO, aparece plantada la huella dactilar de aquel, mas no su firma. Ello me ha preocupado y merece la explicación razonable que la huella

dactilar se puede colocar después de muerta la persona, pero no se puede obtener su firma.

HERNAN ALONSO fue capturado el mismo 23 de octubre: Quien mantuvo retenido y ocultó materialmente a MARIO DE JESÚS? Con qué finalidad?

MARIO DE JESUS, fue impactado por la espalda, lo que pone de presente una acción de sorpresimiento, no propia de quien tiene sometido a otro.”

5.2. El defensor, por su parte, comenzó su intervención escrita por informar que la Fiscalía General de la Nación venía siguiendo otro proceso en contra de su prohijado por la comisión de un concurso de delitos de homicidio agravado en la persona de Mario de Jesús Vásquez Galeano, porte ilegal de armas de fuego y cohecho por dar y ofrecer.

Enseguida, en aras de acreditar que el supuesto fáctico que sirvió a la Fiscalía para acusar a su representado no encuentra acomodo en el delito de desaparición forzada “*y que estuvo llamado a ser desde el inicio un proceso por homicidio...*”, el censor se adentró en señalar los antecedentes históricos que llevaron a erigir aquel comportamiento como delito, aludiendo principalmente a la sentencia C-317-2000 y a consideraciones que sobre el mismo tópico hizo el juzgador de instancia, para sostener que “*no concurren en el presente proceso las condiciones de contexto del delito de desaparición forzada en Colombia, y que si es cierto que también los particulares pueden realizar el hecho, esta posibilidad debe entenderse bajo unas condiciones muy específicas que son precisamente las del conflicto armado colombiano...*”, acotando que en este caso “*no se presenta ninguno de los elementos y características que han identificado a este delito en su transcurrir –sic- histórico, esto es, un accionar dirigido a causar terror y aflicción personal bajo unas condiciones de indefensión, para lograr unos especiales objetivos..., por el contrario, el contexto de la presente investigación es el de las relaciones propias de dos comerciantes de un sector de la ciudad y la finalidad de uno de ellos de apoderarse de manera ilegal de un establecimiento de comercio, causándole al otro la muerte...lo que hay de por medio es una finalidad económica...no se vislumbra la especial finalidad reconocida al delito de desaparición forzada...*”.

Luego de abordar el tema de la adecuación típica del comportamiento de desaparición forzada en el código penal, el defensor analizó sus elementos a luz del artículo 165 del código penal, para concluir diciendo que dentro del juicio no se ofreció información por ninguno de los testigos sobre la posible retención de Mario de Jesús Vásquez Galeano y mucho menos algo que indique que, si esa retención existió, le era imputable al procesado.

En contra de la afirmación del juzgador de instancia en el sentido que cuando se produjo la captura del procesado (a las 4 a.m. del 24 de octubre de 2009) Mario de Jesús estaba retenido y con vida, el censor expresó que por ningún medio se acreditó ello, máxime cuando su prohijado fue acusado como único autor del delito y nada se sabe de otras personas involucradas; Hernán Alonso no podía retener a Mario de Jesús porque para ese momento ya estaba privado de la libertad, habiendo sido vigilado toda esa noche por la testigo Soraida, el hermano y los sobrinos de Mario; del dictamen médico legal de necropsia realizado al cadáver no se infiere que haya sido atado, vendado o sometido a cualquier acto propio de la desaparición forzada; y no se acreditaron las circunstancias que rodearon este delito, ni siquiera las referidas a la privación de la libertad de la víctima, optando el juzgador de instancia por interpretar esa incertidumbre en contra del procesado.

Siguiendo con el análisis de los elementos propios del delito endilgado, el defensor, en contrario a lo sostenido por el juzgador de instancia, estima acreditado que la muerte de Mario de Jesús ocurrió en la misma fecha en que se lo vio por última vez con vida, lo cual en su sentir impide predicar que haya existido siquiera la posibilidad de afectar los bienes jurídicos de la libertad y el reconocimiento de la personalidad jurídica del ser humano que se protegen con el delito de desaparición forzada.

En ese sentido se aplicó a analizar la información suministrada por el médico forense Rubén Darío Giraldo y la entomóloga Martha Wolf, para sostener que los dos peritos aceptan que la muerte pudo acontecer entre las 110 y las 120 horas anteriores al hallazgo del cadáver, opción que en su sentir excluiría el delito “*porque así se tendría que la muerte fue inmediata*”.

En cuanto la doctrina considera que el ocultamiento de la retención es otro de los elementos de la figura y el funcionario judicial lo dio por acreditado a partir de considerar que el procesado no respondió en el sentido deseado por la testigo Soraida Vidales, creyendo con ello que estaba ocultando información del paradero de Mario de Jesús, el censor responde diciendo que el juez olvida que otra manera de explicar que el procesado no supiera con certeza donde estaba Mario de Jesús era precisamente la posibilidad real de que lo ignorara, aparte que no se acreditó por ningún medio la privación de su libertad.

Frente a otras afirmaciones contenidas en la sentencia sobre este mismo requisito, el recurrente sostiene que si el funcionario judicial entiende que Mario de Jesús estaba vivo cuando fue capturado su representado,

entonces se tendría que admitir que a éste le quedaba imposible ocultar el cadáver y, además, que no le sería imputable la forma como fue ocultado el mismo.

Para el defensor tampoco es cierto que de la declaración del patrullero Medardo Raúl Fernández Tamayo se pudiera inferir la comisión del delito, de manera que cuestiona al juez por quedarse en las simples sospechas, sin vincular el testimonio del uniformado con los elementos del delito y dejar de lado los contraindicios que resultan de su dicho, como que el procesado fue capturado cuando se encontraba sin la compañía de otra persona y que permitió el allanamiento realizado por la Policía.

Frente a otras declaraciones cuestionó al fallador de instancia por ignorar aquello que los testigos expresaron, en el sentido de que el procesado no negó ninguna información a la compañera de la víctima y simplemente dijo que Mario de Jesús se había ido a festejar el negocio con otra mujer y que luego regresaría; también cuestionó al juez por derivar otro indicio en contra del procesado de la forma cómo fue encontrado el cadáver de Mario de Jesús, indicando que el descubrimiento tardío del cadáver fue debido más al azar que al propósito de ocultamiento del mismo.

Tras declarar la capacidad económica de su cliente para adquirir el establecimiento comercial objeto de la negociación y de advertir que la finalidad económica no “*pasa entonces por el delito de desaparición forzada*”, aparte de señalar que este móvil nunca fue negado, termina diciendo que el juez le dio a la sentencia de constitucionalidad C-317 de 2002 una comprensión que llegó a suplir las falencias probatorias que condicionan el juicio y que en condiciones de normalidad propias de un estado de derecho conducirían necesariamente a la absolución, que es lo que reclama finalmente el censor.

5.3. El apoderado de algunas de las víctimas dijo de entrada no estar de acuerdo con el planteamiento de la defensa en el sentido que el delito de desaparición forzada requiere de “*especiales capacidades de actuación*”, expresión cuyo sentido desconoce aunque intuye referida a la necesidad de que en el caso de los particulares como sujetos activos del delito deben actuar como piezas de una organización cuya finalidad debiera estar relacionada con algún tipo de represión política; ello por cuanto en sentir del no recurrente este delito se ha convertido en un comportamiento de común ocurrencia, que hace parte de una violencia social incontrolable, lo cual ha llevado a muchas personas a actuar de manera individual y solo por el afán de lucro o venganza, sin que por no estar relacionado con

otras finalidades haya dejado de ser un delito de lesa humanidad, como así lo entendió la Corte en la Sentencia C-317 de 2002 citada en el fallo de primera instancia.

En sentir del abogado el elemento de privación de la libertad se hace en este caso “ *en gran parte irrelevante desde el punto de vista probatorio* ” y, por tanto, siguiendo lo dicho por la Corte Constitucional, “ *no era ni es necesario que Hernán Alonso Ospina Rubiano, reconociera la privación de la libertad individual de Mario Vásquez Galeano, ni que exista prueba física o material de que...estuvo privado de su libertad individual por un buen tiempo, basta la falta de información sobre el paradero de éste último* ”.

Para el togado toda la prueba señala a Vásquez Galeano como el autor de la desaparición forzada y en ese sentido se encargó de relacionar la evidencia material y los testimonios recaudados.

Y en cuanto los censores descartan el delito de desaparición forzada y acomodan el comportamiento al del homicidio, cita en apoyo dos pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre la posibilidad concursal de estas dos figuras.

Piensa que la defensa ha querido introducir un sofisma sobre el momento mismo de la muerte y la captura de Hernán Alonso; luego de analizar el concepto de la entomóloga Martha Wolf llega a la conclusión que Mario de Jesús estuvo vivo por lo menos unas horas antes de la mañana del 24 de octubre de 2009 y que pudo haber sido ultimado allí mismo donde se encontró su cadáver o en lugar cercano.

En su sentir la ley no establece “ *tiempos o términos, de privación de la libertad o menos aún habla de la aparición del cadáver como una circunstancia que desvirtúa la desaparición forzada como delito* ”, no estando dentro de las finalidades del procesado la muerte, sino la desaparición de Mario de Jesús “ *y su prolongación de esa desaparición, de ese no saber nada de Mario, eran fundamentales para el logro de sus objetivos criminales* ”.

Finaliza diciendo que la teoría de la defensa no se cimienta totalmente en la aceptación del homicidio por parte de Hernán Alonso, aunque estima que parece insinuarlo como una forma de encajar la fuerte evidencia que existe en este sentido.

5.4. Como no recurrente presentó alegatos finalmente la representante de la Fiscalía para oponerse a las pretensiones del representante de la sociedad y el defensor.

En cuanto a la duda sobre la adecuación del comportamiento desplegado por el procesado, considera que los recurrentes no cumplieron con la carga de señalar las leyes científicas o los principios lógicos o las máximas de la experiencia que vulneró el funcionario de conocimiento, limitándose a repetir en su sentir sus argumentaciones finales y a discrepar en su propio estilo de la conclusión a la cual arribó el funcionario de conocimiento.

En ese sentido y para oponerse a lo dicho por el defensor expresó que no es requisito la coparticipación criminal para la tipificación del delito; que la testigo Soraida, el hermano y sobrinos de Mario de Jesús sólo lo siguieron después de la doce de la noche a su oficina; que si la víctima desapareció a la 1:30 de la tarde del día 23 de octubre de 2009 y el acusado fue capturado a las 3:00 de la madrugada del 24, ello significa que tuvo tiempo suficiente para ejecutar los actos propios del desaparecimiento *“y la lógica también nos dice que dichos actos se pueden ejecutar aún posteriormente a la retención”*; y, que la muerte fue posterior al desaparecimiento, sin que la inexistencia en el cuerpo de la víctima de vestigios relacionados con ataduras, tortura, amordazamiento, etc., descarten la tipificación del delito, así constituyan agravantes o figuras concursales.

En cuanto el Ministerio Público planteó dudas sobre la existencia del hecho con base en los informes periciales, la representante de la Fiscalía no hizo más que reiterar los argumentos consignados en la sentencia, para decir que ninguna duda le mereció *“al señor Juez, que en virtud de los principios de publicidad e inmediación observó todo el debate probatorio, los dictámenes de los expertos, muy por el contrario, le dejaron la certeza sobre la desaparición de que fue víctima MARIO DE JESÚS de manos de su “amigo” HERNÁN ALONSO”*.

Los no apelantes demandaron la confirmación de la sentencia de primer grado.

SE CONSIDERA:

En orden a la resolución del caso, que versa sobre la existencia del delito de desaparición forzada y la consecuente responsabilidad del acusado Hernán Alonso Ospina Rubiano, resulta necesario precisar algunos

hechos y circunstancias que aparecen acreditados en la actuación con la prueba recogida en desarrollo del juicio oral.

Entre el procesado Hernán Alonso Ospina Rubiano y Mario de Jesús Vásquez Galeano existía una relación de amistad y para la fecha de los hechos estaban negociando el club de billares “Magus” de propiedad de este último.

Se encuentra también acreditado dentro de la actuación que el 23 de octubre de 2009, aproximadamente a la una y media de la tarde, Mario de Jesús Vásquez salió del lugar donde se encuentra ubicado ese negocio (carrera 76 No. 29-37 del barrio Belén de esta ciudad) y apareció muerto cinco (5) días mas tarde –el 28 de octubre a las ocho y treinta y cinco de la mañana– al lado de un botadero de escombros en zona rural del barrio Belén Rincón, cerca de la vía antigua que comunica la vereda Manzanillo con el cerro de Las Tres Cruces, encontrándose su cadáver en estado de descomposición y presentando herida en tórax por proyectil de arma de fuego.

Si bien fue visto por última vez por sus empleados el día y hora señalados, se sabe por la declaración de su compañera permanente Soraida Vidales Álvarez que de allí se dirigió a una peluquería cercana, de donde salió a atender una cita urgente faltando un cuarto para las tres de la tarde (minuto 02:01.40), sin que a partir de ese momento se conociera a donde se dirigió, como quiera que lo único que se sabe por la declaración de aquélla es que iría a encontrarse con Hernán Alonso Ospina Rubiano para finiquitar la venta del negocio.

Con posterioridad a esa hora y hasta las primeras horas de la noche, el procesado Hernán Alonso Ospina Rubiano mantuvo comunicación personal y telefónica con Soraida Vidales Álvarez y los empleados del club de billares para notificarles la venta del local y hacerles saber que Mario de Jesús había salido a celebrar la realización del negocio, hasta cuando fue capturado siendo las cuatro y tres minutos de la mañana del día 24 en una oficina de su propiedad ubicada en la calle 30A No. 79-25, lugar donde le fueron encontrados objetos pertenecientes al hoy occiso, entre ellos el celular y algunas llaves, todo ello a raíz de las sospechas que despertó su accionar y las mentiras que suministró sobre el paradero de Mario de Jesús a su compañera permanente y a algunos de sus familiares, quienes finalmente demandaron la intervención de la policía.

Ninguna evidencia existe sobre la intervención de otras personas en los hechos que se investigan.

Sobre la hora de la muerte de Mario de Jesús –y este es un punto importante en la definición del caso–, a instancia de la defensa se incorporó al juicio el Informe Pericial de Necropsia No. 2009010105001003022 realizado el 28 de octubre de 2009 a las 14:11 horas, quien concluyó que el deceso “*fue consecuencia natural y directa del SHOK HIPOVOLÉMICO por herida en tórax por proyectil de arma de fuego. Por el estado postmortem y la hora de la necropsia la muerte pudo ocurrir entre 48 a 80 horas antes*” (fl. 1 y ss., c.o. 2 de la carpeta).

En su testimonio rendido en desarrollo del juicio oral, el perito forense ratificó los hallazgos encontrados que lo llevaron a concluir que el cadáver fue encontrado con signos de putrefacción y en estado enfisematoso; descartó la presencia de otros signos de violencia distintos a la herida en tórax por proyectil de arma de fuego; y fue explícito en señalar que calculó la hora de la muerte únicamente por el estado en que se encontraba el cadáver, pues no le fue suministrada ninguna información adicional, indicando, además, que para establecerlo se podía utilizar otros medio a través del análisis de la fauna cadavérica, la temperatura y la humedad del lugar, aspectos que no hicieron parte de su estudio.

Al interrogatorio respondió que la ventana de muerte podía ampliarse, aunque le parecía difícil fijarla con exactitud porque para ello era necesario contar con otras variables (temperatura y humedad del lugar, presencia de insectos, etc.), y en principio aceptó que podía hacerse hasta las cien (100) horas –minuto 53:55 en adelante–

No obstante, cuando el defensor le puso de presente la entrevista que le había realizado –para refrescar su memoria–, en el sentido de haber admitido en ella que por estar cubierto el cadáver con costales esa ventana se podía ampliar entre 110 y 120 horas, el legista expresamente reconoció haber hecho esa afirmación; y si bien a una pregunta de la representante de la Fiscalía dijo que le parecía exagerado ese tiempo, admitió al final de su declaración que era posible.

También a instancias de la defensa se trajo el informe pericial rendido el 31 de marzo de 2010 por la Profesional del Instituto de Biología de la Universidad de Antioquia, Martha Wolff Echeverri, quien con base en el estudio del acta de necropsia, el álbum fotográfico realizado con ocasión de la necropsia, el informe de inspección al cadáver realizado el 28 de octubre de 2009, el álbum fotográfico realizado con ocasión de esta inspección, los informes de condiciones meteorológicas durante los días 23 a 28 de octubre de ese mismo año y del 10 al 23 de marzo de 2010, y

con base en soportes académicos y experimentales que aparecen descritos a folio 42 y ss. de la carpeta No. 2, referidos a la presencia de larvas de insectos, concluyó que “*es de esperar que las primeras moscas que llegaron a la cabeza del cuerpo del Sr Mario de Jesús Vásquez Galeano, fueran de la familia Sacophagidae y que muy posiblemente correspondan a las larvas de mayor tamaño que se observan en la toma 2164 (larva 2) -se refiere a fotografía de una parte de la cara del occiso-. Por la temperatura promedio registrada para la semana del 23 al 28 de octubre, la cual fue menor a la promedio tomada del 11 al 15 de marzo - fecha del experimento-, por la ubicación semiurbana del sitio donde se encontró el cuerpo, y por el comportamiento de la actividad diurna de las moscas, se podría presumir que el tiempo de arribo de las primeras moscas al cadáver y la presencia de las primeras larvas se produjo entre las 100 y 120 horas después de que el cadáver estuviera en el sitio donde fue encontrado, ya que cuando la temperatura es menor, la descomposición es más lenta y las moscas tardan más tiempo en colocar larvas o huevos, según el caso*”.(entre líneas, fuera de texto).

Esta experimentada Entomóloga Forense, de cuya preparación, capacidad y rectitud profesional existe suficiente evidencia, ratificó los resultados de su estudio en su testimonio rendido en desarrollo del juicio oral, al punto que nadie ha puesto en duda los resultados de su peritazgo.

Sobre decir que la entomología forense se refiere al estudio de la fauna cadavérica que se desarrolla durante el proceso de putrefacción del cadáver y permite determinar con muchas posibilidades de acierto la fecha del deceso, como así ha sido admitido por numerosos estudiosos del tema.

Pues bien, a pesar de que el funcionario de conocimiento y la representante de la Fiscalía admiten que los anteriores peritazgos se complementaban, terminan por resaltar que los expertos coincidían en torno a las cien (100) horas y que si ese tiempo se contaba con antelación al hallazgo del cadáver de Mario de Jesús, su muerte debió ocurrir el 24 de octubre de 2009, “*de suerte -agrega el juez- que para el momento del apresamiento del señor OSPINA RUBIANO el señor MARIO DE JESÚS aún se encontraba con vida y, obviamente que hay una cantidad de horas en las que se sucedió ese despliegue delictivo de HERNÁN ALONSO...*”; para el funcionario de conocimiento, además, no puede tenerse como conclusivo “*aquel término de las 110 a las 120 horas, conforme fuera propuesto por el investigador de la defensa en aquella pregunta netamente sugestiva; pero, en gracia de discusión, se tendría que aceptar que, aún en esas condiciones, dicho lapso se encuentra dentro del margen de tiempo en el que se mantuvo con vida a MARIO*

DE JESÚS VÁSQUEZ GALEANO". (página 40 del fallo de primera instancia).

Estas apreciaciones del *a quo*, que avalan los no recurrentes, resultan equivocadas de principio a fin, por las siguientes razones:

-Si bien es cierto que los dos expertos se refirieron a las cien (100) horas, uno y otra tomaron como punto de referencia momentos diferentes, pues mientras el Doctor Rubén Darío Giraldo se refirió a la hora de la muerte, la Bióloga aludió a la presencia de las primeras larvas en el cadáver, de manera que no existe ninguna coincidencia al respecto;

-Además de lo anterior, cuando se trata de determinar la hora de la muerte de una persona, no es posible decidir sobre la base de una hora en que los peritos pudieron coincidir, pues aparte de que la hora exacta de la muerte resulta de difícil, si no imposible, determinación, los estudios de los expertos hacen referencia a lapsos aproximados; de allí que en la totalidad de los casos se hable de la "*ventana de la muerte*", en alusión a los límites mínimo y máximo en que la muerte pudo ocurrir.

Precisamente, eso es lo que ocurre en este evento, en que el médico forense, sin contar con todos los soportes, determinó en principio que la misma pudo ocurrir entre las 48 a 80 horas antes de la realización de la necropsia, para luego aumentar este límite máximo a 100 horas y terminar admitiendo en desarrollo del interrogatorio a que fue sometido que era posible que hubiera sucedido hasta las 120 horas. Mientras que la Entomóloga Forense concluyó que la presencia de las primeras larvas en el cadáver debió producirse entre las 100 y 120 horas, con lo cual amplió mucho más ese último límite, pues a las 120 horas habría que agregar el tiempo transcurrido entre la muerte y el traslado del cadáver al lugar donde fue encontrado –recuérdese que fue encontrado envuelto en costales de fique, lo que indica que Mario de Jesús no fue ultimado allí mismo– y también el lapso transcurrido hasta cuando las primeras larvas fueron depositadas por las moscas –hasta dos días según algunos expertos (Cfr., obra "*Investigación Criminal y Criminalística*", Segunda Edición, pag. 380, autores Pedro López Calvo y Pedro Gómez Silva)–.

-El término de 110 a 120 horas no fue una respuesta del médico forense que haya surgido de una pregunta "*netamente sugestiva*", como expresó el juez, cuando si se escucha con detenimiento el registro correspondiente la misma obedeció a la pregunta que hizo el defensor, que en ningún momento fue objetada por el juez, en el cual le exhibió al perito una entrevista en que admitió la posibilidad de que la muerte hubiera podido ocurrir en ese lapso.

-El fallador de instancia, al admitir en gracia de discusión ese término, termina haciendo mal las cuentas, pues si se toma con referencia a la hora de la necropsia (las 14:11 de la tarde del 28 de octubre), las 120 anteriores coinciden con el momento en que Mario de Jesús Vásquez Galeano se encontraba en la peluquería y no había salido todavía al encuentro con Hernán Alonso Ospina, de modo que no se puede afirmar que en ese momento era mantenido vivo y desaparecido por quien finalmente terminó por ultimarle.

En lo anterior le asiste razón al Procurador Delegado, para quien existe una posibilidad razonable de que Mario de Jesús no haya desaparecido, sino que su muerte se haya producido en el momento del encuentro con su victimario.

Esta posibilidad razonable se acrecienta, no solo por lo señalado por los recurrentes, sino también por las conclusiones a las que arribó la Bióloga Marta Wolff Echeverri, pues si el arribo de las primeras moscas y la presencia de las primeras larvas en el cadáver se produjo entre 110 y 120 horas, la ventana de la hora de la muerte resulta ser mayor a las 120 horas, lapso que resulta superior al momento en que abandonó la peluquería, que al decir de su compañera sentimental sucedió cerca de las tres de la tarde.

No es que la Sala descarte la posibilidad de que la muerte haya ocurrido más tarde y que Mario de Jesús haya sido privado de la libertad por algún lapso, pero se trata de una mera probabilidad que atendiendo al vacío probatorio que existe sobre los momentos culminantes de los hechos y a los peritazgos introducidos en desarrollo del juicio oral, dejan abierta la posibilidad razonable de que aquél no fuera retenido a la fuerza y que en desarrollo del encuentro voluntario con su victimario, éste haya decidido ultimarle inmediatamente.

Tampoco se trata aquí de establecer la responsabilidad del homicidio en cabeza del procesado, hacia donde el juez y los no recurrentes enfocan su atención, pues bien se sabe que en cuerda por separado se sigue proceso en contra de Hernán Alonso Ospina Rubiano por los delitos de homicidio, porte ilegal de armas y cohecho por dar y ofrecer, con base en las evidencias que en gran medida hacen parte del contenido de la sentencia objeto de alzada.

Todo lo anterior para señalar que si no existe certeza sobre la privación de la libertad de Mario de Jesús Vásquez Galeano por parte de Hernán Alonso Ospina y que si el homicidio fue el móvil que guió desde un

principio el actuar del procesado, queda descartada la existencia del delito de desaparición forzada por el cual se formularon cargos y fue condenado en primera instancia el procesado.

Ello releva a la Sala de aplicarse a realizar un análisis dogmático del delito de desaparición forzada, pues para que empiece a considerarse su existencia se hace indispensable establecer con certeza la supresión ilegal del derecho a la libertad de una persona y de su consecuente ocultamiento, lo cual no ha sucedido en este caso.

No obstante lo anterior, atendiendo a la finalidad perseguida por el agente, no hay duda en señalar que si eventualmente se produjo la privación de la libertad en este caso, el comportamiento del procesado encontraría acomodo en el delito de secuestro –como medio para lograr el homicidio–, como quiera que en la desaparición forzada la conducta no se ejecuta con un fin económico o para causar daños y perjuicios, propio del secuestro, sino con la pretensión de ocultar a la persona, con la múltiple violación de derechos esenciales de carácter inderogable, tales como la libertad física, el debido proceso, la presunción de inocencia y el derecho a no ser arbitrariamente detenido, entre otros.

En este sentido es que se habla de un delito de lesa humanidad de carácter imprescriptible en los tratados internacionales; y si bien, conforme a los lineamientos jurisprudenciales trazados por la Corte Constitucional en sentencia C-317 de 2002, puede ser cometida por particulares en forma individual, su comisión en el ámbito de las relaciones privadas y con finalidades distintas a la del simple ocultamiento no parece ser de la esencia de este delito.

Desde luego, a analizar estos tópicos podría volver la Sala en futuras oportunidades, pero no lo considera necesario en este caso al existir la posibilidad razonable que el elemento referido a la privación de la libertad, propio de los delitos de desaparición forzada, secuestro y hasta del de toma de rehenes, no se haya dado en este caso, independientemente de la responsabilidad que le pueda caber al procesado por otros delitos por los cuales no se formularon cargos.

Se revocará, en consecuencia, la sentencia de primer grado, y se pondrá en inmediata libertad al procesado por cuenta de esta actuación, sin perjuicio de ser puesto a disposición de la autoridad que adelanta actuación por los delitos de homicidio, porte ilegal de armas y cohecho por dar u ofrecer, de ser requerido actualmente.

La Sala, finalmente, no se resiste a cuestionar el comportamiento de las partes durante la recepción de los testimonios, que más se asemeja a un enfrentamiento de contrarios por mostrar mejor manejo de la técnica que al interés por encontrar la verdad de lo sucedido; las numerosas y continuas interrupciones a la formulación de las preguntas, innecesarias en la mayoría de las ocasiones y en detrimento de la pronta solución del conflicto, no muestran más que un afán de mostrar mejor preparación y conocimiento y de sacar adelante a toda costa sus respectivas teorías del caso, sin reparar en que la función judicial se orienta por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia en cada caso, tarea a la que deben contribuir con lealtad las partes enfrentadas en el conflicto.

En ese sentido se llama la atención a los representantes de las partes enfrentadas en este conflicto y al juez para que a futuro tome los correctivos necesarios para que el juicio oral no se convierta en un debate de egos jurídicos, como ocurrió en este evento.

Por lo expuesto, esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Revocar la sentencia apelada y, en su lugar, absolver al acusado Hernán Alonso Ospina Rubiano del cargo de desaparición forzada formulado por la Fiscalía 42 Especializada de Medellín, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

En consecuencia, déjese en inmediata libertad al acusado, sin perjuicio de que sea puesto a disposición de la autoridad judicial que actualmente sigue en su contra la actuación por los delitos de homicidio, cohecho por dar u ofrecer y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, para lo cual el Centro de Servicios hará las averiguaciones correspondientes. Líbrese las comunicaciones del caso

Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación.

El Magistrado ponente citará a la audiencia de que trata el artículo 91 de la ley 1395 de 2010, que reformó el artículo 179 de la ley 906 de 2004, en la que dará lectura y notificará el contenido de este fallo.

CÚMPLASE

SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA
Magistrado

OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado