

URGENTE

República de Colombia

Rama Jurisdiccional del Poder Público


 TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
 SALA PENAL
 MEDELLÍN

EXHORTO NRO. 0134
 RADICADO: 20120888-1 (2011-00067)
 DELITO: HOMICIDIO AGRAVADO Y OTRO
 PROCESADO: WILMAR CORDOBA MOSQUERA Y OTROS

LA SUSCRITA SECRETARIA DE LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

A I

SEÑOR COORDINADOR FISCALIA ESPECIALIZADA DE LA UNIDAD NACIONAL DE DERECHOS
 HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO (BOGOTÁ D.C) 0715702000 ext

1049

ATENTAMENTE EXHORTA

Para que, por intermedio de quien corresponda, se sirva notificar personalmente el contenido del FALLO que en fotocopia adjunto al Dr. DIEGO OSORIO ANGEL, Fiscal 69 Especializado de la UNDH y DIH o quien la reemplace en sus funciones.

Una vez auxiliado, se servirá devolverlo inmediatamente vía fax al telefax 232-55-69 o 232-08-68 con constancia de fecha exacta de notificación. (originales por correo).-

Librado en Medellín, el día veinticuatro (24) de abril del año dos mil trece.

Ana Maria Arcieri
 ANA MARIA ARCIERI SALDARRIAGA

SECRETARIA

Radicado: 2012 - 0888
Delito: Homicidio Agravado y Desaparición Forzada
Acusado: Diego Ferney Muñoz Osorno

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintitrés de abril de dos mil trece

N° Interno : 2012-0888
Sentencia (Ley 600) - 2ª Instancia.
Radicado: 05-284-31-89-001-2011-00067
Acusados : Diego Ferney Muñoz Osorno
Didier Augusto Cardona Perez
Wilmar Cordoba Mosquera
Delito : Homicidio Agravado y otros
Decisión : Revoca Parcialmente condena.

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 38

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 6 de Marzo de 2012, mediante la cual condenó a los señores DIEGO FERNEY MUÑOZ OSORNO, DIDIER AUGUSTO CARDONA PEREZ y WILMAR CORDOBA MOSQUERA, por los delitos de Homicidio Agravado y Desaparición Forzada, luego de aceptar los cargos.

Radicado: 2012 - 0888
Delito: Homicidio Agravado y Desaparición Forzada
Acusado: Diego Ferney Muñoz Osorno

HECHOS

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

Los hechos que dieron origen a la presente investigación, sucedieron el día siete de diciembre de 2005, cuando miembros adscritos al Batallón de Infantería nro. 32 Pedro Justo Berrio con tropas de la Compañía Borrasca 3, al mando del subteniente OLAYA TRUJILLO DIEGO ANDRES, en presunto combate, dieron de baja al señor JHONATAN OBANDO AGUDELO, en la vereda Golondrina del corregimiento Nutibara, municipio de Frontino, Departamento de Antioquia, en el momento en que la víctima hostigaba a miembros del Ejército Nacional.

La víctima OBANDO AGUDELO, fue al parecer reclutado en el barrio La Cruz del municipio de Itagüí, Antioquia, por los sujetos HEBER DE JESUS ALZATE OSPINA y el soldado profesional JHON FREDY MARTINEZ. Alzate Ospina le propone a Jhonatan Obando hacer una diligencia en el municipio de Frontino y como contraprestación le daría la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000), advirtiéndole que en principio le daría la suma de un millón de pesos (\$1.000.000) por adelantado, y cuando estuviera de regreso la suma adeudada. Para ello debe conectarse con su amigo JHON FREDY MARTINEZ, quien trabajaba en el Batallón de Infantería nro. 32 Pedro Justo Berrio, y se comunica telefónicamente con él, manifestándole que el señor JHONATAN, se encuentra listo para desplazarse al sitio convenido.

El soldado profesional MARTINEZ, recoge a la víctima en una camioneta en compañía de un conductor sin identificar, a eso de las cuatro de la mañana (4:00 am) del día 7 de diciembre del año 2005, en el barrio La Cruz del municipio de Itagüí, Antioquia. Encontrándose el señor HENRY ALBERTO GUERRA MAZO, como testigo de la partida al municipio de Frontino del señor JONATAN. Una vez en el lugar el soldado MARTINEZ le advierte a la víctima que camine hacia adelante y le muestra una casita a lo lejos, siendo atisbada por una lucecita, y al adelantarse, JHON FREDY le dispara por detrás, y una vez indefenso el occiso, le cambia la ropa y lo viste con ropa de policía, color verde oliva, y le acomoda un

Radicado: 2012 - 0888
Delito: Homicidio Agravado y Desaparición Forzada
Acusado: Diego Ferney Muñoz Osorno

arma tipo changón. Una vez ejecuta el homicidio el soldado MARTINEZ, da cuenta a HERER DE JESUS ALVAREZ OSPINA de lo sucedido. Es relevante manifestar que el occiso en un principio fue inhumado como N.N. por miembros del Ejército Nacional.

Los señores WILMAR CORDOBA MOSQUERA, DIDIER AUGUSTO CARDONA PEREZ y DIEGO FERNEY MUÑOZ OSORNO hacían parte de la patrulla militar que reportó el inexistente combate y la baja del señor Jonatan Obando.

RECUESTO PROCESAL

El 21 de Febrero de 2012, antes de realizarse la audiencia preparatoria, en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Frontino, Antioquia, los procesados aceptaron los cargos de Homicidio Agravado, artículo 113 y 104 numeral cuarto, en concurso con desaparición forzada agravada, con las circunstancias de mayor punibilidad de los numerales 9 y 10 del artículo 58 del Código Penal.

El día 6 de Marzo de 2012, el Juzgado profirió sentencia condenatoria en contra de los señores DIEGO FERNEY MUÑOZ OSORNO, DIDIER AUGUSTO CARDONA PEREZ y WILMAR CORDOBA MOSQUERA, por los delitos antes mencionados.

LA SENTENCIA RECURRIDA

Como la apelación solo se dirige al punto específico de la imputación del delito de Desaparición forzada, solo nos referiremos a este tópico de la sentencia.

Radicado: 2012 - 0888
Delito: Homicidio Agravado y Desaparición Forzada
Acusado: Diego Ferney Muñoz Osorno

Dice la primera instancia, que en lo que corresponde al delito de Desaparición forzada por el cual también se formuló acusación como conducta concursal, en principio podría parecer que el mismo no se estructura, dado que el texto del artículo 165 del C. Penal contiene el elemento de la privación de la libertad, 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, y según el cúmulo probatorio, el joven Jonatan Fabio Obando Agudelo se trasladó voluntariamente en razón del negocio que se le propuso, por el cual obtendría un pago de dos millones de pesos; pero a pesar de esa aparente voluntariedad, lo cierto es que una vez sube al vehículo en el que se le transportó al municipio de Frontino, esta situación cambia, ya que a partir de ahí, su libertad de locomoción se halló restringida, lo que se deduce aun más de lo dicho por los testigos Carlos Andrés Peñaloza Cuellar e Iván Arturo Mestra Coronado en los momentos previos a su ejecución ilegal, cuando el primero de ellos, menciona que luego de que el Teniente Olaya conversó con Jonatan y concluyó que era un violador, dijo "esta porquería se va a matar, no por el beneficio para nosotros sino por la humanidad", y agrega, que mientras Jonatan descansaba, se reunieron el Teniente Olaya, el soldado Martínez y el soldado Cardona Ruiz, que era el que lo iba a ejecutar, y dijeron "pero que mucho ojo no se le fuera a volar", y cuando el segundo de los declarantes mencionados dice que el Cabo Peñaloza le contó que "la víctima casi se les vuela", y más adelante agrega " la víctima se la oíó y quiso huir".

Se encuentra demostrado que lo que en principio fue un traslado voluntario, cambió por completo para traducirse en una privación de la libertad, el ocultamiento en el sitio solo conocido por sus captores, y la negativa de estos para reconocer esa privación o dar a conocer su paradero; que solo vino a saberse luego de que la familia, por otros

Radicado: 2012 - 0888
Delito: Homicidio Agravado y Desaparición Forzada
Acusado: Diego Ferney Muñoz Osorno

Radicado: 2012 - 0888
Delito: Homicidio Agravado y Desaparición Forzada
Acusado: Diego Ferney Muñoz Osorno

medios, y después de la muerte, lograra reconocer el cadáver, habiéndose sustraído al joven en momentos previos a su deceso, del amparo de la ley.

El Juzgado declaró penalmente responsables a los señores Diego Ferney Muñoz Osorno, Didier Augusto Cardona Pérez y Wilmar Córdoba Mosquera, de los delitos de Homicidio agravado en concurso con Desaparición forzada. Les impuso las penas principales de 240 meses de Prisión, Multa de 2.500 s.m.l.m.v e Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 120 meses.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

Para la Defensa, la pena impuesta a sus asistidos no se compadece con la realidad procesal, puesto que se ha acusado parcialmente por un hecho atípico, en cuanto al caso de la Desaparición forzada agravada, y como consecuencia de ello se produce desacierto en la tasación de la pena por parte del Juzgado de primera instancia.

Menciona varios radicaos de la Corte Suprema de Justicia para concluir que la jurisprudencia ha establecido, que para que se estructure el tipo penal de Desaparición forzada, debe darse la privación de la libertad de la víctima, sea legal o ilegal, asunto que para el caso examinado nunca se dio. Así mismo transcribe el contenido de algunos apartes de la sentencia de segunda instancia proferida por este Tribunal, donde igualmente se trató el tema.

Solicita revocar en forma parcial la sentencia condenatoria en relación con el delito antes mencionado.

CONSIDERACIONES

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la Defensa, de conformidad con el numeral primero del artículo 76 y 204 del C.P.P.

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Frontino condenó anticipadamente a los señores Diego Ferney Muñoz Osorno, Didier Augusto Cardona Pérez y Wilmar Córdoba Mosquera, por hallarlos penalmente responsables de los delitos de Homicidio Agravado y Desaparición forzada, delito éste último que no comparte la Defensa, toda vez que no se encuentra demostrada su comisión, porque la víctima jamás fue detenida ilegalmente, capturado, secuestrado o llevado a la fuerza hasta el lugar donde se encontraría con la muerte.

Respecto de la figura de la Sentencia anticipada, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa al señalar, que los fallos que se emitan como consecuencia de la 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 (a 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".

En providencia del 6 de Mayo de 2009, emitida dentro del radicado 24055, la Corte dijo lo siguiente:

¹ Sentencia de segunda instancia de 24 de marzo de 1994 (radicación 9038)

Radicado: 2012 - 0888
Delito: Homicidio Agravado y Desaparición Forzada
Acusado: Diego Ferney Muñoz Osorno

"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 actor 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".

"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 rebatir la acusación y al adoptar otras pruebas, la explícita aceptación de los cargos y la constatación de que no 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 ocurrido, 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 merito negativo sobre los requisitos de la preclusión de investigación o cesación de procedimiento".

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 resulta como manifiestamente atípica."

Pues bien, como lo destaca la Defensa, el día 12 de Enero del presente año, la Sala de Descongestión del Tribunal Superior de Antioquia, emitió sentencia de segunda instancia dentro del radicado 2010-2281, seguido en contra del señor Carlos Andrés Peñaloza

² Sentencia de 10 de abril de 2003, radicación 14337

³ Sentencia de 12 de agosto de 1996, radicación 10524. En el mismo sentido, sentencias de 10 de junio de 1995, radicación 9830; 10 de agosto de 2002, radicación 11887; 5 de junio de 2003, radicación 15052; 28 de abril de 2004, radicación 19435; y 9 de junio de 2004, radicación 13594, entre otras.

Radicado: 2012 - 0888
Delito: Homicidio Agravado y Desaparición Forzada
Acusado: Diego Ferney Muñoz Osorno

Cuellar, por idénticos hechos a los que hoy nos ocupan, decisión en la cual se absolvió al procesado por el delito de Desaparición Forzada.

En esa oportunidad, se dijo lo siguiente: *"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 Magüí para traer consigo un ciudadano que sirviera a las macabras intenciones de sus superiores, que no era otra que mostrar una hazaña ante los comandantes, quienes cada vez presionaban más a la tropa, en especial a la Compañía Borrasca Tres, por la falta de operatividad.

El soldado JHON JAIRO MARTINEZ llegó a la ciudad, contactó al señor JONATAN 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 Mimbara 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 dedos de la casa de Ever, Ever vive en el barrio La Cruz de Magüí, entonces Jonatan le aceptó 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 de acuerdo con EVER para salir al 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 sí, 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

Radicado: 2012 - 0888
 Delito: Homicidio Agravado y Desaparición Forzada
 Acusado: Diego Ferny Muñoz Osorno

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, su forma es atípica.

El Juzgado consideró, que era procedente emitir sentencia de condena en contra de los acusados en la presente actuación por el punible de Desaparición forzada, para lo cual trae a colación ciertos comentarios que hicieron algunos de los militares que participaron en los hechos, los cuales, en sentir de la Sala, se interpretan en forma descontextualizada con el fin de tratar de demostrar que sí hubo una privación de la libertad de la víctima.

Es así como el Fallador transcribe frases de los uniformados, tales como "esta porquería se va a matar", o "mucho ojo no se le fuera a volar, o "la víctima casi se les vuela", de lo cual infiere la presunta incapacidad de locomoción del hoy occiso.

Pero no analizó el A-quo, que estas frases supuestamente exteriorizadas por varios de los militares que participaron del injusto, se hicieron a espaldas de señor Jonatan Obando, en secreto, manteniendo bajo engaño la víctima durante todas las etapas del iter *criminis*, es decir, desde su salida en un vehículo desde el municipio de Itagüí, hasta el momento mismo de su muerte, al punto de que, como dice uno de los testigos, el ajusticiado voluntariamente se puso

Radicado: 2012 - 0888
 Delito: Homicidio Agravado y Desaparición Forzada
 Acusado: Diego Ferny Muñoz Osorno

el uniforme verde oliva con el que fue encontrado, y caminó en medio de la lropa hasta el sitio donde fue ultimado. Veamos lo que dijo el señor CARLOS ANDRES PEÑALOZA CUELLAR al respecto:

"... 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 Motil 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 árboles 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 saben que yo era echado para adelante, pero tenían miedo de comentármelo a mí 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 dicen MIPRY, que corresponde al soldado WILMAR CARDONA MOSQUERA, MUÑOZ OSORNO, JAIRO ALBERTO CARDONA RUIZ, PEDRO MEL (MORENO) DEL CHOCÓ, que le llamaban Ros Waair, IVAN ARTURO MESTRA CORONADO, y otros que no recuerdo. Hablaron con el teniente OLAYA y lo 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 comenta, lo que los soldados le habían dicho y que opinaba yo. En vista de la presión que tenemos 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 intentaríamos 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 lo proporcionaba él. Como se iba a mandar el soldado MARTINEZ a traer al sujeto, por ahí derecho él traería el arma que lo 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 escuana, porque se la pasaban en los

Radicado: 2012 - 0888
 Delito: Homicidio Agravado y Desaparición Forzada
 Acusado: Diego Fernery Muñoz Osorno

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 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 habla que ir a traer una droga en un carro más 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 lejos pero certero. Le dice el Teniente OLAYA, al soldado MARTINEZ, que por si acaso falta CARDONA, que él esté pendiente y lo asegure. Ya que no se nos pueda voler 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

Radicado: 2012 - 0888
 Delito: Homicidio Agravado y Desaparición Forzada
 Acusado: Diego Fernery Muñoz Osorno

se quedó más o menos a unos setecientos metros de donde el soldado CARDONA RUIZ dio de baja al sujeto..."

Mediante Resolución 47/133 de 1992 la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas -ONU-, 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 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 periodo prolongado".

Radicado: 2012 - 0888
Delito: Homicidio Agravado y Desaparición Forzada
Acusado: Diego Ferney Muñoz Osorio

En la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por la Ley 707 de 2001 se sostuvo: 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, incurra 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 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 actuó bajo su determinación o aquiescencia con arreglo a la tipificación de la conducta y la sanción descrita 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 actuó con su apoyo o tolerancia.

Radicado: 2012 - 0888
Delito: Homicidio Agravado y Desaparición Forzada
Acusado: Diego Ferney Muñoz Osorio

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."

En cuanto a los requisitos para la tipificación de este delito, la Corte Suprema de Justicia se pronunció 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 EULALIO 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.

Con lo anterior, se mantiene la posición de la Sala en cuanto a la inexistencia de material probatorio en la presente actuación, del cual pueda deducirse, en grado de certeza, la privación lícita o ilícita de la libertad del señor Jonatan Obando, antes de su ejecución, pues de las declaraciones de los militares confesos se deduce un engaño por parte de los miembros del Ejército, quienes sin ninguna coacción, violencia o falsa orden de arresto, llevaron a la víctima hasta la vereda Golondrina del municipio de Frontino, dándole muerte por la espalda a

Radicado: 2012 - 0888
Delito: Homicidio Agravado y Desaparición Forzada
Acusado: Diego Ferney Muñoz Osorno

dicho ciudadano cuando caminaba de manera desprevenida en medio de los militares.

Ahora, la Corte Suprema de Justicia ha dicho⁴.

"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 extinción 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."

Por lo tanto, la decisión a adoptar en el presente caso será la absolución por el delito de Desaparición Forzada, de conformidad con los lineamientos esbozados por nuestra Corte Suprema de Justicia para estos casos, para lo cual se REVOCARÁ PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Juzgado, y en consecuencia, ABSOLVEREMOS a los señores WILMAR CORDOBA MOSQUERA, DIDIER AUGUSTO CARDONA PEREZ y DIEGO FERNEY MUÑOZ OSORNO, dejando incólume lo referente al delito de HOMICIDIO AGRAVADO.

Procederemos entonces a readecuar las penas impuestas en primera instancia de la siguiente manera:

⁴C. S. J. Radicado 30948 del 5 de mayo de 2010.

Radicado: 2012 - 0888
Delito: Homicidio Agravado y Desaparición Forzada
Acusado: Diego Ferney Muñoz Osorno

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 se presenta la circunstancia de menor punibilidad señalada en el numeral primero del artículo 55 del Código Penal, por la carencia de antecedentes penales, pero aceptaron los cargos con las circunstancias de mayor punibilidad señaladas en los numerales 9 y 10 del artículo 58 del Código Penal, esto es, la posición distinguida que el sentenciado ocupa en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio, y obrar en coparticipación criminal, de conformidad con el artículo 61 del Código Penal, inciso segundo, nos ubicaremos en los cuartos medios.

Límites punitivos: 345 meses + 1 día mínimo.....390 meses.....435 meses máximo.

La conducta ejecutada por los señores WILMAR CORDOBA MOSQUERA, DIDIER AUGUSTO CARDONA PEREZ y DIEGO FERNEY MUÑOZ OSORNO, fue dolosa y el bien jurídico protegido por la norma, resultó efectivamente vulnerado con su proceder, pues como integrantes de la Compañía Borrasca 3, coadyuvaron y

Radicado: 2012 - 0888
 Delito: Homicidio Agravado y Desaparición Forzada
 Acusado: Diego Ferny Muñoz Osorno

prestaron 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.

Fue así como bajo la promesa de un supuesto trabajo, la víctima se entusiasmó con el dinero que ganaría, se desplazó desde el municipio 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 "baja 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 348 meses de prisión, por el delito de Homicidio Agravado.

Advierte la Sala, que el Juzgado aplicó el 50% de descuento de rebaja de pena, lo cual no corresponde con los parámetros jurisprudenciales señalados por la Corte Suprema de Justicia, toda vez que la

Radicado: 2012 - 0888
 Delito: Homicidio Agravado y Desaparición Forzada
 Acusado: Diego Ferny Muñoz Osorno

aceptación de cargos se llevó a cabo luego de la ejecutoria de la resolución de acusación⁵.

"Ahora bien, frente a la necesidad de hacer las equivalencias respectivas entre la sistemática acusatoria y la mixta incorporada en la Ley 600 de 2000 a fin de determinar la cantidad de descuento atribuible dependiendo de la etapa en que la manifestación voluntaria de responsabilidad se haya realizado, la Sala de Casación Penal elaboró las siguientes reglas de correlación⁶:

"2.3.1. La aceptación de cargos en la fase de instrucción, esto es, desde la indagatoria y hasta antes de la ejecutoria del cierre de investigación (artículo 40, incisos 1° al 4° de la Ley 600) se corresponde con la aceptación pura de los cargos determinados en la audiencia de formulación de imputación (arts. 288, 3 en conc. con el 351), dejándose en claro que para esta etapa la menor rebaja será -por lo menos- de una tercera parte más un día, para superar así el máximo de la reducción señalado para la segunda oportunidad. Y no hay duda que eso plus reductor (es decir, de un día) merca la diferencia favorable respecto de la rígida reducción de la tercera parte reglada para la sentencia anticipada.

"2.3.2. El acogimiento a sentencia anticipada en la causa, vale decir, profunde la resolución acusatoria y hasta antes de la firmeza del auto que señala fecha y hora para audiencia de juzgamiento (artículo 40, inciso 5°, de la Ley 600) se asimila con el allanamiento a los cargos previsto en el artículo 356-5 de la Ley 906 de 2004, atendida la correspondencia existente entre las dos fases del proceso dentro de las cuales se lleva a cabo la admisión, aclarándose igualmente que en esta oportunidad la menor rebaja será -por lo menos- de una sexta parte más un día, para de esa forma superar el tope máximo de la reducción prevista para la tercera ocasión. Asimismo, no vacila el juicio para afirmar que aún frente a la recompensa mínima, ésta se muestra abiertamente más ventajosa que la octava (fija) prevista para la sentencia anticipada.

⁵ Corte Suprema de Justicia. Radicado 28956 del 26 de mayo de 2010.
⁶ Sentencia del 28 de mayo de 2008, radicado 24402.

Radicado: 2012 - 0888
Delito: Homicidio Agravado y Desaparición Forzada
Acusado: Diego Ferney Muñoz Osorno

Ahora, si bien es cierto que en la Ley 906/04 se prevé, como se reseñó atrás, que el acusado puede altanarse a los cargos en el juicio oral y hacerse acreedor a una recompensa punitiva de la sexta parte, no lo es menos que para quien es juzgado por los cauces de la Ley 600/00 tal compensación de pena no tiene cabida porque no es posible que ya en la audiencia de juzgamiento haga manifestación válida de acogimiento a sentencia anticipada, dada la inexistencia de una tercera oportunidad en el trámite de la actuación procesal por la ley anterior, como que la última sólo se extiende hasta antes de la ejecutoria del auto que fija fecha y hora para la audiencia de juzgamiento (art. 40, inciso 5°, Ley 600). El resalto es nuestro.

Como en el caso que nos ocupa el único impugnante de la sentencia, es el señor defensor del procesado, mantendremos la rebaja de pena otorgada en primera instancia, con el fin de no agravar su situación.

Luego, la pena definitiva por el delito de Homicidio Agravado será de CIENTO SETENTA Y CUATRO (174) 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.

Por lo anterior, se CONFIRMARÁ la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Frontino, Antioquia, de fecha seis de marzo de 2012, en cuanto al delito de Homicidio Agravado, en contra de los procesados, pero se REVOCARÁ la sentencia condenatoria por el delito de Desaparición Forzada, y en consecuencia se les ABSOLVERÁ por dicha conducta delictiva.

Radicado: 2012 - 0888
Delito: Homicidio Agravado y Desaparición Forzada
Acusado: Diego Ferney Muñoz Osorno

La pena a descontar por el delito de Homicidio Agravado será de CIENTO SETENTA Y CUATRO (174) 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., para cada uno de los señores DIEGO FERNEY MUÑOZ OSORNO, DIDIER AUGUSTO CARDONA PEREZ y WILMAR CORDOBA MOSQUERA.

MECANISMO SUSTITUTIVO DE LA PENA

No se concederá la suspensión condicional de la ejecución de la pena a los procesados, 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.

Radicado: 2012 -- 0888
Delito: Homicidio Agravado y Desaparición Forzada
Acusado: Diego Ferney Muñoz Osorno

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Frontino, Antioquia, de fecha seis de marzo de 2012, en cuanto al delito de Homicidio Agravado, en contra de los señores **DIEGO FERNEY MUÑOZ OSORNO, DIDIER AUGUSTO CARDONA PEREZ y WILMAR CORDOBA MOSQUERA**, pero se **REVOCA** la sentencia condenatoria por el delito de Desaparición Forzada, y en consecuencia se los **ABSOLVERÁ** por dicha conducta delictiva, según lo dicho en la parte motiva.

SEGUNDO: La pena a descontar por el delito de Homicidio Agravado es de **CIENTO SETENTA Y CUATRO (174) MESES DE PRISION**, pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual a la pena principal, para cada uno de los señores **DIEGO FERNEY MUÑOZ OSORNO, DIDIER AUGUSTO CARDONA PEREZ y WILMAR CORDOBA MOSQUERA**, según se argumentó.

En lo demás, rige la primera instancia.

TERCERO: Notificar la decisión a los sujetos procesales, quienes pueden interponer el recurso de **CASACION**.

Radicado: 2012 – 0888

Delito: Homicidio Agravado y Desaparición Forzada

Acusado: Diego Ferney Muñoz Osorno

**EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIQUÍA, SALA PENAL, DE
DESCONGESTION, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE
LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Frontino, Antioquia, de fecha seis de marzo de 2012, en cuanto al delito de Homicidio Agravado, en contra de los señores DIEGO FERNEY MUÑOZ OSORNO, DIDIER AUGUSTO CARDONA PEREZ y WILMAR CORDOBA MOSQUERA, pero se **REVOCA** la sentencia condenatoria por el delito de Desaparición Forzada, y en consecuencia se los **ABSOLVERÁ** por dicha conducta delictiva, según lo dicho en la parte motiva.

SEGUNDO: La pena a descontar por el delito de Homicidio Agravado es de **CIENTO SETENTA Y CUATRO (174) MESES DE PRISION**, pena accesoria de Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual a la pena principal, para cada uno de los señores DIEGO FERNEY MUÑOZ OSORNO, DIDIER AUGUSTO CARDONA PEREZ y WILMAR CORDOBA MOSQUERA, según se argumentó.

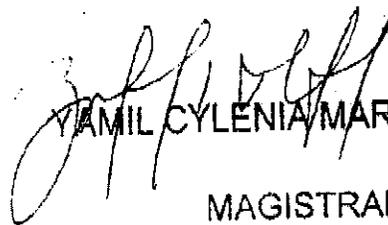
En lo demás, rige la primera instancia.

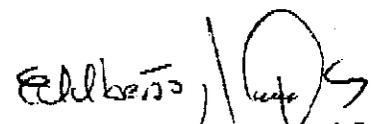
TERCERO: Notificar la decisión a los sujetos procesales, quienes pueden interponer el recurso de CASACION.

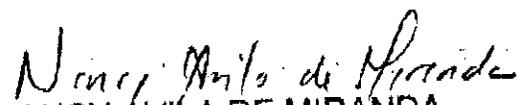
Radicado: 2012 - 0888
Delito: Homicidio Agravado y Desaparición Forzada
Acusado: Diego Ferney Muñoz Osorno

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


EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
MAGISTRADO


NANCY AVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA