**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA PENAL**

| | |
|---|---|
| **Magistrado Ponente** | Luis Fernando Ramírez Contreras |
| **Radicación** | 11001 31 04 051 2009 00203 03 |
| **Procedencia** | Juzgado 51 Penal del Circuito de Bogotá |
| **Delito** | Desaparición forzada agravada |
| **Procesado** | General (r) JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES |
| **Motivo** | Apelación contra sentencia condenatoria |
| **Decisión** | Sentencia No. 207 – Anula parcialmente sentencia Apelada y confirma lo demás |
| **Aprobado** | Acta No. 291 del 24 de octubre 2014 |

**ÍNDICE**


**1.ASUNTO A DECIDIR** ..... **6**

**2. HECHOS** ..... **6**

**3. EL ACUSADO** ..... **9**

**4. ACTUACIÓN PROCESAL** ..... **9**

**5. RESUMEN DE LA SENTENCIA APELADA** ..... **11**

***5.1 OBJETO*** ..... ***11***

***5.2 COMPETENCIA*** ..... ***11***

***5.3 TIPICIDAD*** ..... ***12***

***5.4 EL DERECHO INTERNACIONAL: DIDH y DIH*** ..... ***13***

***5.5 CONFLICTO ARMADO INTERNO*** ..... ***14***

***5.6 RESPETO AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD*** ..... ***14***

***5.7 CONTEXTO POLÍTICO*** ..... ***16***

***5.8 PRÁCTICAS INDEBIDAS EN LA FUNCIÓN MILITAR*** ..... ***17***

***5.9 TOMA ANUNCIADA*** ..... ***18***

***5.10 RELATO DE LA TOMA Y RECUPERACIÓN*** ..... ***19***

***5.11 EJERCICIO EFECTIVO DEL COMANDO DE LA OPERACIÓN*** ..... ***22***

***5.12 BASE PROBATORIA DE LA EXISTENCIA DE LA CONDUCTA EN EL CASO DE CADA VÍCTIMA*** ..... ***24***

**5.12.1 CARLOS AUGUSTO RODRÍGUEZ VERA** ..... 24

**5.12.2 CRISTINA DEL PILAR GUARÍN CORTÉS** ..... 31

**5.12.3 BERNARDO BELTRÁN HERNÁNDEZ** ..... 33

**5.12.4 HÉCTOR JAIME BELTRÁN FUENTES** ..... 34

**5.12.5 GLORIA STELLA LIZARAZO** ..... 35
**5.12.6 LUZ MARY PORTELA LEÓN** ..... 35
**5.12.7 DAVID SUSPES CELIS** ..... 35
**5.12.8 NORMA CONSTANZA ESGUERRA** ..... 36
**5.12.9 LUCY AMPARO OVIEDO** ..... 37
**5.12.10 GLORIA ANZOLA DE LANAO** ..... 39
**5.12.11 IRMA FRANCO PINEDA** ..... 40

***5.13 CONSIDERACIÓN GENERAL*** ..... ***41***

***5.14 AUTORÍA*** ..... ***45***

***5.15 CONDUCTA DOLOSA*** ..... ***50***

***5.16 RESPONSABILIDAD Y PENA*** ..... ***51***

**6. APELACIÓN DE LA DEFENSA** ..... **51**

***6.1 a 6.8 CONSIDERACIONES GENERALES*** ..... ***50***

***6.9 SOBRE LA MATERIALIDAD DE LA CONDUCTA EN EL CASO DE CADA VÍCTIMA.*** ..... ***55***
**6.9.1 CARLOS AUGUSTO RODRÍGUEZ VERA** ..... 55
**6.9.2 CRISTINA DEL PILAR GUARÍN** ..... 59
**6.9.3 BERNARDO BELTRÁN HERNÁNDEZ** ..... 59
**6.9.4 HÉCTOR JAIME BELTRÁN FUENTES** ..... 59
**6.9.5 GLORIA STELLA LIZARAZO** ..... 59
**6.9.6 LUZ MARY PORTELA LEÓN** ..... 59
**6.9.7 NORMA CONSTANZA ESGUERRA** ..... 60
**6.9.8 DAVID SUSPES CELIS** ..... 60
**6.9.9 LUCY AMPARO OVIEDO** ..... 60
**6.9.10 GLORIA ANZOLA DE LANAO** ..... 61
**6.9.11 IRMA FRANCO PINEDA** ..... 61

**7. APELACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO** ..... **67**

**8. INTERVENCIÓN DE NO RECURRENTES** ..... **70**

***8.1 REPRESENTACIÓN DE VÍCTIMAS: FAMILIARES DE CARLOS RODRÍGUEZ VERA*** ..... ***70***
8.1.1 EL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA Y SU PREVIA CONSAGRACIÓN LEGAL ..... 70
8.1.2ANÁLISIS PROBATORIO ..... 71
8.1.2.1 PRUEBAS INEXISTENTES UTILIZADAS POR LA DEFENSA ..... 71
8.1.2.2 HECHOS PROBADOS QUE SON DESCONOCIDOS POR LA DEFENSA ..... 71
8.1.2.3 ANÁLISIS DE LA INTERVENCIÓN DEL GENERAL ARIAS CABRALES EN LAS COMUNICACIONES INTERCEPTADAS ..... 72
8.1.3 LA AUTORÍA: MEDIATA EN APARATOS ORGANIZADOS DE PODER ..... 74
8.1.4 PETICIÓN ACCESORIA ..... 76

***8.2 REPRESENTACIÓN DE VÍCTIMAS: FAMILIARES DE IRMA FRANCO PINEDA*** ..... ***76***

**9. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA DECIDIR** ..... **80**

***9.1 MARCO CONCEPTUAL*** ..... ***80***
9.1.1 TEMA DE ESTA SENTENCIA ..... 80
9.1.2 PRINCIPIOS ESPECIALMENTE APLICADOS ..... 81
9.1.3 EL MÉTODO DE APRECIACIÓN PROBATORIA ..... 82
9.1.3.1 LA REALIDAD Y LA VERDAD ..... 82
9.1.3.2 EL ESTÁNDAR DE PRUEBA ..... 83
9.1.3.3 LA CONSTRUCCIÓN DE LA DECISIÓN JUDICIAL ..... 86
9.1.4 UNIDAD DE LA SENTENCIA ..... 86
9.1.5 PRECEDENTE HORIZONTAL ..... 87

9.1.6 DIFERENCIA ENTRE *DESAPARICIÓN*, Y LA *DESAPARICIÓN FORZADA* DE PERSONAS. ..... 87

***9.2 PROBLEMAS JURÍDICOS PROPUESTOS*** ..... ***88***
9.2.1 DETERMINACIÓN DE HECHOS PROBADOS ..... 88
9.2.2 LA NULIDAD SOLICITADA ..... 88
9.2.3 MODO DE INTERVENCIÓN Y AUTORÍA ..... 89

***9.3 FIJACIÓN PRELIMINAR DE CONOCIMIENTOS AUXILIARES*** ..... ***89***
9.3.1 DESTINO DE LOS CADÁVERES: CAMPO A LA DUDA RAZONABLE ..... 90
9.3.2 LA PERCEPCIÓN. PERCEPCIÓN VISUAL- TEORÍA DEL COLOR ..... 100
9.3.3 LA MORFOLOGÍA HUMANA ..... 102
9.3.3.1 LA MORFOLOGÍA HUMANA COMO CIENCIA ..... 102
9.3.3.2 ANTROPOMORFOLOGÍA – SOMATOTIPOS DE SHELDON ..... 103
9.3.3.3 CARAMORFOLOGÍA: MORFOLOGÍA FACIAL - TIPOLOGÍAS FACIALES ..... 105
9.3.4 LA MEMORIA ..... 108

***9.4 CORROBORACIÓN POR LA SALA: video "HOLOCAUSTO PALACIO DE JUSTICIA"*** ..... ***111***
9.4.1 CAPACIDAD HUMANA DE RECONOCIMIENTO DE OTRAS PERSONAS ..... 111
9.4.2 HERRAMIENTA DE CORROBORACIÓN POR LA SALA: video "HOLOCAUSTO" ..... 112

**10. DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS** ..... **114**

***10.1 CARLOS AUGUSTO RODRÍGUEZ VERA*** ..... ***115***
10.1.1 EVIDENCIA NO CONCLUYENTE ..... 115
10.1.2 EVIDENCIA PERSUASIVA ..... 123
10.1.3 CORROBORACIÓN: video *HOLOCAUSTO* ..... 127

***10.2CRISTINA DEL PILAR GUARÍN*** ..... ***136***

***10.3 BERNARDO BELTRÁN HERNÁNDEZ*** ..... ***142***
10.3.1 EVIDENCIA NO CONCLUYENTE ..... 142
10.3.2 EVIDENCIA PERSUASIVA ..... 143
10.3.3 CORROBORACIÓN: video *HOLOCAUSTO* ..... 144

***10.4 HÉCTOR JAIME BELTRÁN FUENTES*** ..... ***150***

***10.5 GLORIA STELLA LIZARAZO*** ..... ***154***

***10.6 LUZ MARY PORTELA LEÓN*** ..... ***157***
10.6.1 EVIDENCIA NO CONCLUYENTE ..... 157
10.6.2 EVIDENCIA PERSUASIVA ..... 158
10.6.3CORROBORACIÓN ..... 161

***10.7 DAVID SUSPES CELIS*** ..... ***163***
10.7.1 EVIDENCIA NO CONCLUYENTE ..... 163
10.7.2 EVIDENCIA PERSUASIVA ..... 164
10.7.3 CORROBORACIÓN: video *HOLOCAUSTO* ..... 165

***10.8 NORMA CONSTANZA ESGUERRA*** ..... ***170***

***10.9 LUCY AMPARO OVIEDO*** ..... ***172***

***10.10 GLORIA ANZOLA DE LANAO*** ..... ***174***

***10.11 IRMA FRANCO PINEDA*** ..... ***176***
10.11.1 SALIDA VIVA DEL PALACIO ..... 176
10.11.2 LAS *INSTRUCCIONES TERMINANTES* PARA CON LOS SOSPECHOSOS ..... 181

***10.12 GUÍA GENERAL DE EVALUACIÓN PROBATORIA*** ..... ***184***

***10.13 CONCLUSIÓN SOBRE LOS HECHOS PROBADOS*** ..... ***186***

**11.TIPIFICACIÓN DE LA CONDUCTA, Y SU IMPRESCRIPTIBILIDAD** ..... **187**

***11.1 TIPO IMPUTADO POR LA FISCALÍA*** ..... ***187***

***11.2 EL TIPO PENAL APLICABLE EN LA FECHA DE INICIACIÓN DE LA CONDUCTA..... 188***

***11.3 TRANSFORMACIÓN DEL TIPO PENAL DE SECUESTRO EN EL DE DESAPARICIÓN FORZADA ..... 190***

***11.4 CONDUCTA ACTIVA DE EJECUCIÓN PERMANENTE: IMPROCEDENCIA DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL..... 194***

**12.FORMAS DE REALIZACIÓN DE LA CONDUCTA TÍPICA..... 200**

***12.1 LA ACCIÓN ..... 201***

***12.2 LA OMISIÓN, Y EL DELITO POR OMISIÓN..... 202***
12.2.1 EL CONCEPTO DE OMISIÓN EN LA DOCTRINA INTERNACIONAL..... 202
12.2.1.1 TEORÍA CLÁSICA..... 202
12.2.1.2 ESTRUCTURALISMO: POSITIVISMO, CAUSALISMO, FINALISMO..... 203
12.2.1.3 TEORÍA INTEGRAL..... 205
12.2.2 EL CONCEPTO DE OMISIÓN EN LA DOCTRINA NACIONAL ENTRE 1985 Y 2014 ..... 207
12.2.2.1 ANTECEDENTES ..... 207
12.2.2.2 CÓDIGO PENAL DE 1980..... 208
12.2.2.3 CÓDIGO PENAL ACTUAL, LEY 599 de 2000. ..... 210
12.2.2.4 JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA SOBRE LA POSICIÓN DE GARANTE ..... 211

***12.3 LA OMISIÓN ATRIBUIBLE AL ACUSADO COMO SU HECHO: NO HABER IMPEDIDO LA EJECUCIÓN DE LAS INSTRUCCIONES COMPLEMENTARIAS TERMINANTES ..... 215***
12.3.1 LOS PRINCIPIOS Y LAS LEYES DE LA GUERRA ..... 215
12.3.2 LA PRÁCTICA DEL COMBATE EN EL PALACIO ..... 218

***12.4 EL ACUSADO ES AUTOR POR OMISIÓN..... 227***

**13. NÚMERO DE AUTORES Y MODO DE INTERVENCIÓN EN LA CONDUCTA PUNIBLE..... 233**

***13.1 AUTORÍA INDIVIDUAL ..... 234***
13.1.1 AUTORÍA DIRECTA ..... 234
13.1.2 AUTORÍA INDIRECTA O MEDIATA ..... 234

***13.2 AUTORÍA COLECTIVA: COAUTORÍA..... 236***
13.2.1 COAUTORÍA DIRECTA..... 239
13.2.2 COAUTORÍA INDIRECTA o MEDIATA ..... 241
13.2.2.1 A TRAVÉS DE INSTRUMENTOS NO RESPONSABLES: POR ERROR, FUERZA, DOLO O UTILIZACIÓN DE INCAPACES..... 242
13.2.2.2 A TRAVÉS DE INSTRUMENTOS RESPONSABLES: LOS "APARATOS ORGANIZADOS DE PODER" ..... 243
a. INGRESO DE LA FIGURA APARATOS ORGANIZADOS DE PODER A LA TEORÍA PENAL ..... 246
b. POSICIÓN DISCREPANTE ..... 249
c. RECEPCIÓN EN COLOMBIA ..... 252
d. PRECISIÓN DE ESTA SALA: ESTRUCTURAS ILÍCITAS CONFORMADAS DENTRO DE LOS APARATOS LEGÍTIMOS ORGANIZADOS DE PODER, Y SU PERMANENTE ALEJAMIENTO DEL ORDEN LEGAL... 256
e. SOBRE LA OMISIÓN COMO FORMA DE PONER EN MARCHA UNA ESTRUCTURA ILÍCITA DE PODER ..... 257
f. REVISIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL CONCEPTO APARATOS ORGANIZADOS DE PODER ..... 261
g. CIERRE TEÓRICO..... 267

***13.3 EL ACUSADO ES COAUTOR MEDIATO POR OMISIÓN A TRAVÉS DE UNA ESTRUCTURA ILÍCITA CONFORMADA EN EL APARATO ORGANIZADO DE PODER DEL EJÉRCITO NACIONAL..... 270***

**14. CONDUCTA DOLOSA, ANTIJURÍDICA Y CULPABLE..... 276**

***14.1 DEL DOLO EN GENERAL ..... 276***

***14.2 DEL DOLO EN EL CASO CONCRETO..... 277***

***14.3 ANTIJURIDICIDAD DE LA CONDUCTA..... 280***

***14.4 CULPABILIDAD EN LA REALIZACIÓN DE LA CONDUCTA ..... 281***

***14.5 RESPONSABILIDAD ..... 282***

**15. APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO –DIH- Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS –DIDH- ..... 283**

***15.1 ORIGEN DEL DIH ..... 283***

***15.2 PRINCIPIO DE LEGALIDAD, DIH Y DIDH ..... 284***

***15.3 VIGENCIA EN COLOMBIA ..... 287***

***15.4 LA INTEGRACIÓN DEL DIH EN EL JUZGAMIENTO CON BASE EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS ..... 292***

***15.5 EL CONCEPTO, NO APLICABLE EN ESTE CASO, DE LA AUTORÍA POR "RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR" ..... 294***

**16. DOSIFICACIÓN DE LA PENA ..... 300**

**17. OTRAS PRECISIONES Y DETERMINACIONES ..... 300**

**18. DECISIÓN ..... 304**

Bogotá, D. C., 24 de octubre de dos mil catorce (2014)

## 1. ASUNTO A DECIDIR

Se profiere sentencia de segunda instancia en la causa adelantada contra el General (r) JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES, por el delito de DESAPARICIÓN FORZADA AGRAVADA, en concurso de víctimas.

## 2. HECHOS

Hacia las 11:30 a.m. del 6 de noviembre de 1985 un grupo de guerrilleros llamado Comando *"Iván Marino Ospina",* del movimiento subversivo 19 de abril "M-19"*,* ocupó violentamente las instalaciones del Palacio de Justicia, sede principal de la Rama Judicial, ubicado en el costado norte de la Plaza de Bolívar, entre las carreras séptima y octava y calles once y doce de Bogotá, centro de la ciudad y centro simbólico del poder político en Colombia, frente a la sede del Congreso Nacional -contiguo a la sede de la Presidencia de la República-, con la pretensión de realizar un juicio público al Presidente de la República por la que llamaron su "traición" al acuerdo de diálogo que habían firmado ambas partes el 24 de agosto de 1984.

En respuesta, el Gobierno Nacional -representado por el Presidente de la República BELISARIO BETANCUR CUARTAS y su Ministro de Defensa, General MIGUEL VEGA URIBE-, autorizó el operativo de recuperación de la sede judicial. El Coronel LUIS CARLOS SADOVNIK, jefe del Estado Mayor y Segundo Comandante de la Brigada 13 del Ejército Nacional, territorialmente competente, ordenó, en ausencia momentánea de su superior, el General JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES, el alistamiento de primer grado, acuartelamiento de todas las unidades y aplicación inmediata del *PLAN TRICOLOR,* establecido para afrontar situaciones graves de alteración del orden público.

Miembros de la Policía Nacional y del Batallón Guardia Presidencial arribaron inmediatamente al lugar y comenzó el enfrentamiento armado. El General -hoy en retiro- JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES asumió prontamente la dirección del operativo para recuperar el Palacio; intervinieron las unidades

que componen esa Brigada, así como otras fuerzas de Policía y Seguridad competentes que se pusieron bajo su mando operativo.

Cerca de las 12:30 p.m. unidades del Ejército en vehículos artillados ("tanques de guerra") Urutú y Cascabel se presentaron en el teatro de operaciones; entraron por el sótano y por la puerta principal del Palacio. Sostuvieron las partes un duro enfrentamiento armado durante toda la tarde, a la vez que se trataba de explorar posibilidades de conversaciones, sin éxito. Fueron rescatadas numerosas personas, entre rehenes y sospechosos de ser guerrilleros. En la noche se presentó un voraz incendio, especialmente en el sector alto y del costado oriental, que cobró la vida de muchos rehenes que no lograron o no se les permitió abandonar el sitio. Durante toda la noche continuaron las hostilidades, y en la mañana del jueves 7 quedaban mínimos reductos de guerrilleros y rehenes, principalmente en el baño entre el segundo y tercer piso del sector occidental. El Ejército intentó de varias maneras someter el último de ellos, mientras los rehenes clamaban por alguna forma de arreglo que les salvara la vida.

Ante la noticia de una inminente "operación rastrillo", el jefe guerrillero ANDRÉS ALMARALES permitió hacia las 10:00 a.m. la salida de un emisario, el magistrado del Consejo de Estado REINALDO ARCINIEGAS BAEDECKER, para que pidiera ayuda humanitaria y realización de conversaciones, mensajes que entregó al comandante General ARIAS CABRALES y no llegaron al Gobierno. Agotadas las municiones de los subversivos, hacia las 2:00 p.m. su jefe autorizó la salida de las mujeres rehenes y guerrilleras, y luego de los hombres rehenes, quienes salieron custodiados por soldados y agentes oficiales hacia el Museo del 20 de Julio o Casa del Florero, situado a media cuadra hacia el oriente pasando la carrera séptima. Se escucharon ráfagas finales; los soldados regresaron sin guerrilleros vivos prisioneros y dieron parte de misión cumplida al General ARIAS CABRALES. En total fueron rescatados alrededor de 250 rehenes y murieron unas 110 personas, entre los que se cuentan 35 guerrilleros.

En la función de inteligencia, el comandante General ARIAS CABRALES tuvo a su servicio la Unidad de Inteligencia de la Brigada a su cargo, B-2, comandada por el teniente coronel EDILBERTO SÁNCHEZ RUBIANO; además fue asistido por miembros de la Dirección de Inteligencia del Ejército (DINTE) e integrantes de su Comando Operativo de Inteligencia y Contrainteligencia del Ejército

(COICI) comandados por el Coronel IVÁN RAMÍREZ QUINTERO, personal del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), y miembros del F-2 de la Policía Nacional y de la Policía Metropolitana de Bogotá, comandada por el General JOSÉ LUIS VARGAS VILLEGAS.

El General ARIAS CABRALES dispuso de un *puesto de mando atrasado* en las instalaciones de la Brigada 13, ubicada en la carrera 7ª con calle 106, comandado por el Coronel SADOVNIK; el *puesto de mando avanzado* es el sitio donde el comandante se encuentre, en este caso con apoyo en el *Museo del 20 de julio de 1810* o *Casa del Florero,* el que comenzó a funcionar en el acto bajo el control del teniente coronel EDILBERTO SÁNCHEZ RUBIANO, B-2 o comandante de Inteligencia de la misma Brigada; éste como tal tuvo a su cargo la labor de recibir allí a quienes eran rescatados del Palacio de Justicia, con el fin de identificarlos y establecer su eventual participación en los hechos, actividad para la cual contó también con el apoyo de la Policía y el DAS.

Terminada la operación de recuperación del Palacio, los familiares de CARLOS AUGUSTO RODRÍGUEZ VERA, CRISTINA DEL PILAR GUARÍN CORTÉS, BERNARDO BELTRÁN HERNÁNDEZ, HÉCTOR JAIME BELTRÁN FUENTES, GLORIA ESTELA LIZARAZO, LUZ MARY PORTELA LEÓN, DAVID SUSPES CELIS, trabajadores de la cafetería del complejo judicial, y de NORMA CONSTANZA ESGUERRA, LUCY AMPARO OVIEDO y GLORIA ANZOLA DE LANAO, visitantes ocasionales, los reportaron como desaparecidos. Informaron que luego de una exhaustiva búsqueda realizada en el interior de la edificación y tras el examen de los despojos mortales de las víctimas del fuego cruzado o de aquellos que resultaron calcinados producto del incendio, no hallaron evidencia que les permitiera identificarlos; días después algunos familiares o allegados observaron, en imágenes proyectadas por los medios televisivos que difundieron la noticia, a algunos de los desaparecidos cuando abandonaban con vida el edificio, entre los rescatados por las fuerzas armadas.

Varios de ellos dijeron haber recibido llamadas telefónicas de personas que se identificaban como miembros del Ejército Nacional, quienes les informaban que sus allegados habían sido retenidos y conducidos a diferentes guarniciones militares, donde estaban siendo torturados para que confesaran su presunta relación con el M-19. El soldado bachiller EDGAR MORENO informó telefónicamente a los familiares de la guerrillera IRMA FRANCO PINEDA, reportada también como desaparecida, que ella estuvo en el Palacio,

que estaba entre los rescatados con vida en poder de la Brigada y que él fue encargado de vigilarla en el segundo piso del Museo; ella le dio los datos y le pidió que comunicara su situación a la familia. No fue puesta a disposición de las autoridades judiciales y no se conoce su paradero hasta el día de hoy.

## 3. EL ACUSADO

Este proceso se adelanta por acusación de la Fiscalía contra el General en retiro JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES, identificado con la cédula de ciudadanía No. 2.728.264, por la desaparición forzada de once personas bajo su función de comandante de la operación de recuperación del Palacio. El acusado se retiró del Ejército Nacional en 1990 y luego de ello se ha desempeñado en funciones académicas militares.

## 4. ACTUACIÓN PROCESAL

La Fiscalía Cuarta Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, el 28 de septiembre de 2007, dentro del sumario radicado bajo el número 9755-4, ordenó investigar la presunta participación de los Generales en retiro de las Fuerzas Militares JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES, Comandante de la Brigada, y RAFAEL SAMUDIO MOLINA, Comandante del Ejército, en la desaparición de las mencionadas personas tras el operativo de recuperación del Palacio de Justicia.

El Fiscal General de la Nación, por medio de resolución del 7 de mayo de 2008, encargó de la instrucción a la Fiscal Cuarta delegada ante la Corte Suprema de Justicia[1]. Consecuencia de esa asignación de competencia, la delegada escuchó en indagatoria a los militares mencionados, diligencia que se cumplió, con el General (r) ARIAS CABRALES, en varias sesiones desde el 31 de julio siguiente[2].

Mediante decisión del 9 de octubre de 2008 la instructora resolvió la situación jurídica de los procesados, imputándole al General ARIAS CABRALES coautoría en la comisión de los delitos de SECUESTRO AGRAVADO y DESAPARICIÓN FORZADA, de conformidad a lo señalado en *"numeral 5 artículos 269 y 270 de*

[1]Folios 13 y 14 cuaderno de instrucción 2.
[2] Ibídem, folios 79 y ss.

*la Ley 100 de 1980"* y numeral 1° del artículo 165 de la Ley 599 de 2000, respectivamente. En la misma decisión le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva, pero exclusivamente frente al delito de desaparición forzada, porque respecto del de secuestro, dijo, resultaba procedente acudir al principio de favorabilidad de manera ultra-activa[3]. El General (r) ARIAS CABRALES, según Resolución 12162 de 10 de octubre de 2008 proferida por el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC)[4], se encuentra recluido en la Escuela de Infantería del Centro de Educación –CEMIL- en Bogotá.

Ante la apelación de su defensor, la Vicefiscalía General de la Nación confirmó la definición de su situación jurídica, aclarando que la medida de aseguramiento impuesta sólo procedía por el delito de DESAPARICIÓN FORZADA AGRAVADA EN CONCURSO, puesto que este tipo penal subsume el de secuestro.

Adelantada la investigación, la instructora calificó el mérito del sumario el 9 de marzo de 2009, profiriendo acusación en contra del General (r) ARIAS CABRALES, como autor responsable del delito de DESAPARICIÓN FORZADA AGRAVADA en once personas: CARLOS AUGUSTO RODRÍGUEZ VERA, CRISTINA DEL PILAR GUARÍN, BERNARDO BELTRÁN HERNÁNDEZ, HÉCTOR JAIME BELTRÁN FUENTES, GLORIA ESTELA LIZARAZO, LUZ MARY PORTELA LEÓN, DAVID SUSPES CELIS, NORMA CONSTANZA ESGUERRA, LUCY AMPARO OVIEDO, GLORIA ANZOLA DE LANAO, e IRMA FRANCO PINEDA.

Frente al General (r) SAMUDIO MOLINA la instrucción determinó que lo procedente era decretar la preclusión de la investigación.[5]

El Juzgado 51 Penal del Circuito de Bogotá avocó conocimiento de la causa, celebró las audiencias preparatoria y de Juzgamiento en múltiples sesiones, y dictó sentencia condenatoria el 28 de abril de 2011.

Apelada la decisión por la defensa y el Ministerio Público, la Sala de decisión a la que el asunto estaba asignado inicialmente según el orden alfabético, se declaró impedida; la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema admitió el impedimento, quedándole asignado el caso a la presente Sala el 2 de febrero

[3]Ibídem, folios 1 a 175. Mediante decisión del 28 de enero de 2009, la instructora se abstuvo de imponer medida de aseguramiento al procesado General Rafael Samudio Molina (C. i. 6, folios 01 a 175).
[4]Ibídem, folio 211 y ss.
[5]C. i. 7 Folios 91 a 302.

de 2012. Ésta a continuación planteó falta de competencia, decidida negativamente por la Corte Suprema el 11 de julio de 2012[6], por lo cual se procede a resolver el recurso.

## 5. RESUMEN DE LA SENTENCIA APELADA

A continuación esta Sala resume la sentencia de primera instancia. Se le da una numeración interna a sus temas, más detallada que en la original, para facilitar su confrontación posterior.

### 5.1 OBJETO

El juzgado precisó que este proceso no se adelanta por la legítima recuperación del Palacio de Justicia por el Ejército Nacional, sino por el acto posterior de la *desaparición forzada* de las personas mencionadas, quienes se hallaban en el interior de la edificación y salieron con vida, sin que todavía se tenga noticia sobre su supervivencia o fallecimiento.

### 5.2 COMPETENCIA

La ley dota a la justicia ordinaria de los mecanismos para investigar a quienes hallándose al servicio castrense sean cuestionados judicialmente por delitos cuya naturaleza no permita exceptuarlos de la obligación de responder como ciudadanos del común, desligándolos en forma inmediata de la excepción que en otras circunstancias los cobijaría. Si bien el *fuero penal militar* establecido por el artículo 221 de la Constitución Política prevé que de los punibles cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio y en relación con el servicio solamente conocen los Tribunales pertenecientes a la jurisdicción militar, con arreglo a las prescripciones de su Código especial, las conductas que signifiquen extralimitación de los deberes y obligaciones de las autoridades castrenses de policía no pueden ser juzgadas por esa jurisdicción especial.

A la luz del artículo 235 de la Constitución Política, es función propia de la Corte Suprema de Justicia *"Juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación(…) a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, por los hechos punibles que se les imputen"*. El parágrafo establece que *"Cuando los*

[6]Cuaderno de Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

*funcionarios antes enumerados hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, el fuero sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas".*

## 5.3 TIPICIDAD

Estudió luego la tipicidad de la conducta, dentro del Título III *"Delitos contra la libertad individual y otras garantías",* del Libro Segundo del Código Penal, Ley 599 de 2000, artículos 165 y 166, y el artículo 31 que regula el concurso de conductas punibles. Registró que ese comportamiento fue incluido por la legislación internacional como un delito de lesa humanidad, y que las circunstancias particulares que rodearon el caso concreto lo adecúan a esa definición que apareja la lesión de derechos humanos básicos como la libertad, por medio del delito de desaparición forzada.

Hizo el recuento de cómo para restablecer el orden social y las relaciones deterioradas por conflictos armados de gran envergadura, acaecidos a finales del siglo XIX y durante la primera mitad del siglo XX, se proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo preámbulo consigna que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad y de la igualdad de todos los miembros de la colectividad, atributos que deben ser protegidos por el régimen jurídico para que el individuo no se vea compelido a usar la rebelión contra la tiranía y la opresión. En el mismo sentido se han promulgado la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumentos que reconocen la vida y la libertad personal como derechos inalienables del hombre, por los que nadie puede ser privado de la vida o sometido a detención o encarcelamiento arbitrario, salvo en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados o por las leyes dictadas conforme a ellas.

Colombia, como Estado parte de las Naciones Unidas, ampara los derechos humanos, y ha elevado la Libertad a la categoría de derecho fundamental en el artículo 28 de la Carta Política. Toda forma de privación ilegal de este derecho es objeto de reproche, con mayor razón cuando la persona no es prontamente dejada en libertad o puesta a órdenes de autoridad judicial, sino sustraída arbitrariamente del amparo legal.

## 5.4 EL DERECHO INTERNACIONAL: DIDH y DIH

Expuso que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario hacen parte del Derecho Internacional Público, y que tienen en común la protección de las prerrogativas fundamentales de la persona. Destacó las normas aplicables, entre ellas el principio básico del Derecho Humanitario, el de *distinción*, por el cual en la conducción de las operaciones militares se debe hacer una diferenciación entre los combatientes y los no combatientes, las definiciones que permiten hacer la distinción, y el artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra que protege cuatro derechos básicos que son también amparados por los instrumentos internacionales de los derechos humanos: la vida, la integridad personal, la libertad y las garantías judiciales.

Esta disposición es aplicable a los conflictos armados no internacionales; por ella, las personas que no participen directamente en las hostilidades no pueden ser objeto de atentado contra su dignidad personal ni pueden ser sometidas a condenas o ejecuciones sin juicio previo emitido por un Tribunal regularmente constituido y provisto de las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

Ese mandato está reiterado en el Protocolo II adicional de 1977 que ampara a las personas que no participen en las hostilidades y a las que se encuentren privadas de la libertad, contra los abusos del poder y los tratos crueles o inhumanos que pudieran infligirles las autoridades militares o civiles, bien sean autoridades *"legales"* o *"de hecho"*. Esas transgresiones se reprochan a los regímenes de las naciones, y son también censurables en el sistema interno; han sido adoptadas como normas positivas y en razón del *bloque de constitucionalidad* que destaca el valor supralegal de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario.

Finalmente, registra que los tratados tienen la importancia de que codifican el derecho internacional consuetudinario y generan obligaciones a los Estados que los ratifican, por virtud del principio *"Pacta sunt servanda"* (los pactos son para cumplirlos). Por ello no es admisible ninguna tesis de inaplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos con el pretexto de que sus disposiciones no hacen parte de la legislación interna.

Colombia ha suscrito acuerdos para acatar y respetar los derechos básicos de las personas, trasladando dichos preceptos a la legislación interna y haciéndolos parte del bloque de constitucionalidad. La jurisprudencia constitucional ha considerado el DIH como *"un mecanismo de protección de la persona humana, sea ésta partícipe o no del conflicto armado"* y ha puesto en claro que los convenios suscritos por nuestro país hacen parte del *corpus* normativo de los derechos humanos, como normas de *ius cogens* que protegen la dignidad de la persona, garantizada por el artículo 1º de nuestra Carta Política.

## 5.5 CONFLICTO ARMADO INTERNO

Se ocupó la sentencia de la tesis propuesta de que no habría, para la década de los ochenta, ni actualmente, una situación de conflicto interno armado que habilitara la intervención del DIH. Estando éste integrado por las normas que en tiempo de guerra protegen a las personas que no participan en las hostilidades o que han dejado de hacerlo, con el principal objetivo de limitar el sufrimiento en el desarrollo de un conflicto armado, debe ser respetado no sólo por los Gobiernos y sus fuerzas militares, sino también por los grupos armados de oposición y por todos los que formen parte de un enfrentamiento. Pasó a resumir las características que permiten afirmar la existencia de tal conflicto. Citó que para la Corte Constitucional, la existencia de un conflicto armado se determina jurídicamente con base en factores objetivos, independientemente de la denominación o calificación que le den los Estados, Gobiernos o grupos armados en él implicados, y terminó reconociendo la existencia de ese conflicto para la época del suceso que nos ocupa –año 1985.

## 5.6 RESPETO AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Precisó la sentencia la forma como se respeta el principio de legalidad del delito en este caso. El *"nullum crimen sine lege",* está previsto en nuestra Constitución en el artículo 29 y se reitera en el artículo 6º del Código Penal, que preceptúa: *"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa".* Destacó alguna doctrina que muestra cómo esto se corresponde con las reglas universales que obligan en el Estado de Derecho, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Deduce que si una acción humana encuentra reproche punitivo en el ámbito internacional pero no en el orden interno, nada impide que se juzgue al infractor; no hay vulneración a la legalidad ni a la irretroactividad de la ley penal, por hallarse contemplada la transgresión de preceptos supranacionales, lo cual legitima su persecución punitiva. Con esa base, entiende que la persecución en el ordenamiento jurídico colombiano contra la desaparición forzada de personas acaecida con ocasión de los hechos del Palacio de Justicia, encaja en los preceptos legales y constitucionales que consagra esa norma rectora, pues si bien el comportamiento comenzó a ejecutarse cuando el Código Penal de 1980 no la tipificaba, los tratados de derechos humanos sí lo hacían. La OEA, entre otras, de la cual Colombia hace parte desde el 30 de abril de 1948, ya había introducido esa infracción, calificándola además como crimen de lesa humanidad.

Diferenció la *consumación* de la conducta, que se produce cuando la acción reúne todas las características de la figura penal y apareja la realización formal del tipo, del *agotamiento* que supone la consumación previa de la operación e implica que el autor consigue la finalidad que perseguía. La desaparición forzada se cumple en dos etapas: la privación de la libertad de una persona, seguida del *ocultamiento* y de la *negativa a reconocer* esa privación. No es acertado afirmar que con la retención ilegal se consumó el delito y menos aún que se agotó; la *ausencia de información* sobre el paradero de la víctima es lo que determina la prolongación de la consumación del ilícito en el tiempo y le imprime el carácter de *permanente.*

Por esta característica diferenció la desaparición forzada del secuestro, y a su vez le dio la connotación de delito de ejecución *sucesiva* o *permanente.* La desaparición forzada es un delito de ejecución permanente que se comienza a consumar en el momento en que se incumple el deber de informar y continúa en su ejecución mientras este deber no sea satisfecho.

Por todo ello afirmó la legitimidad del juzgamiento adelantado en contra del procesado por la desaparición forzada de once personas, acción que encuentra imbuida de los ingredientes de Generalidad y Sistematicidad, lo que la inscribe en la categoría de *lesa humanidad,* implica su imprescriptibilidad a la luz del derecho internacional consuetudinario y convencional, y no admite la interpretación limitada al derecho interno. Por el contrario, considerar que la persecución de este delito es violatoria de los principios de legalidad e

irretroactividad de la ley penal, sería una contravención a los principios que rigen el derecho internacional.

Sobre la inextinguibilidad de la acción penal derivada de esta clase de ilícitos, se basó en que la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad determina la facultad que asiste a los Estados para perseguir los delitos de genocidio, tortura y desaparición forzada de personas –en cuanto a las dos últimas, en tanto se cometan a gran escala o de forma sistemática- sin límite en el tiempo. La contradicción con la norma interna que establece su prescripción en 30 años pierde importancia en el caso concreto porque sólo se contaría a partir del último acto consumativo, acto que no ha sucedido porque las víctimas siguen desaparecidas y las autoridades no han dado ninguna información sobre su paradero.

Consideró por ello improcedentes los planteamientos de atipicidad de la conducta, irretroactividad de la ley, ilegalidad de la actuación o prescripción de la acción penal.

## 5.7 CONTEXTO POLÍTICO

Aunque el tema en cuestión es la desaparición forzada de varias personas tras el operativo desplegado por el Ejército Nacional para la recuperación del Palacio, para considerar la materialidad de la conducta acusada no circunscribió la motivación a ese episodio porque consideró procedente vincular el nexo causal con el contexto social y político. Hizo una reseña de la situación política del país a la sazón y del surgimiento del grupo rebelde M-19, para desembocar en los sucesos bajo el Gobierno del Presidente BELISARIO BETANCUR (1982-1986): se logró en 1984 un cese al fuego y la desmovilización de algunos integrantes de las FARC, quienes conformaron el nuevo partido político Unión Patriótica (UP); el diálogo con las fuerzas disidentes no fue bien recibido por varios sectores de la política, de las clases económicas altas y de las fuerzas armadas; se expidió la Ley 35 de 1982, mediante la cual se otorgaba el perdón y olvido, automática e incondicionalmente, para todos los alzados en armas y la cesación de todo procedimiento judicial con la consecuente libertad inmediata para todos los presos políticos. No era necesario que manifestaran su aceptación, les bastaba solicitar su libertad al Tribunal Superior del respectivo Distrito Judicial de donde se adelantara el proceso, para gozar de libertad incondicional.

El movimiento subversivo M-19 consideró que esa ley era un acto unilateral y no la aceptó porque si bien era un inicio para un proceso de paz, no acababa con los problemas sociales que aquejaban a la Nación. Únicamente acogerían esa norma cuando no quedara un solo preso político en el país, manifestación ante la cual el Gobierno rompió temporalmente los diálogos y los retomó después, con la firma el 24 de agosto de 1984 de un acuerdo fundado en el cese del fuego y de los operativos militares entre ambas partes. Sin embargo, el homicidio de su dirigente IVÁN MARINO OSPINA, el 25 de agosto de 1985, tras un asalto militar en Cali por el Ejército Nacional, terminó con las negociaciones de paz. Esta muerte tuvo como respuesta inmediata del jefe guerrillero ÁLVARO FAYAD, la orden de lanzar un *"combate general",* producto del cual fue emboscada una patrulla del Batallón Caicedo en Rioblanco, Tolima, donde resultaron 13 militares muertos, 12 heridos y 4 secuestrados, el secuestro de CAMILA MICHELSEN el 24 de septiembre de 1985, un asalto al Batallón Cisneros de Armenia, Quindío, el 19 de octubre de 1985, y un atentado contra el entonces Comandante del Ejército, Mayor General RAFAEL SAMUDIO MOLINA, el siguiente 23 de octubre.

Ante la disyuntiva de un esfuerzo por la búsqueda de la paz o una respuesta guerrerista, para muchos, fue ésta la que prevaleció porque ante la toma del Palacio Judicial el Presidente, dice la sentencia, se rehusó a dialogar con el M-19 y dejó en manos del Ejército el control de las operaciones y la vida de los rehenes.

## 5.8 PRÁCTICAS INDEBIDAS EN LA FUNCIÓN MILITAR

Registró la sentencia un conjunto de pruebas documentales para demostrar la existencia de una línea de prácticas indebidas dentro del ejercicio militar, la que permitiría afirmar que la conducta investigada reunía las características de sistemática o generalizada, y que por lo tanto se enmarca en los delitos de lesa humanidad. Hizo una larga relación de reportes de inteligencia de donde obtenía el Ejército la información que le daba una visión de conjunto del grupo subversivo. Encontró que, con apariencia de legalidad, grupos de inteligencia recolectaban información con métodos incompatibles con los derechos humanos. Se desprende de su examen que había casos en que quienes eran capturados por sospechas, a veces confirmadas, no eran puestos a disposición de las autoridades judiciales competentes, sino inquiridos hasta obtener material que pudiera servir como base para desarrollar *"operaciones*

*subsiguientes de captura",* allanamiento de inmuebles y captura de nuevos sujetos, permitiéndoles dar golpes certeros en contra de los grupos al margen de la ley –objetivo válido-, lo que se proponían lograr *"antes de que la intervención política imponga la suspensión de las operaciones"*, esto es, antes de que las políticas gubernamentales de amnistía, indulto o conmutación les impidiera continuar con la erradicación de aquellos que podían socavar su objetivo de alcanzar la *"superioridad militar"* para obtener la *"superioridad política"*, expresiones compatibles con un Ejército más interesado en el poder político que en su deber de apoyo a los principales órganos del Estado.

Se detuvo en un relato ejemplificativo alrededor del caso de la médico OLGA LÓPEZ, familiares y colegas perseguidos, detenidos, torturados, posteriormente absueltos y por quienes el Estado fue condenado a pagar perjuicios; hizo un registro de los tratos inhumanos y la barbarie con la que actuaron miembros de la inteligencia militar, de donde coligió que para las décadas de los setenta y ochenta esas conductas eran frecuentes, todo bajo el conocimiento y aquiescencia de altos mandos militares y aún de gobernantes de la época.

**5.9 TOMA ANUNCIADA**

La sentencia de primera instancia acogió el argumento de que la fuerza pública tenía conocimiento de la planeada incursión del M-19 en las instalaciones del Palacio de Justicia y la permitió para poder someter al enemigo en un solo acto; las labores de investigación y análisis de inteligencia habían dado noticia desde el mes anterior a la toma de la intención del grupo guerrillero de incursionar en el Palacio de Justicia el jueves 17 de octubre, cuando estuviera reunida la Corte Suprema, para tomar a los magistrados como rehenes como lo habían hecho en 1980 en la embajada de la República Dominicana, y hacer fuertes exigencias al Gobierno sobre aspectos como el tratado de extradición. Esta información no pudo ser asumida como un rumor sin importancia, cuando cualquier sospecha que asaltara a la institución castrense –por especulativa que fuera-, sobre propósitos criminales de una determinada agrupación, era y debía ser atendida de manera muy seria. En autos consta que el viernes 18 de octubre de 1985, 19 días antes de los hechos, los periódicos de mayor circulación habían anunciado el descubrimiento de un plan para ocupar la sede judicial. Magistrados y subalternos ratificaron con posterioridad la información que se tenía sobre su ocurrencia. Por eso no podría tener acogida

la versión de que el propio Presidente de la Corte Suprema hubiera solicitado que se retirara la seguridad reforzada del Palacio.

## 5.10 RELATO DE LA TOMA Y RECUPERACIÓN

Hizo un recuento de los hechos, en el que se ocupó de temas de importancia política e historiográfica. Registró que ante la noticia de la toma, la reacción de la fuerza pública fue vertiginosa; el Coronel (r) LUIS ALFONSO PLAZAS VEGA señaló que supo de la toma cuando se hallaba en la secretaría del despacho del Ministro de Defensa MIGUEL VEGA URIBE, y que recibió la instrucción de actuar *"en cumplimiento de los planes previstos para situaciones tan graves"*, en especial del PLAN TRICOLOR, que imponía a la Brigada 13 *"asumir el control de toda la ciudad de Bogotá",* y que *"en caso de un asalto a cualquiera de las instalaciones del corazón administrativo de la ciudad, empezando por el Palacio de Nariño",* lo obligado era *"la ocupación de esa área por parte de las Unidades Blindadas",* y que *"Había tareas que comprendían el empleo del Batallón Guardia Presidencial"* y *"de la Policía Militar".* El Coronel (r) LUIS ENRIQUE CARVAJAL NÚÑEZ informó que hacia las 11:45 a.m. supo sobre la incursión guerrillera por voz de su superior LUIS CARLOS SADOVNIK, quien les ordenó a las unidades alistamiento de primer grado y dirigirse a la Plaza de Bolívar para analizar la situación y esperar al Comandante de la Brigada 13, General ARIAS CABRALES; concretó el desplazamiento a ese lugar de las unidades de Artillería, Caballería y Policía Militar No. 13, por mandato directo del General ARIAS; éste arribó hacia la 1:00 p.m. y asumió el mando de la operación.

Resumió la versión que sobre los actos de recuperación del Palacio de Justicia dio el ex presidente BETANCUR, según la cual al recibir noticia sobre la incursión guerrillera impartió las instrucciones respectivas y continuó con una ceremonia en el Salón Amarillo de la Casa de Nariño con la presencia del Ministro de Relaciones Exteriores: *"impartí esta instrucción: que las Fuerzas Militares, de Policía y de Seguridad, debían restablecer el orden Constitucional en el Palacio de Justicia con respeto y garantía de las vidas de los rehenes y también de los guerrilleros asaltantes."* La contrastó con lo dicho por el gobernante en su alocución televisada del 7 de noviembre de 1985, que durante la toma asumió directamente el operativo, adoptando determinaciones, dando órdenes y controlando el desarrollo de actividades, y ante la Fiscal instructora expresó que *"las decisiones de carácter militar se*

*centraron en cabeza del Ministro de Defensa, General VEGA URIBE y a través de los Comandantes de las distintas Fuerzas Militares"*.

Dijo también que *"la entrada del ejército al Palacio de Justicia se produjo en el momento en que habían fracasado todas las instancias en el forcejeo contra los asaltantes y las propias fuerzas que ya atacaban el Palacio de Justicia para su recuperación desde afuera, se había producido el fracaso de las distintas posibilidades de diálogo entre los asaltantes y el gobierno sobre la base del ofrecimiento presidencial de respetar las vidas de los guerrilleros y de hacerles un juicio imparcial, incluso por fuera de la órbita militar, es decir, con jueces civiles."*

Para la sentencia de primera instancia, contra lo dicho por el ex-Jefe de Estado, la prevalencia del respeto a la vida de rehenes y guerrilleros carece de respaldo probatorio; la encuentra contraria a lo probado, ya que habiéndose iniciado la incursión guerrillera hacia las 11:30 a.m., transcurrió un lapso muy breve antes de que se dispusiera el ingreso de los tanques del Ejército a la Plaza de Bolívar para irrumpir luego en forma violenta en la sede judicial, secuencia que no deja ningún espacio para considerar que efectivamente se buscó un diálogo que no hubiera arrojado frutos, y lo que emerge es que no se intentó. Dijo el ex presidente que el 7 de noviembre de 1985 trató de contactar a los insurgentes a través de un representante de la Cruz Roja, con el objeto de que llevara un mensaje del Gobierno para convocar a los subversivos a la reflexión, garantizándoles *"juicios objetivos e imparciales por parte de los Jueces Civiles si deponían las armas y devolvían a los rehenes sanos y salvos",* gestión que, afirma, fracasó debido a la respuesta armada de los insurgentes.

Relató que en el momento de producirse la llamada del Presidente de la Corte, en la tarde del miércoles 6, algunos ministros y militares convinieron en que dada su condición de rehén no era viable entablar un diálogo directo con él, y comisionó al Director de la Policía, General VICTOR ALBERTO DELGADO MALLARINO para el efecto, ya que era su amigo. El General estableció comunicación y el líder guerrillero OTERO no accedió a la oferta del Gobierno.

Señaló también el ex presidente que en el desarrollo de los hechos acudió a la prensa y otras vías de comunicación para que hicieran llegar a los subversivos el mensaje de que se entregaran a las autoridades a cambio de un juicio justo: no entiende la juez *a quo* cómo si se recurrió a la intervención de periodistas para conseguir que el grupo armado se rindiera, en forma intempestiva se

suspendieron las emisiones radiales y televisivas de los hechos y en su lugar se dio curso a la presentación de un intrascendente partido de fútbol.

Sobre el tema explicó el alto dignatario que la decisión de suspender la transmisión del acontecimiento, adoptada por la entonces ministra del ramo, NOHEMÍ SANÍN, no fue promovida ni ordenada por el Gobierno, y que años después de la toma observó una exposición rendida por su subalterna en la que manifestaba que el día de marras únicamente solicitó a los medios prudencia, autogobierno y autocensura; sin embargo, un requerimiento en estos términos, a juicio de la a quo, no habría generado el corte abrupto de la información, *a fortiori* cuando la propia doctora SANIN en una entrevista entregada a Caracol Radio admite que ordenó la interrupción porque temía la repetición de un *"Bogotazo",* determinación que no encuentra creíble que haya sido adoptada por la funcionaria sin consultar a su superior, máxime si como lo declara el propio presidente BETANCUR se había acudido a los corresponsales para que sirvieran como mediadores entre el gobierno y los subversivos del M-19.

El magistrado REINALDO ARCINIEGAS declaró que durante la toma fue conducido a un baño donde se hallaban numerosas personas, incluso el guerrillero ALMARALES; ya el jueves 7 a primera hora, un guerrillero entró *"con un radio transistor pequeño del que oímos que en radio Caracol informaban al país que todos los rehenes habían sido evacuados y sólo quedaban dentro los guerrilleros"*, por lo que el Ejército había ordenado la *"operación rastrillo"*, ante lo cual él mismo propuso que lo dejaran salir para informar que todavía había prisioneros, proposición que ALMARALES aceptó; bajó ARCINIEGAS lentamente gritando que iba en camino y que era magistrado del Consejo de Estado, fue recibido en el primer piso por varios soldados, lo llevaron a otro lugar para interrogarlo *"sobre lo que existía arriba y dónde estábamos, porque ellos no sabían dónde estábamos exactamente y yo les informé y les suplicaba, casi llorando, que no fueran a aplicar la operación rastrillo porque matarían a mucha gente"*. Resaltó que su propósito era el de transmitir tres mensajes, *"uno, que querían negociar con el gobierno, otro, que querían un periodista independiente y tres, que necesitaban contacto con la Cruz Roja".* En relación con esta misiva el presidente BETANCUR sostuvo que se enteró de ella *"ya cumplidos todos los acontecimientos"*, mientras que el Coronel LUIS ALFONSO PLAZAS VEGA señaló que al abandonar la sede judicial el funcionario *"fue muy efusivo en agradecer la protección para su salida y manifestó que tenía un*

*mensaje para el Presidente de la República",* por lo que fue conducido hacia el Palacio de Nariño con la finalidad de cumplir esa misión; no obstante, el comunicado nunca llegó a la Casa Presidencial, y *"con quien tuvo la charla fue con el Comandante de la Brigada en ese momento",* dado que *"el General ARIAS CABRALES tomaba las determinaciones"*, aseveración que secunda el coronel EDILBERTO SÁNCHEZ RUBIANO, en versión rendida el 17 de noviembre de 2006.

## 5.11 EJERCICIO EFECTIVO DEL COMANDO DE LA OPERACIÓN

Finalmente la sentencia dio cuenta de la intervención del Presidente del Socorro Nacional de la Cruz Roja, delegado bajo esa condición el jueves 7 de noviembre por el Gobierno Nacional para intentar un diálogo con el grupo armado. En dicho documento, presentado al Secretario General de la Presidencia de la República el 12 de noviembre, el comisionado informó que una vez recibió la solicitud de hacer presencia en el Palacio de Justicia se dirigió al Museo 20 de Julio, lugar donde entró en contacto con coronel ALFONSO PLAZAS y el General VARGAS VILLEGAS, quienes le pidieron esperar a *"tener un momento de calma"* para llevar a cabo su ingreso porque en ese momento se estaba desarrollando un fuerte enfrentamiento entre los *ocupantes* y las fuerzas armadas, *"que hacía imposible cualquier movilización de personal";* también le pidió prudencia el General ARIAS, quien se encontraba al frente de la tropa.

El contenido de este documento se complementa con el testimonio rendido ante la Procuraduría General de la Nación por el mismo representante de la Cruz Roja, quien precisa que el Presidente en su comunicado *"ofrecía a los ocupantes del Palacio de Justicia la garantía de sus vidas"* y *"el adelantamiento de una investigación judicial como lo ordena la ley con todas las garantías procesales a cambio de que dejaran en libertad al personal retenido",* por lo que en compañía de cinco socorristas y fuertemente escoltado por militares ingresó al complejo judicial, donde, megáfono en mano y portando la bandera de la Cruz Roja manifestó que era portavoz de un mensaje del Presidente, luego de lo cual *"se escuchó una carcajada e inmediatamente después una ráfaga, posiblemente de metralleta o ametralladora"* , a lo que siguió una fuerte explosión; *"minutos después cesó el fuego y vimos descender un grupo grande de soldados quienes dieron parte al General de haber cumplido la misión encomendada a ellos".*

Advertido lo anterior, la sentencia concluye que el propósito del Gobierno, pero sobre todo de los altos mandos militares, no era el de entablar un diálogo con el grupo armado, en tanto que la actuación del primero a todas luces aparecía coaccionada o supeditada a las decisiones de los segundos. Si bien el Presidente manifestó en una entrevista a la revista Semana que en ningún momento tuvo *"presión de ninguna índole distinta de la de mi propia conciencia",* las pruebas le permiten acoger la tesis de un golpe de Estado transitorio por parte del Ejército Nacional, cuyos principales agentes, con el Ministro de Defensa General MIGUEL VEGA URIBE a la cabeza, no permitieron que el Presidente BETANCUR escuchara ningún pedimento del grupo ilegal, por lo que detrás del *"control absoluto"* del mandatario se observa un manejo irregular dado por la institución castrense al operativo, al ocultar información básica que hubiera podido disminuir sus graves consecuencias.

Señaló que la operación llevada a cabo por algunos miembros del Ejército Nacional –dirigidos por sus altos mandos- para recuperar el Palacio de Justicia, fue irracional, desmedida y extrema, pues contra lo pregonado por el primer mandatario y otros representantes de los estamentos oficiales, la vida de los rehenes no constituyó prioridad, como sí lo fue la ubicación y el exterminio total de los milicianos de la guerrilla, sin desconocer el sacrificio y heroísmo de otros militares que también participaban en la recuperación.

Describió testimonios de cómo integrantes del Ejército irrespetaron la vida de algunos rebeldes desarmados, heridos y caídos en combate, en violación del Derecho Internacional Humanitario. Expuso en detalle ejemplos de abusos, torturas, falsedades y otros delitos cometidos por miembros del Ejército contra diferentes personas. Por ejemplo, con los visitantes del Palacio, estudiantes Eduardo Matson y Yolanda Santodomingo que se salvaron sólo por la calidad de Gobernador del departamento de Bolívar del tío de aquél, y contra empleados judiciales y administrativos de la Corte, todo para ratificar la línea de conducta que se observó en varios uniformados, representada en el pasaje "*(…) cuando estaban hostigando a los dos muchachos, alguno de ellos, de los Militares, dijo que no había que dejarlos vivos, que había que matarlos a todos"*[7].

Resaltó episodios como el de EDUARDO MEDINA GARAVITO, conductor de la Fiscal ante el Consejo de Estado CLARA INÉS FORERO DE CASTRO, esposa del

[7]Declaración de Julio Cepeda, redactor de LEGIS, F. 1 Cuaderno 46 de anexos de instrucción (c. 46 a. i.)

entonces ministro de gobierno JAIME CASTRO -ese conductor llegó vivo a la Casa del Florero, fue sospechoso porque vestía un pantalón de sudadera de un guerrillero, y al día siguiente entregaron su cadáver-; el caso de CARLOS HORACIO URÁN, abogado Asistente del Consejo de Estado, de quien se afirma su esposa lo vio en televisión salir vivo del Palacio pero después recibió su cuerpo en la morgue; allí le entregaron algunas de sus pertenencias, pero no la billetera, el dinero, ni los documentos personales, elementos que vinieron a ser hallados ya en esta investigación, en la inspección realizada en la bóveda de seguridad del B-2 de la Brigada 13 del Ejército y entregados a la viuda en el año 2007.[8] Relacionó otras operaciones que adelantaba la Brigada 13, indicativas de la línea de conducta que establecían algunos de sus dirigentes, violatorias del DIH, como la detención y tortura de JOSÉ VICENTE RUBIANO, ORLANDO FONSECA, y el empleado judicial ARRECHEA OCORÓ, los que no constituyen hechos aislados y fortuitos, sino que se concatenan para acreditar que en esa época existía ese *modo de operar.*

## 5.12 BASE PROBATORIA DE LA EXISTENCIA DE LA CONDUCTA EN EL CASO DE CADA VÍCTIMA

Hizo primero una exposición sobre la vigencia del concepto de indicio como medio de prueba, y luego procedió a elaborar los indicios y llegar a su conclusión sobre la desaparición de cada una de las once personas por las que se adelanta este proceso. A continuación la Sala extracta lo más destacado de la argumentación relativa a cada víctima, para facilitar su posterior contraste con los alegatos de oposición y el examen del peso probatorio de los medios aducidos.[9],[10]

### 5.12.1 CARLOS AUGUSTO RODRÍGUEZ VERA

Este era el administrador de la cafetería, conjuntamente con su esposa CECILIA CABRERA; normalmente ésta hacía de cajera, pero en esa fecha estaba terminando la licencia de maternidad de su primogénita, y la remplazaba

[8]F. 231 cuaderno 21 anexos de causa (c. a. c.)

[9]En este resumen de la apreciación probatoria realizada por la sentencia del juzgado *a quo, p*ara facilitar el discurso y la lectura, no se citan siempre los nombres extensos de las personas, no se repiten las notas de pie de página, tampocotodas las referencias a los cuadernos originales, de manera que la confrontación de la fuente debe hacerse a partir de la sentencia de primera instancia, como unidad que forma con la presente.

[10] No se transcribirá todo lo que ha dicho cada medio de prueba, ni se reseñará toda la práctica probatoria: se escoge y extrae aquí sólo lo que aporta evidencia útil para elaborar los argumentos, tanto los de primera instancia como los que sirven para contrastarla con las oposiciones de los recurrentes. Más tarde, esta sentencia hará la apreciación de esa evidencia, sin repetir este extracto probatorio, en el punto 10. DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS.

CRISTINA GUARÍN. La sentencia del juzgado *a quo* declara su desaparición forzada porque encuentra probado que salió con vida del Palacio y no se tiene noticia de él. Se resume la información que a veces es ambigua, y después va adquiriendo fuerza y credibilidad:

1. El doctor ENRIQUE RODRÍGUEZ, padre de CARLOS, relató que en los años posteriores a estos hechos ha pedido la intervención de la ONU y la OEA, pues su queja no fue atendida en los organismos de justicia nacionales, como el Tribunal Especial creado por el Gobierno en 1985; finalmente se dirigió a la Procuraduría Delegada ante las Fuerzas Militares con base en un documento que dejó RICARDO GÁMEZ, ex miembro de inteligencia militar, quien dijo tener que irse del país ante las persecuciones de que fue víctima por haber dado algunas informaciones acerca de los hechos del Palacio. Afirmó GÁMEZ que tuvo participación activa en las funciones de inteligencia desplegadas durante los hechos del Palacio, que fue testigo de algunos sucesos, entre ellos, las torturas sufridas por CARLOS RODRÍGUEZ, quien salió del Palacio y fue llevado a la Casa del Florero, después fue enviado a la Escuela de Caballería por orden del Coronel PLAZAS VEGA, quien dio las instrucciones de que *lo trabajaran y cada dos horas le dieran informe*, para que RODRÍGUEZ aceptara haber colaborado en la toma, ya que PLAZAS VEGA creía que en la cafetería del Palacio se habían escondido armas para el asalto. Dijo que CARLOS RODRÍGUEZ murió a consecuencia de las torturas a manos de varios uniformados durante cuatro días, no obstante que hasta su deceso negó cualquier participación, y fue finalmente inhumado en secreto, probablemente en los polvorines, cerca del sitio donde se hacen prácticas de polígono, en la misma escuela.

No se contó en el proceso con el testimonio de GÁMEZ, pero para la *a quo* una valoración objetiva del documento permite establecer que fue elaborado con la coherencia y claridad que únicamente se puede tener cuando la percepción de los hechos ha sido directa, y le resulta creíble por su similitud con otros dichos sobre situaciones anómalas que se desarrollaban en la institución militar, como las investigaciones y seguimientos realizados por el Batallón Charry Solano, entre otros, al doctor EDUARDO UMAÑA MENDOZA, cuya vida señaló que corría peligro y quien en efecto fue asesinado algún tiempo después.

Aunque para la fecha de la toma el ex-policía GÁMEZ no hacía parte de ninguna institución del Estado, el juzgado tuvo en cuenta que en la recuperación no actuaron sólo miembros uniformados sino también vestidos de civil, colaboradores, infiltrados e informantes, como se evidencia en las declaraciones de BERNARDO GARZÓN, MARLIO QUINTERO y JORGE SARRIA, civil éste que encabezó la evacuación de rehenes y fue dotado de armas oficiales para enfrentar a los subversivos.

Ante la imposibilidad de recibir el testimonio de GÁMEZ, para que su documento no perdiera fuerza probatoria, RENÉ GUARÍN, hermano de la desaparecida CRISTINA GUARÍN, lo entrevistó en Bruselas, Bélgica, donde se encuentra asilado, y allegó el documento pertinente; como el deponente se ratificó, el juzgado no lo consideró anónimo, y además el CTI realizó los análisis para concluir que sí se trataba de RICARDO GÁMEZ MAZUERA.

*2.* Registró la sentencia que ENRIQUE RODRÍGUEZ, en diligencia de reconocimiento realizada en la corresponsalía de Televisión Española TVE, informó que su hijo aparece *"en el punto 00:10:20, escoltado por un miembro del Ejército, de buzo azul y pantalón gris";* la Fiscalía hace constar que *"en el centro de la pantalla el señor Enrique Rodríguez manifiesta que no podría asegurarlo pero la persona que allí aparece se parece mucho a su hijo. La imagen se pasa tres veces desde el punto 00:10:18 hasta el punto 00:10:37 y el declarante insiste en que el parecido es real y que 'cada vez que lo veo más convicción tengo de que puede ser mi hijo'".*

3. La señora CECILIA CABRERA narró que el día de los hechos su esposo, CARLOS RODRÍGUEZ VERA, cuando se fue a trabajar vestía *"un buzo gris claro, de cuello redondo, manga larga, con puños, con resorte en las mangas y en la parte de abajo, de algodón, y un pantalón de paño gris más oscuro y una camisa a rayas también de tonos grises", y* lo describe físicamente. Su presencia en la cafetería del inmueble judicial, en el momento en que se suscitaron los hechos, es aceptada por la defensa, como con todas las personas señaladas como desaparecidas.

4. CECILIA CABRERA, en diligencia de reconocimiento sobre video suministrado por TVE, señaló que en el punto 01:03:50 a 01:04:00 sale una persona de buzo azul en el centro de la pantalla, dirigiéndose a la Casa del Florero, que *"podría tratarse de su esposo, por el cabello y la fisonomía de la cara, la estatura, el cuerpo, por la forma de correr (...)*", anotación que

reitera (folio 62 del cuaderno 6 de anexos y 55 del cuaderno 20 de anexos), pero en este último sí afirma que reconoce plenamente a CARLOS. En el mismo testimonio en este proceso, el 27 de abril de 2009, aseveró que *"en el video que la Fiscalía me hizo reconocer en el 2007, es cien por ciento que CARLOS es quien sale del palacio de Justicia".*

5. MARÍA DEL CARMEN CASTRO DE PATIÑO afirmó con total convicción "reconocer" a *don Carlos*, en el DVD 2 de CARACOL (fotografías aportadas después de los hechos por los familiares), punto 00:33:29, señalando que la persona que allí figura *"es don Carlos, estoy segura y tiene parecido con el que vi que estaban entrevistando", (*este último era CÉSAR RODRÍGUEZ -hermano de CARLOS- quien aparece en el mismo documento en el punto 00:27:03) y del cual dijo que *"tiene un aire a Don Carlos el administrador de la Cafetería".*

6. RENÉ GUARÍN, luego de describir los rasgos de CARLOS, manifestó que lo observó en el DVD de Patrimonio Fílmico Colombiano, en el mismo punto en el que lo reconoció en el de TVE, en el récord 01:03:52, señalándolo como *"el hombre con buzo azul y pantalón gris que es tomado del brazo por un militar saliendo de la portada principal del Palacio de Justicia".*

7. CECILIA CABRERA relató que su hermano ÁLVARO CABRERA y su cuñado CÉSAR fueron recibidos por el General ARIAS CABRALES, mientras que a ella la atendió *"un Mayor GÓMEZ",* quien le negó la presencia de detenidos en la Decimotercera Brigada, y que *"si los tuvieran, no iban a cometer el mismo error que cuando se robaron las armas del Cantón norte, cuando tenían 150 detenidos y luego los soltaron".* Indicó que ocho días después de la toma, un periódico cuyo nombre no recordó, dijo que los empleados de la cafetería eran cómplices del M-19 y que en el interior del restaurante habían sido hallados 1.500 pollos como provisión para el grupo armado, cuando en realidad no cabía sino una pequeña cantidad, motivo por el cual exigió la rectificación del periódico, pero no le fue indicada la fuente de la información. Sobre el punto, ENRIQUE RODRÍGUEZ dijo que la noticia era absurda, por cuanto ese día *"la ración era pollo y que habían comprado alrededor de cincuenta, de los cuales un poco más de 30 estaban preparados y el resto crudos para atender las solicitudes de platos a la Carta", y* agregó que *"para tener mil quinientos pollos se requiere un cuarto frío de grandes proporciones que no existe allí, la única nevera y congelador*

*son del Fondo Rotatorio y nunca alcanzaban para guardar las provisiones que se tenían para la semana".*

Estas anotaciones secundan la conclusión expuesta por el periodista RAMÓN JIMENO ante la Fiscalía, donde luego de hacer referencia a la información a la que aludió CECILIA, sobre las provisiones presuntamente halladas en la cafetería, dedujo que esas aseveraciones convergen a apuntalar la vinculación que, para el Ejército, existió de los empleados con el grupo insurgente responsable de la toma del Palacio.

8. ENRIQUE RODRÍGUEZ refirió que un amigo, el abogado CARLOS ARIEL SERRANO SÁNCHEZ, luego de haber sido rescatado y conducido al Museo 20 de julio en la tarde del día 6, una vez liberado lo llamó para comunicarle que *"allá vio a CARLOS que lo habían subido al segundo piso",* y después SERRANO se comunicó nuevamente para advertirle que no fuera a mencionar nada respecto de la información que le había dado, pues había recibido amenazas, al punto de que después de que SERRANO era su gran amigo, nunca volvió a saber nada de él, más aún, aseguró el deponente que en una oportunidad SERRANO le dijo que *"lo habían obligado a firmar una nueva declaración en la que quitaron la declaración de él de que lo vio y lo conoció* (a CARLOS) *porque él iba con frecuencia a comer en la cafetería (...)".*

Convocado por la instructora, el doctor SERRANO SÁNCHEZ negó haber visto a CARLOS AUGUSTO RODRÍGUEZ VERA, sólo había dicho que podía haberlo visto de lado, y que tiempo después le informó que hablando con el magistrado TULIO CHIROLLA pudieron confirmar que no era CARLOS quien estaba en el museo; también negó haberle comentado que estuviera amenazado. De estas últimas afirmaciones la *a quo* advierte que son sesgadas, probablemente debido a las intimidaciones que encuentra han sido una constante a lo largo del proceso en contra de los intervinientes. Contrario a ello, en las exposiciones de ENRIQUE RODRÍGUEZ, consideró la *a quo* que no se evidenció animadversión o intención de desnaturalizar los hechos, sino el interés de que se esclarezca la verdad.

La explicación que ofreció el doctor SERRANO en el sentido de que muy seguramente el dolor de padre y la esperanza de hallar a su hijo con vida confundieron al señor ENRIQUE RODRÍGUEZ, no fue aceptable para la juez de primera instancia; encontró más ajustado a la realidad que aquél hubiera

callado en razón de las advertencias en su contra y no que éste mintiera o exagerara, toda vez que sus dichos eran fácilmente susceptibles de desvirtuar o corroborar y desde un principio señaló al abogado SERRANO como su fuente de información.

9. El Delegado de la Procuraduría pidió la absolución del acusado, por considerar que había pruebas falsas, como el testimonio de CÉSAR AUGUSTO SÁNCHEZ CUESTA. Lo califica así porque no mencionó en su primera versión, en 1986, que vio salir con vida a CARLOS RODRÍGUEZ, pero en 2007 dijo, con argumentos que la *a quo* encuentra serios y coherentes, que no narró lo que sabía por el temor que le causó la coacción sicológica a la que fue sometido entonces.

Ante el Juzgado 9º de Instrucción Criminal Ambulante el 16 de enero de 1986, SÁNCHEZ dijo que como abogado asesor de la Alcaldía de Bogotá, una vez culminadas las operaciones militares se desplazó con el Alcalde Mayor y otros funcionarios, para observar el sitio, recorrido que adelantaron por el primer piso, donde todo quedó destruido, con excepción de la cafetería, la que pese a huellas de impactos de bala fue el lugar menos afectado; que observó que la mayoría de los víveres se hallaban en descomposición, y que era falsa la información de un medio periodístico en el sentido de que había 1.500 pollos.

Informó que conocía a todos los empleados de la cafetería pues era allí donde almorzaba casi a diario, motivo por el que decidió colaborar en la búsqueda de CARLOS RODRÍGUEZ, haciendo algunas averiguaciones para determinar su paradero; esto lo ratificó en declaración del 3 de febrero de 1986.

No obstante, en versión ante la Fiscal instructora, el 19 de septiembre de 2007, fue enfático en señalar: *"yo sé y me consta que salió el administrador de la cafetería y lo ingresaron a la casa del 20 de julio",* afirmación que la *a quo* calificó de veraz porque el haber callado algunos datos se debió a que tras demostrar interés en el paradero de CARLOS RODRÍGUEZ y haber ido con la esposa de éste a buscarlo en el Cantón Norte de la ciudad de Bogotá, recibió amenazas y seguimientos que a su juicio entrañaban peligro, por lo que no comunicó cierta información relevante que implicara riesgo para su vida y la de su familia.

En esta nueva ocasión el deponente explicó que acompañó a la esposa CECILIA CABRERA al Cantón Norte, donde fue reconvenido por un militar que con

malas palabras les dijo que no buscaran más, porque *"ellos eran guerrilleros y asesinos"* -refiriéndose a los empleados de la cafetería-; al llegar a laborar a la Alcaldía, le informaron que algunas personas habían estado indagando por él, y que cuando arribó a su lugar de residencia empezó *"a encontrar movimientos sospechosos"* que provenían de personal del Ejército que lo estaba buscando, según le informó uno de los celadores. A ello se suma una serie de llamadas telefónicas que él mismo recibió, tanto en su casa como en la oficina, en las que le advertían que *"no tratara de averiguar sobre cosas que no le interesaban".*

Como consecuencia de las amenazas buscó entrevistarse con el Coronel PLAZAS VEGA en el Cantón Norte para comentarle su situación, recibiendo del propio oficial la sugerencia de que *"dejara de indagar sobre cosas que no eran de mi incumbencia y que tratara de evitarme problemas posteriores"*, entrevista que sin embargo permitió que de manera *"misteriosa pero rápida"* comenzaran a desaparecer en su totalidad las llamadas amenazantes, aunque continuaron *"ciertos desplazamientos de personal de inteligencia o militares"* en los alrededores de su casa y oficina.

Consideró la providencia que sobre las circunstancias en las que SÁNCHEZ logró observar a CARLOS RODRÍGUEZ, sostuvo con convicción y coherencia que el 7 de noviembre se encontraba en los alrededores del Palacio, donde observó la salida de muchas personas escoltadas y protegidas por funcionarios del Ejército y algunos de la Policía; como asesor jurídico del Alcalde logró acercarse lo mejor posible a la Casa del 20 de julio, donde ingresaban a las personas que rescataban de la sede judicial, entre los cuales reconoció *"al señor RODRÍGUEZ, administrador de la Cafetería".*

Afirmó el declarante que intentó preguntar por el citado, pero que los uniformados no se lo permitieron e incluso lo agredieron física y verbalmente. Agregó que en compañía del padre y de la esposa de CARLOS se dirigió al Cantón Norteen dos oportunidades a indagar por él, pero siempre le respondieron con evasivas y palabras desobligantes, y resaltó que a partir de la segunda visita comenzó a recibir las llamadas amenazantes.

En cuanto a las omisiones en su versión original, refirió que *"las circunstancias que rodeaban en ese momento esa declaración ponían en riesgo mi vida y mi seguridad personal, ya que para el momento de esa declaración ya se me habían hecho las advertencias pertinentes por parte de los militares y había*

*recibido... ciertas visitas a mi lugar de residencia por parte de vehículos sospechosos ",* recalcando que *"la advertencia que se me hizo en las instalaciones del Ejército, ubicadas en lo que se denomina como el Cantón Norte, fueron claras, contundentes, precisas, de lo que me podía suceder si seguía indagando por el administrador o por otra persona. Si en el momento pertinente de la declaración hubiese declarado lo que declaré... ante esta Fiscalía, estoy seguro de que no estaría en este momento con vida".*

Finalmente, el 18 de diciembre de 2007 el señor SÁNCHEZ CUESTA reconoció en el DVD denominado Caracol 2 al *"administrador de la Cafetería del Palacio de Justicia en la época*", el 7 de noviembre de 1985.

Para el juzgado de instancia, otras circunstancias, además de los reconocimientos, demuestran que CARLOS abandonó con vida el Palacio. Sirven de indicio las múltiples amenazas que su padre ENRIQUE dijo haber recibido por insistir en la búsqueda, intimidaciones que también se dirigieron contra su apoderado, el doctor EDUARDO UMAÑA MENDOZA, quien fue asesinado luego de iniciar una acción por estos hechos ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y que ENRIQUE agregó que en la misma semana en que ocurrió la toma recibió varias llamadas anónimas, en las que se le informaba que su hijo estaba vivo y que estaba siendo torturado en el Cantón Norte.

En concepto de la *a quo*, todo lo anterior acreditó, sin lugar a dubitación, la desaparición del encargado de la cafetería del edificio de la judicatura, CARLOS AUGUSTO RODRÍGUEZ VERA.

**5.12.2 CRISTINA DEL PILAR GUARÍN CORTÉS**

RENÉ GUARÍN, su hermano, dijo que el primer día se desplazó hasta el sitio de los hechos para averiguar por la suerte de su hermana, sin obtener ninguna información. A la mañana siguiente, una vez en el sector, escuchó que las personas que estaban siendo rescatadas eran conducidas a la Casa del Florero, y cuando concluyó la recuperación, ingresó a la cafetería en compañía de su padre JOSÉ MARÍA GUARÍN, sin hallazgos concretos. Había visto con antelación a BERNARDO BELTRÁN, HÉCTOR JAIME BELTRÁN y a CARLOS RODRÍGUEZ VERA; a éste lo conocía de mucho tiempo atrás a través de la mamá, MARÍA ELENA VERA. Dijo que el día de los hechos su hermana portaba *una falda a cuadros rojos y azules, escocesa, una blusa rosada.* Refirió que cerca de un año

y medio después *un anónimo informó sobre un cassette que fue dejado en el baño de hombres de un restaurante que quedaba frente al teatro Teusaquillo,* el cual fue recuperado por *un abogado de apellido Guana de la Procuraduría,* quien dijo que en dicha grabación *unos supuestos agentes de inteligencia* comentaban que habían tenido a los desaparecidos del inmueble judicial en la Escuela de Caballería, donde fueron torturados, asesinados y luego sus restos sumergidos en canecas de ácido de batería, *por orden del Coronel Luis Alfonso Plazas Vega.*

La Fiscalía dejó constancia de que al proyectarse el DVD 01 de Patrimonio Fílmico Colombiano en el punto 00:47:57, el declarante *identifica a la izquierda de la pantalla un poco arriba, en hombros de un militar a una mujer que es sacada por el centro de la portada del Palacio que corresponde a la misma identificada en el video TVE en el punto 01:03:16; el militar con ella recorre el frente del Palacio de Justicia con dirección a la carrera 7ª;*esta persona, a juicio del testigo, podría tratarse de su hermana.

El 4 de septiembre de 2006 la Fiscalía llevó a cabo una inspección judicial en las instalaciones del periódico El Colombiano, con el fin de recolectar documentos fotográficos e información que se hubiera realizado para los días de los hechos, imágenes que le fueron puestas de presente a RENE GUARÍN, y dijo que *esa es la persona que siempre han dicho con su papá, que es CRISTINA DEL PILAR.* La imagen que el testigo dijo reconocer es aquella donde aparece una mujer sacada en hombros de la edificación judicial por un soldado, persona que presenta cabello corto, no tiene zapatos y lleva una falda a cuadros.

En diligencia del 16 de agosto de 2007, la Fiscalía exhibió un video recibido en la residencia del Coronel LUIS ALFONSO PLAZAS VEGA, en el que RENE GUARÍN señala que e*sa es CRISTINA, por la falda que llevaba ese día, roja escocesa, la blusa roja de moño con una especie de corbata y la tiene en una posición que le cae (...) y lo más importante es que es ella.* En otro documento fílmico proyectado en la misma diligencia y aportado por la señora ANA MARÍA BIDEGAÍN DE URÁN, quien dijo haberlo obtenido en el archivo del Noticiero 24 horas, señaló el exponente en el punto 00:01:51, en una toma frontal hecha desde la Plaza de Bolívar: *"ahí va saliendo Cristina".*

También CECILIA CABRERA dijo reconocer a la desaparecida, a quien describió como la mujer que *"tiene una falda a cuadros escocesa y una blusa roja, va*

*cargada por un soldado, va en medias y descalza, cabello corto, pelo negro, va en un estado físico aceptable, le veo la cabeza levantada, como mirando hacia donde la llevan, va alzada en el hombro derecho, la lleva con los dos brazos, como cogida de las rodillas".*

Al respecto, señaló la *a quo*, obra declaración de MARÍA NELFI DÍAZ DE VALENCIA, quien sobre la misma toma sostiene que esa persona es ella, y que para el día de marras llevaba una *falda escocesa, una blusa roja de rayitas blancas, de cuadros cafés y cuadros habanitos, la falda,* y al reproducirle la filmación afirmó que la persona que sale en hombros del soldado es ella, aunque no recordó la forma del cuello y los puños de la camisa.

Para el juzgado esta declaración no merece credibilidad porque en posterior versión parece recordar en forma inesperada que ese día llevaba "*una blusa transparente de rayitas, de líneas blancas y el cuello de la blusa era como de amarrar acá, del mismo color de la blusa",* descripción que no hizo en el interrogatorio sino tras observar la videocinta que se le pone de presente y en la que se advierten las características de la vestimenta que traía la hoy desaparecida.

En consecuencia tiene por rescatada viva a CRISTINA GUARÍN.

### 5.12.3 BERNARDO BELTRÁN HERNÁNDEZ

La mamá declaró el 18 de diciembre de 1985 que el día en que se inició la toma recibió una llamada del abogado *MENESES,* quien le manifestó que conocía a su hijo y que lo había visto salir con vida de la edificación. El papá, el mismo día y en ampliación el 29 de agosto de 2001, ratificó que su esposa recibió la llamada; sin embargo, indicó que posteriormente esta misma persona llamó a retractarse de lo que había dicho, argumentando que *seguramente se había equivocado, que estaba muy lejos y que seguro era otra persona.*

El 16 de agosto de 2007, RENÉ GUARÍN reconoció además de su hermana CRISTINA, a otros empleados de la cafetería, entre ellos a BERNARDO BELTRÁN. En ese momento la Fiscalía dejó constancia de que SANDRA BELTRÁN, su hermana, saltó de su silla y afirmó: *"Ese es Bernardo, Bernardo. Se le ven los pantalones a BERNARDO BELTRÁN HERNANDEZ en el segmento 00:35:38... digo que veo a una persona de la contextura física de mi hermano y que al ver la toma del tronco hacia arriba por la forma de su pelo, la 'carrera'*

*es decir como se peinaba, las entradas, lo lleva un soldado, lo lleva tomado por el brazo derecho (*...)".

En el mismo punto CECILIA CABRERA describió la salida de BERNARDO BELTRÁN expresando: *"lo veo cogido por el brazo derecho por un soldado, se desplaza por sus propios medios, lo identifico porque él trabajó el mismo tiempo que llevábamos nosotros trabajando en la cafetería, de 4 a 5 meses".*

Con esa base la primera instancia da por desaparecida forzadamente a ésta víctima.

**5.12.4 HÉCTOR JAIME BELTRÁN FUENTES**

MARÍA DEL PILAR NAVARRETE, su esposa, reafirmó lo dicho el 3 de enero de 1986 ante el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal, en el sentido de que recibió la llamada de una persona que se identificó como miembro del B-2, quien le informó que *en el Cantón Norte se encontraban detenidos los de la cafetería, el mismo* mensaje que fue recibido por CECILIA CABRERA, esposa del administrador y por LUZ DARY, esposa del chef.

CLARA ISABEL FUENTES DE BELTRÁN dijo que a través de los noticieros vio cuando *"salían unos de la cafetería, uniforme de pantalón negro, camisa blanca y chaleco negro,* percepción que corroboró posteriormente en algunos videos que le fueron exhibidos en los Juzgados de Paloquemao.

El 10 de abril de 2006, ante la Fiscalía, MARIO BELTRÁN, dijo que para la fecha de los hechos se desempeñaba como funcionario del DAS y sólo se pudo desplazar hasta el Museo en la tarde del 6 de noviembre de 1985; indagó por los empleados de la cafetería, sin resultado positivo, motivo por el que decidió iniciar por su cuenta las correspondientes pesquisas, las que interrumpió debido a que fue objeto de llamadas anónimas amenazantes y seguimientos *"y para evitarle otra desaparición a mi madre, dejé el asunto tal como está ahora, en nada".*

HÉCTOR BELTRÁN, su padre, mencionó que con posterioridad a los hechos recibió varias llamadas de desconocidos que le informaban que su hijo *había sido llevado a las Caballerizas del Cantón Norte donde los torturaron para hacerles confesar cosas que ellos no tenían la menor idea.* El 20 de febrero de 2006, dijo que el día de la toma se hallaba laborando en Fusagasugá, que al enterarse de lo ocurrido regresó e intentó junto con su esposa acercarse a la

edificación, sin éxito, y que preguntaba a la gente *qué pasaba con los empleados de la Cafetería,* a lo que le respondían que los habían sacado vivos y los tenían en el Museo del Florero.

Relató que *"un año posterior a los hechos me llamaban y me pegaban unas insultadas de padre y señor mío. Que dejara de joder, que sabían dónde estudiaban mis hijas, que ellos ya estaban fritos, voces anónimas que yo no podría identificar";* que en una oportunidad su esposa CLARA ISABEL FUENTES DE BELTRÁN *"reconoció a su hijo en un video que poseía el abogado Eduardo Umaña, y así lo declaró bajo la gravedad del juramento pero que el mismo desapareció y era de propiedad del periodista Jorge Enrique Pulido...".*

**5.12.5 GLORIA STELLA LIZARAZO**

Esta era la encargada de la línea de autoservicio en la cafetería. LUIS CARLOS OSPINA ARIAS, esposo, declaró el 10 de diciembre de 2007 que en noviembre de 1985 se hallaba de vacaciones en Puerto Gaitán, Meta, cuando su suegra le informó que la guerrilla se había tomado el Palacio, donde laboraba su esposa, quien se desempeñaba como ayudante del chef de la cafetería.

Seguidamente identificó en fotografías a CARLOS RODRÍGUEZ en la foto No. 1 y a su cónyuge en la No. 8; pero señaló que *"esa foto es antigua, ahí tenía el pelo largo y el día de la toma del Palacio lo tenía muy cortico, ella se cortó el pelo, apenas entró a trabajar en el Palacio"*

CECILIA CABRERA dio cuenta de la salida de GLORIA ESTELA LIZARAZO, de quien dice que tenía *cabello negro, tez blanca, cabello corto,* lo que concuerda con lo dicho por el esposo.

**5.12.6 LUZ MARY PORTELA LEÓN**

Esta joven madre remplazaba a su mamá enferma en el oficio de ayudante en la cocina de cafetería del Palacio. La sentencia sólo registra, como base argumentativa para la decisión, que ROSALBINA LEÓN, la mamá, dijo que el día 6 salió temprano a laborar en el restaurante principal del Palacio, sin que hasta la fecha se conozca su paradero.

**5.12.7 DAVID SUSPES CELIS**

Este era el chef de cocina de la cafetería. Su esposa LUZ DARY SAMPER, su padre ANTONIO SUSPES y su hermana MYRIAM SUSPES declararon sin que

pudieran aportar detalles sobre el día de los hechos. CECILIA CABRERA, en uno de los videos que la Fiscalía le puso de presente, al correr el punto 00:36:01 señaló que quien figura en pantalla *"se me parece a David Suspes Celis... lo veo que lleva camisa de color camel y pantalón color camel, lleva corbata café, lleva un reloj en la muñeca izquierda, me parece que sale fuertemente vigilado por los soldados, con los dos brazos en alto... ",* remató con que era el chef del restaurante y *"se caracterizaba porque siempre vestía elegante, y también sale en el mismo grupo de rehenes (...)".*

### 5.12.8 NORMA CONSTANZA ESGUERRA

Esta víctima proveía a la cafetería pasteles que ella elaboraba, dado que a pesar de tratarse de una profesional calificada, no había logrado obtener un empleo.

El 17 de febrero de 1988, su mamá, ELVIRA FORERO DE ESGUERRA, dijo que el sábado siguiente del hecho estuvo en el Palacio, donde halló la billetera de su hija, y que en posterior diligencia de reconocimiento de elementos, el 12 de enero de 1988, identificó una pulsera y las *"pepas"* de un collar que le pertenecía, objetos que fueron encontrados al lado de un cuerpo en cuya necropsia se registró que correspondía al de una mujer,[11]documento modificado luego por un funcionario que plasmó que el occiso era el doctor PEDRO ELÍAS SERRANO ABADÍA.

La doctora MERCY MÉNDEZ DE TRUJILLO declaró que como madrina de matrimonio del magistrado PEDRO ELÍAS SERRANO ABADÍA, ante la ausencia de noticias sobre su ubicación, el 8 de noviembre fue al Instituto de Medicina Legal, donde observó una serie de cadáveres colocados en el suelo y varias bolsas de polietileno con restos humanos carbonizados y cenizas, paralelo a las cuales se hallaban unas bolsas con elementos para ser reconocidos por los familiares.

Para realizar el reconocimiento debía observar las bolsas de los elementos personales; halló primero un reloj Citizen, el que asoció con él *porque tenía un reloj igual para traérselo a su hijo, además encontró la punta de un esfero Parker que ella le regaló.* Con tales elementos tuvo la certeza de que ese era el cuerpo del doctor PEDRO ELÍAS SERRANO. Con posterioridad fue llevada a

[11]Ver diligencia de exhibición de objetos y documentos de cadáveres, 12 de enero de 1988, folio 122 c. 1 inspección Procuraduría (c. 1 i. pr.)

revisar los restos de esa bolsa, la que se hallaba marcada con una *"F",* como determinación del sexo femenino, por lo que fue examinado por unos patólogos, quienes encontraron una fibra compatible con medias de mujer; sin embargo, ella misma tomó la fibra y señaló *que eso no era fibra de media sino parte de una entretela de una hombrera, como quedó demostrado al abrirse una tela que estaba carbonizada y adherida al hueso y era paño, se apreció directamente que era paño de la hombrera, y un resto de paño que reconoció como del vestido que tenía puesto el doctor.* Todo ello le generó la seguridad de que su amigo y protector era este fallecido.

La sentencia de primera instancia resolvió la situación considerando que los restos pertenecían al doctor ABADÍA SERRANO, y no podían ser los de NORMA CONSTANZA porque la inspección de elementos por la señora ELVIRA FORERO DE ESGUERRA se realizó en diligencia judicial posterior y de manera indirecta, mientras que la efectuada por la doctora MERCY MÉNDEZ fue producto de su percepción inmediata con el cadáver marcado como femenino, al igual que con los objetos que se encontraban cerca de él, y los médicos no dudaron en cambiar la anotación por *"sexo masculino"*. Por otra parte, no fue consignado cómo se hallaron los elementos identificados por ELVIRA FORERO DE ESGUERRA como pertenecientes a su hija; no se entiende cómo un collar o una pulsera por sí solas pudieran desprenderse de un cuerpo, como no fuera por el actuar erróneo o doloso al ejecutar los levantamientos, y más extraño aún que dichos objetos hubieran resistido el fuego que en cambio dejó irreconocible y en estado de carbonización el cuerpo que se dice corresponde a NORMA CONSTANZA ESGUERRA.

El juzgado *a quo* no compartió la conclusión del Tribunal Especial, de que la señora ESGUERRA pereció calcinada en el 4º piso porque fueron hallados residuos de pasteles en el recorrido que la misma hizo presuntamente hasta ese nivel y cerca al cuerpo que se presume como suyo, pues si las deflagraciones consumieron gran parte de los expedientes, así como máquinas, escritorios y enseres construidos en hierro, e hicieron estallar grandes ventanales, es inadmisible que los pasteles que suministraba ella sí hubieran resistido esas altas temperaturas.

### 5.12.9 LUCY AMPARO OVIEDO

Esta joven estudiante visitaba a la secretaria del magistrado ALFONSO REYES ECHANDÍA en el momento de la toma, con el fin de obtener una

recomendación laboral. Ante las noticias, sus padres se comunicaron hacia las 4 de la tarde con la Casa del Florero, para indagar si entre los rescatados estaba ella. Recibieron respuesta positiva; sin embargo, no apareció.

El 25 de julio de 2006, su hermana DAMARIS dijo que una vez se enteró de la toma, llamó al Museo del Florero para preguntar si allí se encontraba LUCY, *porque decían que las personas que iban sacando del Palacio las iban evacuando hacia allá;* logró establecer comunicación el segundo día, y al indagar por su hermana, lo que repitió en voz alta su interlocutor, le fue respondido: *"Se encuentra acá y por la tarde la entregan en la casa".*

Dijo también que ese mismo día le dio los datos de LUCY a un conductor militara quien le encargó averiguar si ella se encontraba en la casa del florero, y recibió en horas de la tarde, en su residencia, un mensaje telefónico del uniformado, quien les comunicó que efectivamente *"estaba allá... y que por la tarde la entregaban".*

Dijo que el 12 de noviembre recibieron una llamada de RODRIGO ALBA, un vecino, quien dijo haber visto a LUCY AMPARO en la Brigada de Usaquén y recomendó llevarle ropa porque estaba *"muy sucia"* ; sin embargo, cuando fueron a dicho lugar los militares les negaron que tuvieran retenidos; lograron entrevistarse allí con el Comandante del B-2 del Ejército, *Coronel SANCHEZ,* quien *"nos manifestó lo de siempre: No tenemos presos, y para su conocimiento les informo que los nueve empleados de la cafetería todos son del M-19, se fueron, cogieron el monte y ahora dicen que nosotros los tenemos".*

Enfatizó luego que dada la incertidumbre, la familia se dedicó a averiguar en los hospitales, en el anfiteatro y en los diferentes batallones, estableciendo que *"los que habían sacado de la Casa del Florero, los habían llevado al Cantón del norte",* lugar en donde una persona conocida vio a LUCY AMPARO en condiciones higiénicas deplorables, versión que coincide con el testimonio de la mamá, ANA MARÍA BONILLA DE OVIEDO.

JAIRO ARIAS, esposo de LUCY AMPARO, afirmó que otro vecino, EMILIANO SÁNCHEZ ZULUAGA, le comunicó que había visto a su cónyuge en estado de abandono y desaseo en la Brigada. El 26 de diciembre de 1985 se escuchó a este último, quien se limitó a expresar que JAIRO ARIAS acudió a él para pedirle *"ayuda espiritual"*, debido a que su esposa se encontraba desaparecida por

estos hechos, y que algunas personas le habían dicho que lo ubicara por tratarse de un ex militar que además trabajaba en el Ministerio de Defensa, lo que lo había motivado a entrevistarse con el señor JAIRO pero para aconsejarle que se dirigiera a la *Brigada de Institutos Militares* porque era allá a donde estaban siendo llevadas las personas retenidas. Agregó que si en algún momento le dijo al señor ARIAS que su esposa se hallaba en el Cantón, en mal estado y sucia, fue por infundirle *"una voz de aliento ",* pero que no presenció nada de eso y que simplemente lo *"supuso".*

Esa postrera afirmación dubitativa resultó inadmisible para la *a quo*, pues no entraña una simple voz de aliento, sino que según las reglas de la experiencia se origina en una verdadera percepción del suceso, más cuando el declarante no niega haberla hecho sino que pretende desdibujarla, sin éxito, menos cuando manifiesta que perteneció al Ejército, de donde concluye que esta es una retractación que se originó en el compromiso con la institución y en las eventuales consecuencias que podría traerle.

**5.12.10 GLORIA ANZOLA DE LANAO**

Esta víctima era abogada litigante y solía parquear su vehículo en el sótano del Palacio de Justicia, con autorización de su tía, la Magistrada AYDEE ANZOLA, según lo declaró el esposo de GLORIA, FRANCISCO JOSÉ LANAO. Éste declaró que se enteró de la toma de la sede a través de la radio, por lo que intentó comunicarse con su esposa, pero sólo logró verificar que en la mañana llevó a su hijo a la guardería; cuando las autoridades le permitieron el ingreso a la edificación observó que el carro estaba *en el sitio que tenía asignado en el sótano del Palacio... en condiciones normales,* de donde deduce que ella se encontraba en el Palacio cuando se presentaron los hechos. Transcurrido el asalto se dirigió al Cantón Norte, en compañía de algunos de los familiares de los desaparecidos, sin obtener mayor información, pero en una oportunidad recibió llamadas anónimas en las que le decían que *dejara las cosas así, que no insistiera más como con la preguntadera.* Finalmente manifiesta que para lograr la identificación de su cónyuge aportó muestras de su hijo, para que fueran comparadas con los restos exhumados después en el Cementerio del Sur, sin alcanzar resultados positivos.

MARÍA CONSUELO ANZOLA MORA, -hermana- dijo que una vez culminada la toma, entró al Palacio y dada su profesión de odontóloga intentó reconocer a su hermana por la carta dental, tarea que también realizó en Medicina Legal,

pero no tuvo éxito; explicó que cualquier patólogo oral puede ilustrar en cuanto a que un cadáver en estado de calcinación puede ser reconocido por su dentadura.

Además relató que luego de ocurridos los hechos sus padres recibieron varias llamadas, en las que se les comunicaba que su hermana GLORIA se hallaba viva, recluida en el Cantón Norte del Ejército, y *"que la estaban torturando"* , situación que les fue imposible corroborar.

**5.12.11 IRMA FRANCO PINEDA**

Registró la juez de primera instancia que según la defensa su ubicación actual no es clara, pues abandonó el Palacio y actualmente se halla en la clandestinidad, como ocurrió con CLARA HELENA ENCISO, quien al año siguiente de los hechos fue entrevistada por el periodista RAMÓN JIMENO, y por OLGA BEHAR en Ciudad de México.

El análisis del acervo probatorio le permitió establecer con certeza, que esta guerrillera fue una de las ocupantes del Palacio. Reseñó varias declaraciones de rehenes, particulares y familiares que recibieron noticias de oficiales sobre ella y la vieron en la televisión, la identificaron como quien se mantuvo en uno de los baños del Palacio, salió con autorización de su comandante ALMARALES con un grupo de rehenes liberados, fue sacada con vida, llevada a la Casa del Florero donde estuvo custodiada por un soldado del Ejército, no fue puesta a disposición de las autoridades competentes, y fue desaparecida por miembros del Ejército Nacional.

Desestimó la versión del Coronel (r) EDILBERTO SÁNCHEZ RUBIANO, quien dijo que si IRMA no se halla relacionada en ninguna lista, muy seguramente salió y pasó a la clandestinidad, como lo hizo la guerrillera CLARA HELENA ENCISO; sin embargo, fue precisamente ésta quien desde México contactó al año siguiente a la periodista, a quien le relató que abandonó el Palacio en compañía de IRMA FRANCO, quien fue conducida por miembros del Ejército al Museo del 20 de julio.

Además, se basó en las grabaciones del radioaficionado PABLO MONTAÑA donde se registró cómo el Ejército tuvo en su poder a una subversiva cuya identidad había sido revelada por todos los liberados y cuya suerte había sido ya prevista, según transcripción que estuvo a cargo de los peritos

pertenecientes a la DIJIN, en la que se consignó el pasaje que se convierte en la pieza esencial de evidencia:

> ***ARCANO 5:*** *Esta QSL. La foto de Luis Francisco Otero Cifuentes está en la primera página de El Tiempo, cambio.*
>
> ***ARCANO 2:*** *Recibido y QSL, lo conocen y no está dentro de los que tenemos acá, cambio.*
>
> ***ARCANO 5:*** *R, está QSL ¿y el… el seis, uno de los seis de estos sujetos eh?, cambio.*
>
> ***ARCANO 2:*** *No, negativo* ***únicamente pudimos obtener inclinación sobre una sujeto, sobre una sujeto que es abogada y que, ya fue reconocida por todo el per…, todo el personal, cambio.***
>
> ***ARCANO 5: Esperamos que si está la manga no aparezca el chaleco, cambio.***
>
> ***ARCANO 2:*** *Recibido y QSL.* (Se resaltó).

Este pasaje fue debidamente analizado por la instancia con base en declaración de expertos de la Policía, y de él concluye que la orden de ARCANO 5, Co. LUIS CARLOS SADOVNIK, era la de consumar la desaparición de la abogada sospechosa, IRMA FRANCO.

## 5.13 CONSIDERACIÓN GENERAL

Encontró demostrada la desaparición forzada de estas once víctimas porque acudieron al Palacio de Justicia y, dado que no aparecen sus cadáveres, tuvieron que haber salido con vida; *"su presencia en ese lugar el día de los hechos está acreditada, aunado a que no se encontraron sus cuerpos calcinados ni en la fosa común… la prueba apunta a que hicieron presencia en la sede judicial el día de la toma, que el control de los liberados estuvo a cargo de la fuerza pública y que existió la directriz de ser llevados a la Casa del Florero para su identificación, y al día de hoy no aparecen",* como lo afirmó la acusación.

El juzgado no encontró útil el testimonio del ex militar EDGAR VILLAMIZAR ESPINEL; aunque observa que su dicho apunta a constatar la presencia e inclusive la muerte de varios de los retenidos por miembros del Ejército, le resulta ineficaz por carecer de fecha verificable y haber sido suscrito sobre el nombre de EDGAR VILLAREAL, lo que le generó incertidumbre sobre su identidad; a pesar de que está demostrada la existencia del declarante, no se pudo conseguir su comparecencia para precisar o enmendar sus datos

personales y profundizar en el contenido de su declaración, y entendió que si esa nueva comparecencia se hubiera logrado, este testimonio hubiera cobrado plena validez.

Tampoco acogió las manifestaciones del ex militar YESID CARDONA GÓMEZ porque se perfilan incongruentes y fantasiosas, por las diferencias entre la versión del 5 de diciembre de 1985, cuando expuso que no participó en la liberación de ninguna persona retenida, y la del 29 de noviembre de 2006, donde expresó que rescató a 10 personas de la cafetería y que entre ellas se hallaban una empleada y el administrador, además de que ahora niega haber declarado en la anterior oportunidad, contrariando la realidad procesal.

A continuación se extendió en desvirtuar de manera general las tesis de ausencia de desaparecidos, o su deceso y destrucción en el cuarto piso del Palacio con ocasión del incendio, partiendo de los factores que influyeron para que la verificación de huellas e identificación plena de cadáveres no se realizara adecuadamente en 1985, como que sin orden judicial o mediación de autoridad competente varios cadáveres fueron trasladados del sitio original donde cayeron abatidos, hacia el patio principal del inmueble, por militares y miembros de otras fuerzas del Estado, lo que modificó la escena e impidió esclarecer la causa de la muerte, el lugar donde se produjo e incluso la identidad de los occisos, algunos de los cuales fueron despojados sin ningún cuidado de sus prendas de vestir, de forma que cuando arribaron los técnicos especializados en levantamientos, el teatro de los acontecimientos se hallaba totalmente alterado.

Comprobó por ejemplo que en una misma bolsa iban restos de dos o más cadáveres de diferente sexo; mientras se realizaba la inspección de algunos cuerpos en el patio central del palacio, se adelantaba sin precauciones el lavado de cadáveres y remoción de escombros; los militares se impusieron por sobre las normas propias del manejo de escena de delitos, impidiendo que los jueces y policía judicial realizaran su labor adecuadamente, lo que le permitió a la Directora de Instrucción Criminal afirmar *"de manera inequívoca que se quería ocultar hechos importantes para los fines de una investigación de carácter criminal."* Aunque la defensa trató de atribuir estas irregularidades a la Policía Nacional, la sentencia encontró que la intervención de ésta no fue extraña ni sospechosa, como sí lo fue la de los miembros del Ejército.

Prosiguió con su análisis sobre las órdenes de inhumación, la indebida intervención de jueces militares al respecto, la existencia de relaciones paralelas no coincidentes de cadáveres entregados, la inclusión como N.N. de cuerpos de personas ya reconocidas por sus familiares y de personas que murieron fuera del Palacio, pero aun así consideró que, contrario a lo anotado por la defensora del General (r) ARIAS CABRALES, esas irregularidades no resultan suficientes para generar duda en relación con el número de cadáveres inhumados el 9 de noviembre de 1985 en fosa común, frente al riguroso estudio de las pruebas en este proceso.

Destacó que si bien es cierto la magnitud del incendio obstaculizó en gran medida las labores de identificación, resulta concluyente sobre la situación de incertidumbre acerca de la suerte corrida por los once desaparecidos, el hecho de que ninguno de ellos haya sido reconocido por alguna señal particular, como tampoco alcanza a percibirse que sus cuerpos correspondan a aquellos que se dice se deshicieron en cenizas al momento de los levantamientos en la edificación.

Tiene en cuenta que los patólogos informan que *"la experiencia forense mundial con cuerpos humanos sometidos a incendios de gran magnitud que generan altas temperaturas ha sido que los cuerpos no desaparecen totalmente y es poco probable dejar solo rastros que no puedan ser percibidos",* de modo que puede eventualmente reducirlos al grado de imposibilitar su identificación a través de ciertos métodos, pero es exigua la probabilidad de que un ser humano desaparezca íntegramente, al punto de no dejar huellas, rastros o evidencias que permitan deducir siquiera su existencia.

Para la *a quo*, si alguna duda quedaba del hecho de que varios cadáveres se hallaran inhumados como N.N. –algunos de ellos debido a la calcinación o carbonización de sus estructuras-, y por consiguiente los cuerpos de los 11 desaparecidos pudieran eventualmente reposar en fosa común, esa hipótesis fue descartada con el estudio de identificación realizado a partir del año 1998, con la excavación de la fosa común, el que procedió a describir. Anotó que ese estudio llevó a los expertos a establecer, tras el examen de los restos de 28 personas, únicamente la identidad de ANA ROSA CASTIBLANCO, no así a ninguno de los otros desaparecidos. Con su reseña, como esta víctima laboraba en la cafetería del Palacio, se conjeturó que los demás trabajadores de ese establecimiento también pudieron haber sido sepultados sin nombre;

sin embargo, como ella estaba en su octavo mes de gestación y no obstante en ninguno de los estudios realizados se destacó tal condición, se podría decir que el cuerpo no era el de ella –hipótesis que se descarta dada la idoneidad de la prueba científica-, o bien, que debido a su estado de gravidez recibió durante los hechos un trato diferente a los demás y fue trasladada a otro lugar dentro del complejo judicial.

En todo caso, dijo, lo acaecido con ella es válido para resaltar que en la investigación y utilizando técnicas avanzadas se logró examinar y someter a los correspondientes análisis todos y cada uno de los demás fragmentos óseos recuperados en la excavación de la fosa común, labor para la que no fue obstáculo su estado de calcinación, habiéndose recibido en el desarrollo de este proceso, paulatinamente, los resultados de la tipificación molecular y cotejo de restos.

Finalmente, adoptó como irrefutable que los señalados como desaparecidos no murieron al interior de la sede de la justicia, y menos aún en el cuarto piso, desde donde fueron conducidos la mayoría de los cadáveres calcinados hacia la plazoleta interna del inmueble. Lo natural era que tratándose de una edificación grande, no todos los empleados y funcionarios se conocieran entre sí, diferente a los empleados de la cafetería, por lo que para huir de la acción bélica no resultaba razonable que se hubieran dirigido a los pisos superiores donde se desarrollaba el combate, y de haber sido coaccionados por la guerrilla para subir, habría sido reportado en la declaración de alguno de los otros rescatados.

Para el juzgado, la desaparición de los empleados de la cafetería se debió a que fueron catalogados, concomitantemente con los hechos, como miembros o auxiliadores del M-19, porque el Coronel (r) EDILBERTO SÁNCHEZ RUBIANO dijo que *"…más de una persona informó que esa cafetería era el centro de abastecimiento de estos subversivos porque no se puede pensar que todo ese material y toda esa munición incautada haya entrado ese mismo día (…)".* Le resulta evidente que ese oficial no arribó a tal conclusión después del acto subversivo sino, por lo menos, en el transcurso mismo de la operación, pues dijo que los libertados señalaron que probablemente los empleados del establecimiento comercial habían colaborado con el ingreso de armas al Palacio, lo que debió generar que se ordenara su retención.

Con base en el *modus operandi* de algunos miembros del Ejército, tampoco le quedó duda a la primera instancia de que la misma suerte corrieron los once desaparecidos, respecto de quienes los elementos de juicio recolectados habrían demostrado que salieron ilesos de la edificación, fueron trasladados al Museo 20 de Julio y de allí a las instalaciones militares, lo que le permite deducir que si uno o varios de ellos fueron sometidos a desaparición forzada, todos debieron recibir el mismo trato.

Resaltó que en esta conducta típica la lógica y la razón juegan un papel primordial al momento de analizar la prueba, porque el fin del agente es que se pierda toda huella material, rastro físico o vestigio, para generar duda en torno a la ubicación de las víctimas, pero en este caso el caudal probatorio permite concluir la desaparición forzada de las víctimas, cuya localización no se logró ni aún con las labores técnico-científicas desplegadas a lo largo de 25 años sobre los despojos mortales de un sinnúmero de cuerpos que tras ser examinados exhaustivamente se determinó que no tenían correspondencia con aquéllas.

Establecido que estas personas salieron vivas del Palacio, encuentra que se dio una segunda fase orientada a forjar duda en las autoridades judiciales competentes sobre el paradero de los desaparecidos, pues la mayoría de los inmolados fueron removidos de los lugares donde quedaron y trasladados sin atender las normas forenses instituidas para practicar los levantamientos, así como fueron despojados de sus prendas, objetos personales y documentos de identificación e inclusive lavados y manipulados, y se dispuso encargar del aseo de la edificación a personal convocado para ello de manera extraordinaria, quienes sin conocer las consecuencias de sus actos, actuaron de manera efectiva.

Por todo lo anterior encontró el juzgado *a quo* que se cumple el primer requisito previsto en el artículo 232 del CPP, esto es, que haya prueba legal y oportunamente allegada sobre la existencia del hecho, para proferir sentencia de condena en contra del General (r) JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES por la desaparición forzada de todas las víctimas atribuidas.

**5.14 AUTORÍA**

A continuación se ocupó del tema de la responsabilidad del procesado. Sostuvo que el acusado es responsable, en calidad de autor mediato de la

conducta punible de desaparición forzada agravada de las once víctimas mencionadas, y procedió a delimitar el concepto de autoría aplicado en este caso, así:

El principio de *responsabilidad penal individual* descansa sobre la noción básica de que las personas son capaces de tener control sobre sus actos u omisiones, y por ende la realización de una conducta considerada prohibida por las normas penales acarrea determinadas consecuencias a su autor. *Responsabilidad* significa el deber de afrontar las consecuencias del incumplimiento de una obligación, *Penal* se refiere a la naturaleza de la prohibición, e *Individual* significa que son las personas físicas y no las colectividades o personas jurídicas las que deben responder por sus conductas. Este principio de responsabilidad penal individual, también vigente con respecto a crímenes de lesa humanidad o contra los derechos humanos, plantea situaciones complejas porque la definición y los mecanismos comunes de interpretación de la autoría resultan insuficientes, ya que las transgresiones no son perpetradas sólo por particulares, sino que su comisión puede ser ejecutada por organizaciones montadas en el propio seno del Estado.

Se ocupó la sentencia de tratar de establecer las diferencias entre la *coautoría* y la *autoría mediata:* en aquella los intervinientes despliegan su comportamiento unidos por un *plan común*, al tiempo que se *dividen las tareas* y cumplen una *contribución relevante* durante la fase ejecutiva, mientras que del autor mediato no se exige que a la vez ejecute la acción, al punto de que puede ocurrir que ni siquiera conozca al ejecutor material. Mientras la *coautoría* exige división de trabajo para la realización del tipo, en la *autoría mediata* no se verifica una división del trabajo, en tanto que el autor mediato instruye para que el ejecutor material o inmediato ejecute la conducta; la *coautoría* demanda un acuerdo expreso o tácito, previo o concomitante a la realización de la conducta, mientras que la *autoría mediata* no exige ese convenio; finalmente, la ausencia de uno de los intervinientes en la realización del ilícito puede conducir, en la *coautoría*, a que la conducta típica no se realice, lo que no ocurre en la *autoría mediata*, donde la fungibilidad del instrumento permite que éste sea reemplazado sin afectar el resultado de comisión del delito.

Dentro de este marco, la primera instancia no admitió la calificación de *coautoría impropia* invocada por la Fiscalía; no encuentra aplicable la

imputación en este caso a título de *coautor impropio*, sino como *autor mediato,* porque no existe prueba que lo señale como ejecutor directo de las desapariciones, pero no cabe duda de que prestó su concurso eficaz para la realización del punible, con pleno dominio del hecho mediante su dominio de la voluntad de la organización.

Procedió a verificar a partir de numerosos testimonios (folios 176 a 189) que el General acusado fue efectivamente el comandante de la operación de recuperación del Palacio, que ejerció el mando como correspondía a su grado y función, que sus directos subalternos estaban en continua comunicación y daban cumplimiento a sus instrucciones, que recibía la información progresiva del acontecer no sólo de sus tropas sino de otras fuerzas como del comandante de la Policía, aunque no hubiera línea directa de mando entre ellos, que daba parte adecuado a sus superiores pues de otra manera éstos no hubieran tomado ciertas acciones que tomaron, etc., todo esto para desvirtuar los intentos del General ARIAS CABRALES, *a posteriori*, de desconocer su responsabilidad o derivarla a subalternos u otras unidades o fuerzas.

Pero además obran las comunicaciones que demuestran el contacto permanente entre el procesado cuando se hallaba al interior del Palacio y su subalterno inmediato Coronel SÁNCHEZ RUBIANO, en posición dentro de la Casa del Florero, por lo que no le es dable al primero predicar que el líder de Inteligencia actuaba con autonomía o extralimitación en las funciones asignadas. El registro sonoro muestra absoluta coordinación entre ARCANO 6, ARCANO 5 y ARCANO 2 (General ARIAS, Coronel SADOVNIK y Coronel SÁNCHEZ) respecto de la salida e identificación de rehenes. La presencia del General ARIAS CABRALES en las instalaciones de la Casa del Museo y en el Palacio es irrefutable, en la medida que durante el curso del operativo le iba siendo comunicado todo lo que era pertinente para establecer la identidad de los rescatados y el trato que se les proporcionaba.

En este segmento dio cuenta la sentencia de otra parte de la transcripción, para mostrar que el coronel SÁNCHEZ RUBIANO no adoptaba *motu proprio* las decisiones, sino que ellas dependían de la jerarquía superior:

> ***"ARCANO 5:*** *Eh, recomendación especial mantener eh los no heridos y los que aún no se han podido identificar plenamente eh aislados, aislados, eh la DINTE, lo va apoyar con material para su clasificación, cambio.*

> ***ARCANO 2:*** *Recibido y QSL, creo que eh* ***no hemos podido identificar sino una y ya está plenamente identificada por las personas acá****, cambio.*
> ***ARCANO 5:*** *R, eh ya sabe,* ***las instrucciones complementarias a estos son terminantes****, cambio.*
> ***ARCANO 2:*** *Ah, recibido y QSL, recibido y QSL Arcano Cinco".*

El juzgado analiza que las *"instrucciones complementarias"* y *"terminantes"* debían provenir de un superior de *"ARCANO 5"*, pues si hubieran emanado de un subalterno, no se habrían calificado como *"instrucciones".* Como el Coronel LUIS CARLOS SADOVNIK era el segundo comandante de la Brigada 13 –después del General ARIAS CABRALES-, no cabe duda de que fue éste, su superior, quien emitió las instrucciones respecto de los *"sospechosos",* conversación ésta que además guarda un tenebroso trasfondo, pues es evidente que la identificación realizada por el Coronel SÁNCHEZ RUBIANO era sobre una guerrillera, a quien le serían aplicadas las *instrucciones terminantes*.

Destacó la sentencia que el perito en comunicaciones de la DIPOL explicó que ARCANO 2 habla de *"la inclinación de una sujeto que es abogada que ya fue plenamente identificada por el personal que se encuentra con él, refiriéndose al personal de la Dirección de Inteligencia que lo estaba asesorando"* y agregó: *"es allí cuando Arcano 5 le indica que recuerde que las órdenes complementarias a estas personas son fulminantes, haciendo referencia dentro del argot a la procedencia de un acto irregular que se deba ejecutar con las personas que hayan sido plenamente identificadas, posteriormente a esa comunicación hacen referencia a la sujeto que es abogada identificada, allí le menciona la frase… Haciéndole referencia a las instrucciones que habían recibido. En lo que tiene que ver con las actuaciones irregulares que debían ejecutar, como en este caso proceder a desaparecer a esta persona. Dentro de esas comunicaciones parece que Arcano 5, era el segundo comandante de la Brigada 13, quien tuvo un desempeño activo dentro de las comunicaciones radiales, fue prácticamente el puente* entre *Paladín 6, Arcano 6 y entre las diferentes órdenes emitidas".*

El perito más adelante concluyó, luego de explicar la diferencia entre el lenguaje simulado y el encriptado y los diferentes métodos de interpretación, que *"en esos momentos él (refiriéndose a ARCANO 5) está transmitiendo la orden a Arcano 2"* mas no la está generando, lo que desvirtúa el presunto desconocimiento por el General ARIAS CABRALES, en tanto que la orden irregular, inmersa en esa frase, estaba siendo comunicada por el Coronel

SADOVNIK al Coronel SÁNCHEZ, como consecuencia de una disposición superior.

Retomó el estudio de la frase *"esperamos que si está la manga no aparezca el chaleco*", pronunciada por *"ARCANO 5",* pues mediante oficio 0299 CGFM-ESG-DI-701 del 16 de marzo de 1988, dirigido a la Procuraduría General de la Nación, el General JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES manifestó: *"No me enteré del contenido de la conferencia a la que hace alusión en el numeral 3º, pues no escuché tal comunicación entre los interlocutores con los indicativos Arcano 5 y Arcano 2 (…) No recibí información sobre la persona a la que hace referencia ni podría inferir, en caso de haber oído la conferencia, de que se tratara de alguien con una profesión determinada (abogada)… ".*

El experto de la Policía aclaró que si en un principio se trajeron varias interpretaciones (sobre ese giro de la comunicación) fue porque *"sencillamente sabíamos que era una orden irregular como tal, analizamos lo que fue el término secuestrar, pero dentro del análisis fue descartado, el término asesinar también fue descartado porque sencillamente hubieran sido actividades que se hubiesen cumplido de (f)acto, pero entonces esa palabra se complementa cuando dice 'si aparece la manga que no aparezca el chaleco', y que va acompañada en base a esta información que le está suministrando Arcano 2 a Arcano 5, sobre esta sujeto sobre la cual tenía inclinación y que ha sido verificada por el personal que lo asesoraba, entonces llegamos a la conclusión que básicamente se está refiriendo a proceder irregularmente, siendo tácito dentro de lo que es la forma de desaparición de una persona".*

El perito precisó que esa frase alude a la desaparición, delito que va *"más allá de asesinar a una persona; ocultar su cuerpo, que no sea encontrado, ese es el fin que persigue la desaparición porque es algo irregular y como irregular de esa misma forma proceden los grupos al margen de la ley (…) "."ARCANO 5",*dijo,*"era el segundo comandante de la Brigada 13, encargado de realizar las diferentes coordinaciones entre lo que era Arcano 6, órdenes que emitía Paladín 6, que emitía en determinado momento Coraje 6, estas eran retransmitidas a Arcano 6 por medio de Arcano 5, órdenes que emitía Arcano 6 a Arcano 2, estas eran retransmitidas por Arcano 5 a Arcano 2, hacía como un puente de enlace bastante importante, yo creo que fue la persona con mayor participación radial dentro de lo que fue estas comunicaciones. Arcano 2 concentra a las personas para efectos de su identificación, por órdenes de*

*Arcano 6 y Arcano 5 quien* (fue) *uno de los mayores interlocutores en estas comunicaciones (…)".*

Para la primera instancia, así se evidencia que a lo largo del operativo fue respetada la cadena de mando, que en todo momento los subalternos daban parte de sus actuaciones a sus superiores, y que las disposiciones *"irregulares"* nacieron del aquí procesado o de sus superiores, pero siempre con pleno conocimiento y comprensión de uno y otros.

**5.15 CONDUCTA DOLOSA**

Enunció la providencia que la conducta del acusado es imputable a título de dolo porque tenía pleno conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal y asumió consciente y voluntariamente su realización, dada su experiencia como oficial del Ejército Nacional, la que le exigía conocer su obligación Constitucional de proteger la integridad de quienes laboraban para la Administración de justicia y se encontraban en el Palacio, así como la de los visitantes ocasionales y la de quienes por sospecha fueran aprehendidos. Tenía el deber de verificar que las actuaciones desplegadas por el personal bajo su mando se cumplieran sin vulnerar los derechos humanos y con observancia de las garantías constitucionales, pero desatendió su compromiso.

La conducta de desaparición forzada de once de las personas que se encontraban el día de los sucesos en el interior del Palacio, que aún persiste, se ha venido cometiendo intencionalmente, con conocimiento del hecho ejecutado y de las circunstancias que lo tipifican como un crimen contra el Derecho Humanitario, olvidando que la vida, la dignidad y la integridad de las personas son derechos inalienables que deben prevalecer por encima de cualquier enfrentamiento armado, con lo que quebranta el ordenamiento jurídico nacional e internacional.

Esa conducta fue realizada por el autor con culpabilidad en cuanto el conjunto del relato denota conciencia de su antijuridicidad, es decir, su conocimiento sobre la contrariedad de su acto con el ordenamiento jurídico y sobre su carácter lesivo de bienes jurídicos, y no se plantea la existencia de alguna causa de justificación. Al autor le era exigible desempeñar su función en la fuerza pública con rectitud y apego a la normatividad legal, para enaltecer el nombre de las autoridades legítimamente constituidas y el suyo propio, dada su alta posición dentro de la institución militar, pero defraudó la confianza de quienes

esperaban la protección legal del Estado, así su conducta hubiera sido contraria al orden jurídico.

**5.16 RESPONSABILIDAD Y PENA**

Por todo ello el juzgado declaró penalmente responsable del delito de DESAPARICIÓN FORZADA AGRAVADA, EN CONCURSO por las once personas atribuidas, al General en retiro JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES. Procedió a la dosificación de la pena resultante (páginas 204 y ss.), teniendo en cuenta la ley más favorable entre las que han estado vigentes mientras la conducta sancionada ha existido; del rango imponible entre 30 y 40 años escogió el cuarto mínimo imponible por no haberse imputado circunstancias de mayor punibilidad, y le asignó la más alta dentro de ese cuarto, 32.5 años, por la especial gravedad del hecho, la intensidad del dolo y la necesidad de pena en su función preventiva. Por haberse cometido la conducta contra varias personas, aumentó la pena para fijarla en 35 años de prisión, además de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el máximo legal de 20 años.

La sentencia consideró satisfechos con su proferimiento los derechos de las víctimas a la verdad y a la justicia, mientras que por el derecho a la reparación de perjuicios no hubo pretensiones ni práctica de pruebas por parte de quienes interpusieron demanda de parte civil.

## 6. APELACIÓN DE LA DEFENSA

**6.1** Plantea que hay antinomia entre los artículos 165 y 166 de la Ley 599 (tipo penal de desaparición forzada), por un lado, y los artículos 2, 4, 13, 8, 29 de la Constitución, por el otro, y que la sentencia, al no haber declarado esa antinomia, incurrió en violación directa de la ley sustancial por la exclusión evidente de ésos ya demás de los artículos 1, 2, 3, 6, 7, 8, 9, 11, 20, 21, 79, 80, 82, 269, 270 del Decreto Ley 100 de 1980, Código Penal vigente en la fecha de los hechos que contenían los tipos penales de retención ilegal, secuestro y homicidio, a los que se podía adecuar la supuesta conducta del acusado.

Así mismo, encuentra violados los artículos 1, 7-2, 9 y 29-a, b, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, vinculada en sus orígenes con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -PIDCP-, como se aprecia en la

similitud de los textos del artículo 7-2 de la Convención y del artículo 15 del Pacto, donde se impone:

> - La prohibición de condena por actos u omisiones que al cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional,
>
> - La prohibición de imponer pena superior a la vigente en ese momento,
> - La obligación de imponer menor pena si ésta ha sido adoptada con posterioridad a los hechos, y
> - Que no se utilicen estas disposiciones para evitar juicios o condenas por los actos u omisiones que sí son delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional (inciso 2º).

Dentro de ese marco analiza la génesis de la tipificación de la desaparición forzada como existe hoy, como una violación de derechos humanos, delito que además es de *lesa humanidad* cuando se comete de manera *sistemática* o *generalizada*.

**6.2 TIPICIDAD.** Recuerda que el reconocimiento de este delito se originó en la multiplicación de los desaparecimientos en América Latina y otras regiones del mundo, lo que llevó a la creación de un grupo de trabajo en el Comité de Derechos Humanos de la ONU en 1980, una Resolución de la OEA en 1983, y la primera sentencia contra un Estado en 1989, todo lo cual fue la base para que ya en 1992, 1994 y 1997 se produjeran instrumentos de la Asamblea General de la ONU, la Convención Americana y el Estatuto de Roma, y finalmente sólo en 2007 se firmara en París la Convención contra las Desapariciones Forzadas.

Por lo tanto en 1985 este delito no estaba tipificado en norma internacional alguna, y no se puede dejar de aplicar el artículo 15 del PIDCP, pues se vulneran los principios del derecho penal contenidos en las normas que señaló excluidas. **"Para poder condenar a un ciudadano colombiano… por el delito de desaparición Forzada, sin transgredir principios fundamentales como el de legalidad, tendrían que juzgarse hechos cometidos con posterioridad al año 1989… "**[12]

[12]Fols. 16 a 25 c. 1 c.

**6.3** La sentencia, en su Marco del Pronunciamiento, anunció que se limitaba a los hechos de desaparición forzada de 11 personas tras la recuperación del Palacio, pero en el capítulo de la Tipicidad trae como elementos de la responsabilidad, según los desarrollos del DIH y del DIDH en el caso *Tadić*: 1) que los actos estén relacionados en tiempo y espacio con el conflicto armado, 2) que formen parte de una serie de crímenes generalizados o sistemáticos contra la población civil, y 3) que los acusados sepan que sus actos caen bajo esa categoría. Sin embargo, no explica ni demuestra que el General ARIAS CABRALES hubiera siquiera conocido de la existencia de tales actos, pues está probado que el día anterior se reintegró a su cargo después de casi dos meses de ausencia en el exterior.

**6.4** Avoca enseguida la crítica al entendimiento de la instancia sobre el tema de la continuidad de la ejecución de la conducta bajo dos regímenes legales diferentes:

Frente al ejemplo del delito de Contaminación ambiental, que tenía una pena bajo el Decreto Ley 100/80 y una pena mayor bajo la Ley 599, en un caso donde el autor cometió la conducta de manera continua bajo las dos normas y la Corte avaló la aplicación de pena mayor porque también se configuró el delito bajo la nueva norma, señala la defensa que no es similar el caso de la desaparición forzada porque bajo el Decreto Ley 100/80 solo existía el secuestro, y la desaparición forzada no estaba tipificada en ningún ordenamiento en la comunidad internacional, por lo que ha insistido en que se aplique la normatividad vigente al momento de los hechos.

Considera que atribuir hoy la desaparición forzada es hacer exigibles para 1985 elementos típicos que sólo se adoptaron 16 años después en Colombia con las Leyes 589 y 599 de 2000, porque el Secuestro sólo atenta contra la libertad y autonomía personal, mientras la desaparición forzada atenta contra la vida, la libertad, la seguridad, la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a un juicio imparcial y a un debido proceso, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a un tratamiento humano en la detención. **Por ello se puede concluir que "los casos de desaparición forzada de personas ocurridos antes de la tipificación internacional del delito son impunes"** (fol. 31 ib.)

**6.5** Sobre la imprescriptibilidad de este delito, porque según la sentencia si una acción humana encuentra reproche en el ámbito internacional no hay

obstáculo de legalidad o retroactividad para que se persiga aunque en el orden interno no esté previsto, no entiende la defensa cómo se refiere al artículo 15 del PIDCP, para conculcarlo.

Reitera la trayectoria seguida por este concepto y tipo penal, y afirma que la sentencia desconoce que **Colombia no ha ratificado la Convención sobre la imprescriptibilidad contenida en la Resolución 2391 de 1968, de modo que las presuntas desapariciones cometidas en vigencia del Decreto Ley 100/80 se encuentran prescritas;** aclara que con la ratificación del Estatuto de Roma, Colombia acogió la Convención con salvedad, por lo que entró en vigor para los crímenes de guerra el 1º de noviembre de 2009.

Enuncia que los derechos humanos no se combaten (sic) arrasando derechos humanos; el activismo en derechos humanos no puede ser la excusa para deformar el concepto de legalidad al antojo del operador de justicia, y es un derecho de los pueblos definir su propio sentido del principio de legalidad y de Estado de Derecho.

**6.6 MATERIALIDAD.** Al criticar el acápite II de la sentencia, De la materialidad de la conducta, precisa que no es acertado afirmar que el Ejército se enfrentara a una toma anunciada, o la hubiera favorecido para encontrar allí concentrado al enemigo y someterlo más fácilmente, porque la información de que podía haber una toma el 17 de octubre, fue considerada por las autoridades competentes y se asignó a la Policía Nacional la protección del caso, como correspondía; pasada esa fecha fue retirada la vigilancia especial dos días antes de la toma, sin que para ello se informara al Ejército y menos al General ARIAS CABRALES, pues éste se encontraba fuera del país y sólo se reintegró el 5 de noviembre. Por todo ello encuentra que es imposible establecer el nexo causal que construye la sentencia para condenarlo (folios 37 a 45 ib.)

**6.7** Por otro lado afirma que la sentencia es contradictoria pues a la vez que registra actos de heroísmo con que actuaron muchos militares, que el directo subalterno Coronel SÁNCHEZ –encargado de la Inteligencia- afirmó que no recibió órdenes de desaparecer a nadie, y que las comunicaciones interceptadas dan cuenta de que al menos dos veces el General ARIAS CABRALES dio instrucciones claras de prevención y cuidado de los rescatados, asume sin prueba directa y sólo con indicios que pertenece al grupo de militares que no actuó de acuerdo con la ley y cometió excesos, para condenarlo como autor mediato de las desapariciones.

Considera que para calificar al General ARIAS CABRALES como el autor mediato, el juzgado debió primero confirmar la identidad y responsabilidad de los autores inmediatos, para poder precisar cómo los instrumentalizó, si actuaron sin dolo, sin culpabilidad, de acuerdo a derecho, bajo coacción, atípicamente, o **mediante un aparato organizado de poder, figura ésta de la que se aparta porque el Ejército Nacional no es ni ha sido una empresa criminal sino una institución con funciones establecidas en la Constitución.**

**6.8** Resalta que todo razonamiento jurídico debe basarse en prueba como conexión con la realidad. Ordena los medios de prueba según su valor probatorio y les asigna el último lugar a los indicios porque implican varios pasos de selección basada en criterios subjetivos o altamente controvertibles: hechos, elementos que los constituyen, datos relevantes, hipótesis, teorías que a su vez deben ser confrontadas con los hechos.

Dentro de este esquema considera que es indebido que la sentencia se haya basado en interpretar como indicios graves ciertos hechos que no están probados, porque las investigaciones aún no terminan, vulnerando así la presunción de inocencia del acusado, como son los casos del abogado del Consejo de Estado CARLOS HORACIO URÁN, quien aparentemente salió vivo del Palacio y fue después encontrado muerto dentro de él, o el de los estudiantes YOLANDA SANTODOMINGO y EDUARDO MATSON, cuyas torturas son investigadas por la Fiscalía (fols. 53 ib.)

## 6.9 SOBRE LA MATERIALIDAD DE LA CONDUCTA EN EL CASO DE CADA VÍCTIMA.

La defensa procede a criticar la valoración probatoria que hizo la sentencia con respecto a cada una de las víctimas, para concluir que no hay prueba debidamente allegada para proferir la sentencia de condena.

### 6.9.1 CARLOS AUGUSTO RODRÍGUEZ VERA

Afirma que la sentencia no analizó, o si analizó no lo expresó, la prueba surtida por la defensa en el juicio.

Su argumento es que RODRÍQUEZ VERA fue secuestrado, junto con sus compañeros, por la célula guerrillera, conducido al cuarto piso, donde murieron calcinados en el incendio, y los cuerpos desaparecieron por la altísima temperatura, o se hizo mal levantamiento de sus restos y por ello no

se los ha identificado. Los testimonios de los aseadores GAMBOA, PERILLA Y GARCÍA relatan cómo durante casi dos meses estuvieron cumpliendo su labor y encontraban restos humanos que simplemente botaron a la basura porque no hubo otras instrucciones.

El Capitán de la Policía Nacional JOSÉ TATIS, coordinador de los levantamientos, relató que el 8 de noviembre, al llegar a cumplir su misión, ya la Cruz Roja, la Defensa Civil y los Bomberos habían bajado 12 cadáveres al primer piso, sin recoger las pertenencias que a cada uno pudieran aparecerles, algunos completamente calcinados, y de los 57 cuerpos a los que se les pudieron hacer las diligencias, se contaba sólo con sus troncos. EGON LICHTENBERGER, Director de Medicina Legal, afirmó que no todos los cadáveres provenientes del Palacio habían podido ser identificados, había 14 de ellos pendientes, la mayoría llegaron revueltos de cuerpos diferentes en la misma bolsa; esta declaración no fue tenida en cuenta por la *a quo*, a pesar de su importancia. La exhumación por el CTI en 1998 arrojó 163 cuerpos, de donde se seleccionaron 28 por los rastros de calcinación, y no se buscó identificar a los demás. No todos los 28 fueron aptos para prueba genética. Por todo ello no se puede afirmar que RODRÍGUEZ VERA sea un desaparecido, sino que no se lo ha identificado.

Tampoco se puede afirmar que salió vivo del Palacio, pues el informe pericial sobre el video de TVE concluyó que el material era muy difuso y por ello no se pudo hacer la comparación morfológica, lo que no tuvo en cuenta la *a quo*; la testigo MAGALYS ARÉVALO conocía al personal de cafetería y no lo vio en la Casa Museo; entre los cadáveres exhumados sí apareció una empleada de la cafetería –ANA ROSA CASTIBLANCO-, luego el destino de sus demás compañeros pudo ser el mismo.

El Consejo de Estado –ante la demanda de la esposa de RODRÍGUEZ VERA- asumió que probablemente él murió en el Palacio; el Consejo de Estado le reconoció credibilidad al informe del Tribunal Especial que estableció que los llamados desaparecidos fueron enterrados en la fosa común o quedaron en poder de las autoridades que no los devolvieron sanos y salvos, por lo cual dedujo el daño antijurídico, pese a que no se ha probado en este proceso que el ejército haya desaparecido a esta persona, pero, dice, sin lugar a equívocos sí se establece la posibilidad de que esté entre los no identificados.

La esposa de CARLOS RODRÍGUEZ declaró que el doctor SERRANO, amigo de su suegro, dijo que fue evacuado en la primera tarde y vio en la Casa del Florero a un señor que por las características que ellos daban podía haber sido CARLOS. En la declaración del padre de CARLOS, ENRIQUE RODRÍGUEZ, en 2006, mencionó que el doctor SERRANO se saludó con CARLOS en la Casa del Florero, pero que a SERRANO lo obligaron a cambiar la declaración original que había dado, de que había visto a CARLOS; que CARLOS salió el 7 de noviembre y que él lo vio en la televisión así como varias personas, de quienes no recuerda el nombre, también lo vieron y se lo dijeron.

Sin embargo, el doctor ARIEL SERRANO declaró que no le dijo al padre de CARLOS que lo había visto, sino que podía tratarse de él, que no tenía mucha seguridad, que lo vio de medio lado y le era imposible reconocerlo; que después pudo conversar con el magistrado CHIROLLA, quien estuvo allí y le confirmó que ese no era CARLOS, y así se lo informó al papá. Dejó entender que por la esperanza de tener noticia positiva, los familiares interpretan o entienden lo que se les dice de una manera adecuada a conservar esa esperanza.

Destaca la defensa que ARIEL SERRANO fue rescatado el día 6 hacia las 4:30, mientras que el video que se usa para decir que es CARLOS el que está saliendo, es del día 7 de noviembre.

También resalta que mientras la descripción reiterada por la esposa era de una camisa gris claro, quien aparece en el video y es utilizado en la sentencia para afirmar que salió vivo, tiene camisa azul.

En la declaración del padre de CARLOS, ENRIQUE RODRÍGUEZ, en 2006, se le pusieron de presente 6 DVDs o cintas, y sólo en una, donde aparece la foto, no la imagen de gente saliendo del palacio, reconoció con certeza a CARLOS. En el reconocimiento por videos, en 2006, la esposa de CARLOS afirmó que el que sale con camisa azul podría ser él. El hermano de CARLOS, CÉSAR, en la misma clase de diligencia sobre ese video, dice que puede ser él, le resulta sumamente parecido pero no se muestra absolutamente seguro. Pero mientras los familiares no lo reconocen, RENE GUARÍN afirmó que el que está en ese video, saliendo con camisa azul, se parece muchísimo a CARLOS, para él ese sí es CARLOS.

Finalmente, aludió al doctor JULIO MENESES, arrendatario de la cafetería, quien ante la Procuraduría declaró que tres días después de los hechos habló con el magistrado REINALDO ARCINIEGAS, y éste le dijo que a CARLOS lo habían visto muerto en el Palacio, lo que confirmaría la teoría de la defensa, de que CARLOS murió en los hechos, y su cadáver se calcinó totalmente o fue entregado de manera equivocada a otra familia doliente, debido a la precaria forma de identificación.

**En cuanto a los demás presuntos desaparecidos**, la defensa enuncia argumentos comunes y hace algunas especificaciones, así:

De todos acepta su presencia inicial en el Palacio; sus cadáveres (excepto el de IRMA FRANCO) no han sido identificados debido a la precaria manera en que se hicieron los levantamientos y reconocimiento de restos, de la que dan cuenta el Capitán Jefe de levantamientos JOSÉ TATIS y los aseadores JAIME GAMBOA, JOSÉ PERILLA Y LUIS GARCÍA; el doctor EGON LICHTENBERGER, entonces director de Medicina Legal, en prueba no tenida en cuenta por el juzgado, manifiesta que no todos los cadáveres provenientes del Palacio han sido identificados, 14 de ellos reposaban en la sala de necropsias, los restos calcinados fueron enviados al instituto mezclados en bolsas no correspondientes a sus rótulos; en diligencia de exhumación del CTI se encontraron partes de 163 individuos, de ellas se seleccionaron por tener huellas de incineración 28 muestras para estudios genéticos, no todas fueron aptas, solamente se apuntó a la identificación de cuerpos con signos de incineración y no de todos los inhumados en la fosa común. Por ello no se puede concluir sin lugar a dudas la condición de ninguno de los presuntos desaparecidos.

En cuanto a los reconocimientos técnicos con base en grabaciones de salida de rehenes, el informe pericial concluyó que no se elaboró comparación morfológica porque el material es muy difuso, luego no podría haber identificación.

Adiciona las siguientes observaciones a los casos individuales, citando los apartes de los medios de prueba en que se basa:

### 6.9.2 CRISTINA DEL PILAR GUARÍN

No es la persona que sus familiares dicen reconocer en el video de la salida, porque MARIA NELFI DÍAZ se reconoció como ella; su padre no encontró señal alguna de ella en la cafetería; la vestimenta es informada de una manera por el padre y la madre, y de otra manera por su hermano RENÉ GUARÍN, quien la reconoce por las ropas en el video de salida.

### 6.9.3 BERNARDO BELTRÁN HERNÁNDEZ

Su tía dijo haberlo visto en televisión salir vivo el 6 de noviembre, pero CECILIA CABRERA afirma reconocerlo en el video del 7 de noviembre. Su hermana SANDRA dijo que el doctor MENESES lo vio salir el día 6 hacia las 3 p.m., y que en la radio lo mencionó Yamid Amat, pero a pesar de las intensas pesquisas de la fiscalía no se logró obtener grabación al respecto. Su padre corrigió el error de su otro hijo, FERNANDO, quien creía identificarlo en un cadáver en Medicina Legal, porque presentaba un tatuaje que su hijo no tenía. El doctor MENESES declaró que les dijo que *le había parecido ver* a algunos empleados de la cafetería, pero no recordó palabras precisas y señaló que mal podría haber dicho algo así sin saber qué había pasado.

### 6.9.4 HÉCTOR JAIME BELTRÁN FUENTES

Su padre escuchó del público decir que los empleados de la cafetería habían salido vivos, pero no lo encontró a pesar de su intensa búsqueda, y veinte años después no tiene ninguna información. Fue perseguido telefónicamente por estar en esa búsqueda, le dijeron que ya no los buscara, que estaban *fritos*, consideró que eran fuerzas del Estado. Su hermano MARIO, agente del DAS, se presentó en la Plaza de Bolívar, realizó intensas búsquedas, no logró resultados, y fue amenazado para que no continuara haciéndolas.

### 6.9.5 GLORIA STELLA LIZARAZO

Su esposo LUIS OSPINA preguntaba por ella a través de la malla a un soldado en instalaciones militares de Usaquén; éste le dijo que sí había detenidos allí, pero un teniente le impidió continuar dando información.

### 6.9.6 LUZ MARY PORTELA LEÓN

Lo único que se sabe es que la mamá, ROSALBINA LEÓN, describió cómo se fue vestida ese día y qué oficio debía realizar en la cafetería.

### 6.9.7 NORMA CONSTANZA ESGUERRA

Ella era una proveedora de pasteles; la mamá, ELVIRA FORERO, reconoció un collar y una pulsera de ella, pero se registró que otra señora reconoció sus prendas como del magistrado PEDRO ELÍAS SERRANO ABADÍA, por un reloj Citizen que no fue mencionado en el acta. Posiblemente haya sido sepultada en lugar del magistrado, lo que es un grave yerro en las pruebas de las que se pretende certeza para condenar. A la mamá un soldado le dijo que (a los detenidos) los querían desaparecer para quedar bien ante la opinión pública, pero él no podía ayudar. Para la defensa, este es un hecho aislado que no compromete la responsabilidad del acusado, pero si sus alhajas se encontraron en el cuarto piso junto al cadáver de un magistrado, se prueba que ella sí estuvo allá, de donde el argumento de la *a quo* sí admite interpretación contraria, basada en indicios a partir de hechos probados y no de supuestos.

### 6.9.8 DAVID SUSPES CELIS

La defensa no presenta contraargumentos específicos.

### 6.9.9 LUCY AMPARO OVIEDO

Cumplía una cita con un magistrado. Sus padres reconocieron a una persona como su hija, pero la sentencia de primera instancia no tiene en cuenta que NUBIA STELLA HURTADO TORRES se reconoció a sí misma como esa persona que es rescatada del palacio[13]. La hermana de LUCY AMPARO, DÁMARIS, relató que ante la noticia, en su familia llamaron el día 6 a la Casa del Florero, sin lograr comunicación, insistieron el día siete, preguntó por el nombre, lo repitieron en voz alta, le respondieron que sí estaba allá y que en la tarde la entregaban; también un soldado le averiguó y le dio la misma respuesta, pero nunca llegó. Hicieron todas las averiguaciones, un vecino que trabajaba en el batallón la vio e incluso les pidió que le mandaran ropa porque estaba sucia, pero cuando la llevaron les dijeron que allá no había nadie. De las tomas de la televisión española que sus padres guardaron, había una persona muy parecida a ella, pero los rasgos no se podían ver bien definidos porque era una grabación muy lejana.

[13]CD rotulado como *"SESIÓN 30 PRUEBA TRASLADADA EN ETAPA DE JUICIO DEL PROCESO 2008-710".*

### 6.9.10 GLORIA ANZOLA DE LANAO

Complementa que su hermano OSCAR declaró que unos amigos les informaron que en algunas emisoras oyeron que la abogada GLORIA ANZOLA había salido viva; al buscar con los militares no la encontraron en la lista de detenidos; el día 9 recibieron una llamada donde les dijeron que GLORIA estaba siendo torturada en el Cantón Norte y que buscaran la manera de ponerla en libertad. La llamada se repitió el lunes 12, donde les urgían que se movieran porque la podían matar; dijo que lo que tienen cierto es que no quedó entre los cadáveres calcinados.

La defensa a continuación descalifica este testimonio, que ha destacado, como suposiciones no comprobadas y acomodadas por intereses de los familiares de los empleados de la cafetería del Palacio.

### 6.9.11 IRMA FRANCO PINEDA

Para la defensa es claro que esta señora era una abogada, guerrillera de la célula del M-19, que secuestró y asesinó a centenares de personas, permaneció en el baño entre el segundo y tercer piso (costado noroccidental) custodiando a unas sesenta personas; salió viva del Palacio junto con la guerrillera CLARA ELENA ENCISO, pero no está claro qué rumbo tomó, ni en manos de quién, ni por orden de quién. Dice que ambas ingresaron a la Casa del Florero, pero no hay registro de que IRMA haya estado allí, ni que se haya informado al General ARIAS CABRALES (Arcano 6), quien para el momento de la salida se encontraba dirigiendo el cierre de la operación de rescate, habiendo ordenado al Coronel EDILBERTO SÁNCHEZ, jefe del B2 (Arcano 2) la identificación de los rescatados.

Destaca la orden de *que haya quien los reciba, los conduzca y les den la protección del caso y obviamente la identificación,* y que el General ARIAS CABRALES nunca le habría ordenado asesinar, secuestrar o desaparecer personas, lo cual considera la defensa son dos pruebas que rompen el nexo causal entre la conducta del acusado, el resultado que transgrede la norma, y la culpabilidad.

Recalca que según los doctrinantes, para Von LISZT, acción es causación o no evitación voluntaria de un resultado, y para BELING, hay acción si alguien objetivamente ha emprendido cualquier movimiento o no movimiento, a lo

que subjetivamente ha de añadirse la comprobación de que ese movimiento o no movimiento animaba una voluntad.

Trata de poner en duda cuál organismo es responsable, si el Ejército o la Policía, ya que la testigo MAGALYS ARÉVALO no supo diferenciar a cuál fuerza pertenecía el hombre moreno, alto, vestido de uniforme verde que ella vio custodiando a la guerrillera frente a la Casa del Florero. También sugiere duda sobre si realmente ninguno de los rescatados logró evadir el filtro de control, pues cuatro años después FABIO MARIÑO y JAIME NAVARRO WOLF aparecieron en negociaciones de paz con el Estado, y CLARA ELENA ENCISO, años después de los hechos, dio declaraciones de prensa en México.

Se pronuncia frente a cada una de las pruebas en que se basó la primera instancia, así:

1. La sentencia del Consejo de Estado del 11 de septiembre de 1997 registra la certeza de que la subversiva desapareció en poder de unidades de la institución militar; la Procuraduría sancionó con destitución al Coronel EDILBERTO SÁNCHEZ por la desaparición de esta guerrillera; la conducta de los miembros de la fuerza pública contravino las funciones que les impone la Carta Política (de 1886), cuyo artículo 2º establecía que nadie sería sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; a los miembros de la fuerza pública les está prohibido aplicar justicia por propia mano, entre muchas otras reiteraciones de sus deberes en un Estado de Derecho.

Para la defensa, esta prueba acredita la existencia del hecho pero no menciona responsabilidad alguna del General ARIAS, ni establece quiénes se llevaron a la señorita FRANCO. Encuentra la defensa que este fallo responsabiliza a miembros de la Policía Nacional y que hace mención sólo a hechos del 6 y no del 7 de noviembre.

Resalta que la responsabilidad penal es individual, carecen de valor las imputaciones basadas en presunciones, supuestos, sospechas o especulaciones, se requiere prueba que relacione directamente al encausado con el hecho, pues de lo contrario todos los soldados, policías y civiles que participaron en la operación tendrían que ser procesados.

2. La declaración del magistrado de la Corte Suprema HERNANDO TAPIAS ROCHA reitera que IRMA FRANCO era una guerrillera que participó en los

hechos; no menciona al General ARIAS CABRALES, quien en todo momento estuvo a cargo de la operación de rescate, como lo demuestran las interceptaciones ilegales (sic). El General no sabía que lo estaban interceptando, y sin embargo sus órdenes fueron de protección a los rehenes. Si se han aceptado esas interceptaciones deben ser tenidas en cuenta en todo su contenido, donde aparecen esas órdenes.

El puesto de mando adelantado fue ambulante, donde se encontrara el Comandante, no la Casa del Florero, como lo ha manifestado la *a quo* para construir una teoría inapropiada al caso y vincularlo como autor mediato de las desapariciones.

3. De las comunicaciones aportadas por el periodista RAMÓN JIMENO se estableció que son copias de originales, se escucharon, se corrió traslado del informe pericial y fue aclarado y complementado, y se concluyó que Arcano 6 era el General ARIAS; Arcano 2 era un subordinado de Arcano 6 y de Arcano 5; en la conversación *"que si aparece la manga no aparezca el chaleco*" intervienen Arcano 5 y Arcano 2; no se documentó la jerga militar; no se escuchó al General ARIAS CABRALES dar órdenes de desaparecer a nadie.

4. El Coronel EDILBERTO SÁNCHEZ RUBIANO ha reiterado que las órdenes recibidas del Comandante, General ARIAS CABRALES, fueron de manejo e identificación de los rescatados, y que no le dio orden de asesinar, secuestrar, torturar o desaparecer a nadie.

5. El soldado EDGAR ALFONSO MORENO estuvo de servicio en el Museo los días de los hechos y dijo, en 2006, que recibió de un teniente RINCÓN la orden de cuidar a IRMA FRANCO. Ésta le dio el nombre, el número telefónico y le pidió que llamara a su familia y le dijera que la tenía la Brigada. Posteriormente él llamó a la familia y avisó de lo que sabía.

Critica la defensa que si el soldado estaba con ella y luego no la vio más, por qué llamó y dijo que estaba en la Brigada; lo encuentra ilógico y falto de veracidad porque si él era de la Policía Militar, que queda en Puente Aranda, cómo podría saber que fue llevada a la Brigada 13.

6. También lo contrasta con el testimonio de MAGALYS ARÉVALO, quien la vio en la calle recostada en un carro de la Policía, no la vio en el segundo piso, mientras el soldado MORENO dice haberla custodiado en el segundo piso.

7. Del testimonio del abogado y ex congresista JORGE FRANCO PINEDA, hermano de la guerrillera desaparecida, critica: cuando mencionó que los periodistas amigos le dijeron que IRMA estaba entre los sobrevivientes, no dijo cuáles periodistas; que la vio en un noticiero de televisión, pero no lo señaló y ese video no ha sido encontrado; que un amigo oficial de la Policía le dijo que saludó a IRMA y que no se preocupara porque estaba ilesa, pero no dijo cuál fue el oficial; que un soldado recibió el número de teléfono de IRMA, lo escribió con una bala en la cartuchera y después llamó a la casa y dijo que la tenía la Brigada, refuta porque si se trata del mismo soldado del Museo, es falso pues su batallón está en Puente Aranda y no mencionó que la hubiera visto en Usaquén; sobre su petición a un amigo oficial del Ejército para que le averiguara si debía seguir buscando o no, se pregunta la defensa si al fin es un alto oficial del Ejército o de la Policía; sobre la versión de que un soldado la cuidó en las caballerizas de Usaquén, la defensa afirma que es falso, que el soldado la cuidó fue en el Museo.

Por las imprecisiones y situaciones irreales que señala, la defensa tacha esta declaración de falsa y pide desecharla.

- La declaración inicial de JORGE FRANCO PINEDA, el 25 de noviembre de 1985 ante la Procuraduría, para la defensa sí debe ser tenida en cuenta, pues informa que la Policía sí estuvo manejando e interrogando rescatados, ya que relató que una hermana recibió una llamada a su residencia de alguien que dijo que era injusto que fueran a desaparecer a IRMA, y que ella estuvo dándole sus datos a un Coronel de la Policía, comandante del F-2 o SIJIN.

8. ELIZABETH FRANCO PINEDA dijo que en una oportunidad le reclamó a un Coronel por no haber ayudado a IRMA y éste le contestó que no imaginó que le pudiera pasar algo; que mucha gente les decía que la habían visto hasta cuando la subieron en una camioneta verde de la Policía.

9. El General (r) de la Policía FÉLIX GALLARDO ANGARITA dijo que por el paso de los años solo recordaba que a JORGE FRANCO le comentó lo que dos agentes hablaban, que una mujer estaba en el segundo piso del Museo, decía que no era guerrillera, y preguntaba por el doctor JORGE FRANCO, que era su hermano. Que su jefe, el General VARGAS, le dijo sobre el manejo de la situación que todo quedaba en manos de los jueces militares, y por lo tanto del Ejército.

Esta afirmación le merece a la defensa el rechazo por falsedad, pues dice que fue el Juez 78 Penal Militar, dependiente de la Policía, el que se encargó de los levantamientos y ordenó el retiro de los cadáveres del Instituto de Medicina Legal. Considera que la declaración es inconclusa y muestra el deseo de no decir lo que sucedió en realidad, pero por la conversación que escuchó de dos policías sí existen serios indicios de que quienes tenían a IRMA para interrogarla eran miembros de la Policía Nacional.

10. MERCEDES FRANCO, hermana de IRMA, declaró que el domingo 10 de noviembre de 1985 recibió una llamada de un hombre que le dijo que IRMA le mandaba decir que estaba bien, que la tenían en la Brigada de Institutos Militares, que creía que salía tan pronto la interrogaran.

La defensa interpreta que esa información no coincide con nada, pues la llamada que dice recibió JORGE FRANCO del soldado EDGAR dijo que la tenían en las caballerizas de Usaquén, mientras que ésta menciona la Brigada de Institutos Militares que para 1985 no existía, lo que existía era la Brigada 13 y ésta quedaba en un lugar diferente a donde se encuentran las caballerizas.

11. El ex-cabo del ejército BERNARDO GARZÓN GARZÓN rindió una declaración en 1984[14] que la Fiscalía no utilizó pero obra como prueba trasladada. Dijo haber tenido funciones de inteligencia y contrainteligencia en el Batallón Charry Solano, a la sazón Brigada 20 que antes era el COICI. En la casa del Florero se concentraron los especialistas en inteligencia del COICI, de la Brigada 13, de la Policía, SIJIN y DIJIN, específicamente los que tenían como blanco de trabajo el M-19; de los rescatados que iban llegando, cada grupo seleccionaba los que reconocía; para el COICI se llevaron a IRMA FRANCO en un vehículo especial para interrogatorios y torturas, equipado con grabadoras, cables, correas para atar de pies y manos, un vidrio para ver sin ser visto; a ella la llevaron de la Casa del Florero a la Brigada en un campero Nissan Patrol de color azul claro, al parecer de placas AM 4651; los oficiales al mando eran el Capitán CAMILO PULECIO TOVAR y el teniente MEJÍA LOBO, no recordó otros nombres; luego fue entregada a los SV. GUSTAVO SERRATO y SS. GUSTAVO ARÉVALO; ella era muy valiosa, dio la ubicación de la casa donde se hospedó parte del grupo que participó en el asalto, ubicada en la carrera 10ª pasando el Instituto de Cancerología, también sobre un atentado contra un bus de la

[14]sic, en realidad 1991. F. 264 c. 7 c.

Policía que se neutralizó con esta información; cuando vieron que no tenía más información la mataron y la enterraron hacia la loma donde quedan los polígonos; todos los integrantes del grupo de trabajo o blanco conocieron de la presencia de IRMA FRANCO allí.

La defensa transcribe la inicial declaración del testigo y luego la contrasta con la que rindió ante la Procuraduría el 22 de enero de 1991, para demostrar que es contradictorio porque: *i)* en la primera dijo que el vehículo que se llevó a Irma era azul, en tanto que en la segunda dijo que era café, *ii*) dijo que IRMA suministró información acerca de un atentado que el M-19 iba a realizar en contra de miembros de la Brigada consistente en colocarles un bus bomba; sin embargo después dijo -el testigo- que no era un bus de explosivos sino que le iban hacer un atentado *"al bus del recorrido del personal".*

Con fundamento en esas contradicciones la defensa cree que el testigo no es digno de credibilidad porque es *"falso y sin seriedad";* se ha retractado y contradicho varias veces, sin que se pueda saber en cuál de todas esas declaraciones dijo la verdad.

12. Sobre la denuncia presentada por RICARDO GÁMEZ MAZUERA, destaca que la Fiscalía no la haya utilizado aunque la *a quo* sí la mencionó en soporte de su motivación; una denuncia en esos términos no puede tener valor probatorio, menos cuando no se ha tenido la oportunidad de controvertirla; relata que se ordenó experticio sobre su perfil sicológico de personalidad, realizado por el Instituto de Medicina Legal, y la conclusión fue la de una personalidad sociopática.

En general, califica de muy débil la construcción indiciaria como para arribar a la certeza, grado de convicción requerido, incumpliéndose los requisitos legales y jurisprudenciales para atribuir la conducta al acusado, de manera que al menos debería reconocerse la duda y en consecuencia dictar sentencia absolutoria. Aunque esto la relevaría de más análisis, se pronuncia sobre el concepto de autoría:

Considera que la sentencia se limita a enunciar sin carga argumentativa que el acusado se valió de un aparato estatal organizado de poder. Este significa que dentro de una institución pública hay un entramado criminal con sentido de permanencia, el que la *a quo* dio por probado, mientras que el evento del Palacio fue ocasional. No se acreditó la existencia de ese aparato en sus

diferentes elementos componentes, especialmente en cuanto al alejamiento del orden jurídico como una política de Estado, lo que reitera el falso juicio de existencia en la apreciación de la prueba existente.

Menciona parte del camino recorrido por la jurisprudencia colombiana e internacional sobre el concepto de coautoría, coautoría por cadena de mando, concurrencia de personas en el delito y los aparatos organizados de poder, autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder, con instrumento fungible pero responsable, autor tras el autor, pero ninguno de ellos encuentra acreditado en sus elementos componentes, lo que debería llevar a una revocatoria de la condena, o alternativamente su anulación por indebida motivación que viola el debido proceso y el derecho de defensa.

## 7. APELACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

**7.1 Considera acreditada la desaparición de al menos ocho de las víctimas,** pero no la responsabilidad del acusado. Los desaparecidos en su concepto son CARLOS RODRÍGUEZ, CRISTINA GUARÍN, BERNARDO BELTRÁN, HÉCTOR BELTRÁN, DAVID SUSPES, GLORIA LIZARAZO, LUCY AMPARO OVIEDO E IRMA FRANCO, pues –dice- fueron vistos salir del Palacio y no se tiene noticia de ellos. De las otras, LUZ MARY PORTELA, GLORIA ANZOLA y CONSTANZA ESGUERRA, no hay prueba de que hayan salido vivas.

En su opinión, la juez *a quo* incurrió en error de hecho por falso juicio de existencia, por suposición de la prueba demostrativa de la existencia previa del denominado "aparato organizado de poder", y de su carácter criminal, mediante el cual el acusado es declarado autor mediato de la conducta.

**7.2 La sentencia se basa en la condición de militar** que predeterminó al General acusado como agresor en la confrontación con la subversión, por lo que inevitablemente lo condena. Así, la sentencia desconoce que está proscrito el derecho penal de autor. Si bien pudieron existir allanamientos o interrogatorios abusivos por parte de autoridades, repudiables en un Estado de Derecho, en ninguna se menciona como involucrado el General ARIAS CABRALES.

La acreditación de responsabilidad del acusado por la vía de indicios exigía su pluralidad, gravedad, concordancia y convergencia, en lugar del discurso

disperso que se sustrae al análisis normativo. Afirma que la ausencia de esas calidades de la prueba configura un error *in procedendo* por deficiente motivación que significa una violación al debido proceso por vicio de estructura, el que a su vez lleva a un vicio de garantía porque impide el derecho de defensa, ante la imposibilidad de controvertir argumentos inexistentes. Tampoco estudió en conjunto la prueba, con lo cual incurre en error de hecho por falso raciocinio.

**7.3** También incurrió la sentencia en falso juicio de existencia por suposición de prueba cuando adoptó el concepto de *toma anunciada* del Palacio por la guerrilla, en la que el Ejército estaría interesado para someterlos en una sola operación; no apreció la prueba que mostraba que la Policía era la competente y tenía asignada la vigilancia del sitio, reforzada por la amenaza de ataque según informe del Ejército del 16 de octubre; que la Policía levantó esa vigilancia, y minutos antes de la toma el General SAMUDIO MOLINA, Comandante del Ejército, realizó una diligencia judicial en el Palacio, por lo que pretender que hubo una deliberada omisión de vigilancia por el Ejército es solo suposición y especulación.

**7.4 La Procuraduría reconoce que de las comunicaciones de radio interceptadas se comprueba que sí existió el propósito de desaparecer personas sospechosas de ser integrantes del M-19.**[15] Esas comunicaciones tratan el tema en forma velada o figurada, pero no indican al General ARIAS CABRALES en ese cometido, como sí a sus subalternos, Arcano 5 y Arcano 2 (Coroneles SADOVNIK y SÁNCHEZ) con las frases *"las instrucciones complementarias a estos son terminantes"* o *"esperamos que si está la manga no aparezca el chaleco".*

Si se argumentara que el General ARIAS CABRALES, como comandante, pudo librar esas órdenes, también se podría decir que lo hizo el superior, y así sucesivamente en la cadena de mando. Pero no basta asumirlo, sino que se debe acreditar, y por ello la Procuraduría compartió la preclusión frente al General SAMUDIO, a pesar de que no era fácil desvincularlo siendo el Comandante del Ejército, lo que le imponía inmediatez de dirección o mando en este hecho trascendental de la historia nacional.

[15] F. 36 c. 7 c.

**7.5** Extraña el Procurador delegado que no se haya reparado en que el Coronel SADOVNIK era el comandante hasta el día anterior por ausencia del General ARIAS, mientras los peritos sí han enfatizado su papel, lo que sugiere que las *instrucciones complementarias terminantes* y la *desaparición del chaleco* podrían ser de su autoría. (El Coronel SADOVNIK es ya fallecido).

**7.6** También resalta que el oficial PEÑA, perito encargado de dar su dictamen sobre las comunicaciones, dijo que no sabe quién ordenó la instrucción de que se debe ser terminante, y que no puede aseverarse que fue orden de Arcano 6 a Arcano 5. Por otro lado, de acuerdo con el otro perito policial, oficial SANABRIA, Arcano 6 en dos ocasiones dio instrucciones para el cuidado de los rehenes; esto no fue tenido en cuenta por la juez *a quo*, lo que configura un falso juicio de existencia por preterición.

**7.7** Afirma que la sentencia da por demostrada la impartición de órdenes radiales por parte del acusado para la desaparición de retenidos, tergiversando el contenido de las comunicaciones, lo cual es un error de hecho por falso juicio de identidad.

**7.8** En su concepto, cuando la juez *a quo* sostiene que las *instrucciones complementarias y terminantes* debían provenir de un superior de Arcano 5, porque de lo contrario no serían instrucciones, y siendo el superior el General ARIAS CABRALES no cabe duda de que él las emitió, comete un error de hecho por falso juicio de existencia, por invención de la prueba.

**7.9** Otro error de hecho por suposición de la prueba estaría configurado por el indicio de procedimientos irregulares elaborado por la juez de primera instancia con base en que algunos rescatados fueron retenidos por algún tiempo, no mayor de un día, y luego puestos en libertad, así como por el mal manejo de la escena para el levantamiento de cadáveres y restos que implicaría la intención de ocultar lo realmente sucedido.

**7.10** Por todo lo anterior considera que no se logra la certeza sobre la imputación, por lo que sería inane estudiar a cuál grado de intervención habría de referirse. Sin embargo, introduce sus opiniones al respecto:

No está demostrada la coautoría que propuso la Fiscalía, tampoco hay prueba para predicar la autoría mediata, la que la sentencia se limitó a enunciar, sin demostrar sus elementos componentes adoptados por la doctrina, específicamente el alejamiento o desvinculación del orden

jurídico en el ejercicio de la función dentro de la institución estatal. No se probó que el acusado actuara dentro de una organización estructurada con designio delictivo, lo cual es un falso juicio de existencia. A la sistematicidad de una actividad del Estado lesiva de derechos, opone la ocasionalidad que significó el evento causado por el M-19.

**7.11** Reseña que la Corte Suprema de Justicia propuso la autoría por cadena de mando, para después arribar a la autoría mediata en aparatos organizados de poder, los que pueden ser particulares o existir dentro del Estado, pero en este caso se requiere que obedezca a una *política de Estado,* y que el acusado imparta órdenes en cumplimiento de esa política; ninguno de esos dos aspectos está probado aquí.

**7.12** Por su parte, la coautoría no se presenta en este caso porque no hay prueba de que se hayan presentado sus elementos constitutivos, que se haya elaborado un acuerdo común, ni una división del trabajo criminal con ponderación de la importancia de los aportes de los diferentes coautores.

**7.13** Si el Tribunal no hallara procedentes los anteriores argumentos para revocar la sentencia y absolver al procesado, **pide la anulación** de la sentencia por falta de motivación adecuada, con lo cual se vulneran el debido proceso y el derecho de defensa.

## 8. INTERVENCIÓN DE NO RECURRENTES

### 8.1 REPRESENTACIÓN DE VÍCTIMAS: FAMILIARES DE CARLOS RODRÍGUEZ VERA

Propone al Tribunal tener en cuenta los siguientes argumentos de descargo para resolver las alzadas propuestas por los apelantes:

#### 8.1.1 EL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA Y SU PREVIA CONSAGRACIÓN LEGAL

Considera que la defensa se equivoca cuando sostiene que para la época de los hechos no existía en el ordenamiento jurídico interno una *"consagración típica"* que recogiera el actuar delictivo realizado por el General ARIAS CABRALES; de acuerdo con las numerosas citas doctrinales, jurisprudenciales

y de derecho internacional que presenta, concluye que la conducta punible de desaparición forzada, para los días 6 y 7 de noviembre de 1985, por bloque de constitucionalidad y *"normas del ius cogens",* sí estaba tipificada en la legislación nacional, por lo que no resulta cierto que exista vulneración al principio de legalidad.

### 8.1.2 ANÁLISIS PROBATORIO

### 8.1.2.1 PRUEBAS INEXISTENTES UTILIZADAS POR LA DEFENSA

Señala que el Informe de la Comisión de la Verdad es un documento histórico que no hace parte del material probatorio aportado al expediente, por lo que no puede tenerse por demostrado el actuar legítimo del General ARIAS CABRALES, ni que el M-19 haya recibido apoyo económico del narcotráfico por el Cartel de Medellín o de su líder.

### 8.1.2.2 HECHOS PROBADOS QUE SON DESCONOCIDOS POR LA DEFENSA

- Se reafirma en que los estudiantes de derecho YOLANDA SANTODOMINGO y EDUARDO MATSON se encontraban en el Palacio cuando se presentó la toma del M-19 y la recuperación por parte del Ejército Nacional, frente a la duda que se quiere fomentar; ellos dos, a pesar que fueron conducidos en forma clandestina a instalaciones militares para ser sometidos a toda clase de maltratos y vejámenes, salieron con vida gracias a que EDUARDO era compañero de estudios y tenía amistad con un hijo del General MAZA MÁRQUEZ; de lo contrario se contarían entre los desaparecidos.

- En su opinión la desaparición de NORMA CONSTANZA ESGUERRA no genera duda alguna, pues gracias al testimonio de su mamá, ELVIRA FORERO DE ESGUERRA, se logró demostrar que ella estaba en el Palacio y que de la cafetería del edificio sacaron a muchas personas; así mismo, que el Ejército las privó de su libertad y las trasladó a una unidad militar. Asegura que si se observa detenidamente el contenido de la declaración rendida por la madre de NORMA CONSTANZA, también quedará claro que sus pertenencias personales fueron sometidas al mismo *"pillaje"* que sufrió la caja registradora de la cafetería; que el personal del Ejército Nacional, para identificar a las personas catalogadas como sospechosas, se limitaba a observar sus documentos personales y luego se apropiaba de ellos.

- Igualmente debe tenerse en cuenta que fueron los miembros del Ejército quienes trasladaron los cadáveres al patio central del primer piso del Palacio, todo con el fin de encubrir los hechos, alterar la escena del crimen y favorecer a los victimarios.

- Hace varias consideraciones con respecto a la identificación de cadáveres y señala estar conforme con el proceso de análisis e identificación realizado por la Fiscalía y valorado por el juzgado *a quo*, pues a través del mismo –en su concepto- se concluye con certeza que del Palacio salieron con vida: CARLOS AUGUSTO RODRÍGUEZ VERA, CRISTINA DEL PILAR GUARÍN CORTÉS, HÉCTOR JAIME BELTRÁN FUENTES, BERNARDO BELTRÁN HERNÁNDEZ, GLORIA ESTELA LIZARAZO FIGUEROA, DAVID SUSPES CELIS, LUZ MARY PORTELA LEÓN, NORMA CONSTANZA ESGUERRA, GLORIA ANZOLA DE LANAO, LUCY AMPARO OVIEDO BONILLA e IRMA FRANCO PINEDA.

Sumado a ello, debe tenerse en cuenta que la Procuraduría no ha puesto en duda la salida con vida y posterior desaparición de ocho de las once personas que aún no aparecen y que fueron catalogadas como víctimas dentro de este proceso penal.

- Considera que en la declaración rendida por EDGAR VILLAMIZAR en la Escuela de Caballería estuvo acompañado por un delegado del Ministerio Público, quien además dejó consignada su firma al finalizar la diligencia. Pese a que no fue tenida como válida dentro de este proceso, la defensa aduce que debe ser rechazada, pero hay otros medios de prueba que ratifican lo dicho por él, como por ejemplo las grabaciones realizadas entre unidades de la Brigada 13. Con esas grabaciones y con la declaración del General RAFAEL SAMUDIO MOLINA también se demuestra que la agregación de tropas de la Brigada 7 sí existió, aunque se quiso negarlas, y la única persona que podía autorizarlas era este General, con lo que se corroboró lo dicho por EDGAR VILLAMIZAR.

### 8.1.2.3 ANÁLISIS DE LA INTERVENCIÓN DEL GENERAL ARIAS CABRALES EN LAS COMUNICACIONES INTERCEPTADAS

- Mientras los apelantes consideran que no existe prueba que permita demostrar que el procesado tenía conocimiento de las órdenes ilegales, lo cual descartaría la existencia de dolo en el desarrollo de su conducta, para la parte civil, basta con recordar que el periodista RAMÓN JIMENO le entregó a la Fiscalía cuatro cassettes que contienen las comunicaciones sostenidas entre

los jefes del Ejército que realizaron la recuperación del Palacio. En ellos, en por lo menos 325 minutos, las citadas grabaciones contienen intervenciones del General ARIAS CABRALES (ARCANO 6) en las que imparte órdenes, recibe reportes y da informes a sus superiores, lo cual demuestra que:

1. Sí tenía conocimiento acerca de la existencia de la orden de desaparecer personas,
2. El radio de comunicaciones no permaneció en poder de su escolta, como ahora lo pretende,
3. Ejerció a plenitud y de manera continua y permanente el mando de las operaciones y el control sobre sus hombres,
4. Los radios de comunicaciones usados por el personal del Ejército permitían a quienes se encontraran en la misma frecuencia, escuchar las conversaciones que se adelantaban a través de la misma,
5. Sabía de las actuaciones y órdenes que se impartían a través de esos radios.

- Mientras los apelantes afirman que la juez *a quo* omitió valorar las órdenes que dio el General acusado para proteger la vida de los rehenes, esta parte civil se encarga de transcribir varias de las conversaciones que realizó, bajo el indicativo ARCANO 6, que demuestran que esa afirmación riñe abiertamente con la realidad procesal, y que tenía pleno conocimiento y dominio del hecho en relación con la salida de personas vivas del Palacio, así como su falta de interés por defender la integridad de quienes estaban en su interior, hasta el punto de que ordenó la utilización de cohetes para retomarlo, los cuales fueron apuntados especialmente hacia el sitio de la edificación donde permanecían los reductos de rehenes sometidos por los guerrilleros.

Hace un cuidadoso análisis estadístico de las intervenciones del acusado en las comunicaciones radiales para concluir que en promedio cada 42 segundos estaba al habla. Enfocando el estudio en la grabación contenida en el cassette número 5 lado B, donde se encuentran los apartes más trascendentales de esas comunicaciones, verifica que en este segmento estuvo al habla cada 34 segundos, y advierte que los siguientes aspectos no pueden pasar desapercibidos:

1. En la grabación se evidencian órdenes disimuladas tendientes a proceder con la desaparición forzada de personas,
2. Las órdenes se dieron cuando el General ARIAS CABRALES tenía mayor nivel de intervención en las comunicaciones radiales,

3. La comunicación en la que se informó acerca de la salida de LUIS OTERO CIFUENTES y de las acciones para proceder con su aprehensión, se realizó 54 segundos después de la intervención del acusado,
4. La comunicación realizada entre Arcano 5 y Arcano 2 en la que se menciona: *"no hemos podido identificar sino una y ya está plenamente identificada por las personas acá, cambio",* se produjo un minuto después de la intervención del procesado,
5. Con la frase: *"ya sabe, las instrucciones complementarias a estos son terminantes"*, se infiere razonablemente que las órdenes eran previas y conocidas en la línea de mando de la Brigada 13,
6. La comunicación en la que el jefe de estado mayor dice: *"únicamente pudimos obtener inclinación sobre una sujeto que es abogada y ya fue reconocida por todo el personal (…) esperamos que si está la manga no aparezca el chaleco, cambio",* fue realizada dos minutos y diez segundos después de la intervención del General ARIAS CABRALES y cuarenta segundos antes de que se lo volviera a escuchar en la línea de comunicación.

Concluye este acápite señalando que las comunicaciones realizadas a través de los radioteléfonos eran trasmitidas por una banda abierta, lo cual significa que podían ser escuchadas por todas las personas que estuvieran dentro de esa línea de transmisión, resultando en consecuencia imposible que el General ARIAS CABRALES no estuviera enterado de ellas, menos cuando dentro de un lapso de 31 minutos, intervino al menos 54 veces.

### 8.1.3 LA AUTORÍA: MEDIATA EN APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

Después de recordar a los doctrinantes que han desarrollado este concepto, sus requisitos y sus elementos, la parte civil se ocupa de demostrar que el procesado y la Brigada 13 conformaban un aparato organizado de poder que realizó acciones ilícitas con voluntad y conocimiento porque presentaba las características:

**Estructura organizada:** Se trata de la Brigada 13 del Ejército Nacional, que a través del PLAN TRICOLOR, tenía objetivos comunes y una estructura jerárquica, rígida y clara comandada por el aquí procesado. En desarrollo de ese plan operativo, que se puso en ejecución por orden del Coronel LUIS CARLOS SADOVNIK SÁNCHEZ, Jefe del Estado Mayor y subordinado directo del aquí procesado, las unidades tácticas recibieron la orden de actuar en

coordinación con el fin de rescatar a los secuestrados, recuperar el Palacio y reducir al grupo subversivo.

**Dominio de la acción:** La estructura tenía un mando unificado esencial que estaba en cabeza exclusiva del General ARIAS**,** aunque también existían mandos subalternos en la organización. Su condición de comandante de la Brigada 13 le asignaba capacidad de dirección, manejo y conducción sobre las tropas y sobre las situaciones que se fueron presentando en el transcurso de la recuperación del Palacio. Para confirmar el ejercicio de la función de mando bastará con analizar las declaraciones del ex Presidente Belisario Betancur, del Coronel del B-2 EDILBERTO SÁNCHEZ y del Coronel de la Escuela de Caballería LUIS ALFONSO PLAZAS VEGA.

**Alejamiento del ordenamiento jurídico:** Afirma que está plenamente demostrada en el expediente la presencia y salida con vida de 11 personas del Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985, quienes una vez afuera, quedaron bajo la protección de la estructura comandada por el General ARIAS CABRALES**.** Así mismo, está plenamente probado que esas personas no han aparecido, por lo que se configura la conducta punible denominada desaparición forzada.

Así las cosas, no niega la estructura legítima del aparato de poder, solo que se apartó del ordenamiento jurídico, puesto que cometió un hecho delictivo, que al parecer no fue único porque la Brigada 13 estaba acostumbrada a cometerlo. En efecto, de acuerdo con varios informes de la Oficina de Naciones Unidades para los Derechos Humanos, puede concluirse que la Brigada 13 y el Batallón de Contraguerrillas y Contrainteligencia Charry Solano, eran sitios destinados a restringir la libertad de cualquier persona, sin que mediara orden judicial previa. Las acciones delictivas y la desvinculación del ordenamiento jurídico también encuentran ratificación en las declaraciones de JORGE FRANCO PINEDA, GUSTAVO PETRO y ANTONIO NAVARRO WOLF, quienes refirieron los tratos crueles e inhumanos a los cuales fueron sometidos en la Brigada 13.

**Fungibilidad del autor inmediato**: *"Sin tener claridad sobre quiénes fueron los autores inmediatos de estos hechos, emerge claro que el resultado con o sin ellos hubiese sido el mismo. En virtud que el hecho adecuado al tipo penal, se daba no por niveles de acuerdo, sino por la emanación de órdenes terminantes*

*como se desprende del análisis de comunicaciones impartidas y compartidas por quienes ejercían mando vertical sobre la tropa".*

El objetivo común era la recuperación del Palacio y la desarticulación del grupo subversivo. El encargado de cumplir la misión era el procesado, quien impartió órdenes a sus subordinados. En desarrollo del objetivo se dio la desaparición de once personas. Los ejecutores de esos delitos podían ser cualesquiera de los subalternos, pues todos eran fungibles y no impedirían el cumplimiento de las órdenes impartidas por el mando superior.

En fin, esta parte civil afirma que se encuentran demostrados los requisitos exigidos por la doctrina penal especializada para atribuir responsabilidad penal a título de autoría mediata en estructuras organizadas de poder.

### 8.1.4 PETICIÓN ACCESORIA

Finalmente pide que el Tribunal disponga el traslado del acusado a una penitenciaria corriente, pues no se encuentra cubierto o protegido por ningún tipo de fuero legal o personal que exija mantenerlo retenido en el sitio en el que actualmente se encuentra. Esa reclusión especial no es más que un factor de impunidad y de injusticia. Para fortalecer la petición cita numerosas normas de Derecho Penitenciario, de Derecho Internacional y algunas sentencias de constitucionalidad y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Con fundamento en todo lo anterior, solicita se confirme la sentencia proferida por el Juzgado de instancia.

## 8.2 REPRESENTACIÓN DE VÍCTIMAS: FAMILIARES DE IRMA FRANCO PINEDA

En concepto de este no recurrente, la acción de la Fuerza Pública fue perfectamente planeada, preparada y coordinada, con el fin de exterminar al entonces grupo guerrillero M-19, pues, en su parecer, existen pruebas contundentes de que las personas que hoy están desaparecidas estaban en el Palacio de Justicia el 6 de noviembre de 1985 y que fueron custodiadas por el ejército.

Señala que el General ARIAS CABRALES fue juzgado por la jurisdicción penal militar por los hechos de la recuperación del Palacio de Justicia, por desproporcionalidad en el empleo de la fuerza en la recuperación del Palacio, pero no por los desaparecidos con ocasión de esos acontecimientos, por lo que

no se viola el principio de *non bis in ídem*, de manera que reitera que se trata de la desaparición forzada de once personas, crimen de lesa humanidad, de naturaleza permanente, que a pesar de su consagración en la Carta Política de 1991 y de su tipificación como delito en la ley penal colombiana, se sigue cometiendo.

Luego de hacer un resumen del día de los hechos, indica que en la operación militar participaron cerca de dos mil integrantes de la fuerza pública, entre quienes existió una permanente comunicación, instrucciones y reportes operacionales de los mandos a través del sistema de comunicaciones del Ejército, así como haciendo uso de líneas telefónicas y equipos de microondas. Las acciones de inteligencia debían ser informadas y coordinadas con los superiores jerárquicos y con el comandante de la operación.

En cuanto al comportamiento del General acusado, dice que la orden de éste fue la de trasladar a todas las personas liberadas a la Casa del Florero para la identificación plena a cargo del B-2 de la Brigada, de acuerdo con lo establecido en el PLAN TRICOLOR y el Manual de Inteligencia de Combate, que contiene disposiciones sobre interrogatorio inicial y el uso de civiles para obtener la mayor información posible sobre el enemigo. En ese punto, recalca que según el informe de la Comisión de la Verdad, las personas que salieron del Palacio y que fueron identificadas como sospechosas fueron sometidas a largos interrogatorios y que la clasificación de esos sospechosos obedecía a patrones discriminatorios y no a pruebas contundentes sobre su presunta responsabilidad.

Sobre el control en la Casa del Florero agrega que no todas las personas que salieron del Palacio fueron incluidas en las listas de liberados, pues dentro del plenario varias personas han señalado que vieron con vida a las personas de la cafetería y a IRMA FRANCO PINEDA en las instalaciones de la casa museo, por lo que con ello se descarta que esa última desaparecida haya huido del Palacio y se encuentre refugiada en otro país, como sí sucedió con CLARA HELENA ENCISO, además de que fueron precisamente las fuertes medidas de seguridad desplegadas en esos momentos las que permitieron identificar a IRMA FRANCO dentro de las personas que salieron de la edificación.

Hace mención de las violaciones al Derecho Internacional Humanitario en las que participó el B-2 y manifiesta que sin duda alguna uno de los eventos que ilustra con mayor claridad el irrespeto por esa normatividad y el desprecio por

la vida e integridad de la población protegida, tiene que ver con el uso indebido de logos humanitarios, ambulancias y el empleo de armas prohibidas por esa normatividad. Así mismo, se refiere a cómo la fuerza pública impidió el acceso de la Cruz Roja al Palacio de Justicia, el uso de ambulancias como medios de traslado y de tortura de los detenidos, y el excesivo control a las personas que hacían parte de la misión médica.

Luego de referirse a cada una de los desaparecidos y de cómo los registros fílmicos y testimonios dan cuenta de que salieron con vida del Palacio de Justicia, argumenta que en esos hechos se presentaron varias irregularidades, como la eliminación de algunas pruebas, el ocultamiento de otras, la intervención indebida de las autoridades militares en la limpieza del palacio el 8 de noviembre de 1985 y el manejo inadecuado de los cadáveres, lo que hizo más difícil su identificación. Los militares impidieron la entrada de los jueces ordinarios y no esperaron a que los funcionarios de la investigación hicieran lo que legalmente les correspondía, obstruyendo de esa manera la actuación de la justicia.

Una vez establecidos los supuestos fácticos, estudia la modalidad de la *coautoría mediata en aparatos organizados de poder*, para precisar que en esta clase de autoría el ejecutor tiene conocimiento y voluntad en el acto criminal o por lo menos en su vinculación con el fin delictivo; en ese sentido son responsables individuales todos aquellos que hacen parte de la estructura y no se trata de personas que tienen la misma jerarquía. Bajo esta premisa, cuestiona al representante del Ministerio Público, quien considera que se presenta un falso juicio de existencia por suposición de prueba, concretamente de la prueba demostrativa de la realidad previa del denominado “aparato organizado de poder” y de su carácter criminal. Señala que debe probarse la existencia del aparato, pero no es necesario acreditar que había una concertación previa para el crimen, pues sólo basta demostrar que la conducta delictiva se cometió y que el aparato tenía la capacidad para cometerlo, todo lo cual es predicable respecto del Ejército Nacional el día de la recuperación del Palacio de Justicia. Así mismo, se refiere a la estructura jerárquica y rígida que permite al hombre de atrás (autor mediato) ejercer control sobre los ejecutores a través del aparato, y a la actividad desplegada contraria a derecho pese a provenir de una organización creada dentro del marco de la legalidad.

De esta manera, para este no recurrente resulta inocuo el interés del General **ARIAS CABRALES** de soslayar su intervención en los resultados de la operación del Palacio de Justicia, porque la responsabilidad de una persona que tiene cierto nivel de dirigencia en un aparato organizado, en este caso el Ejército Nacional, se deriva de su capacidad para dar órdenes que se apartan de la legalidad y que son cumplidas por sus subalternos, sin que se requiera su presencia física sino tan sólo que imparta la orden. Sostiene que existen pruebas contundentes que demuestran la orden emitida por el General ARIAS CABRALES y transmitida a través del Coronel SADOVNIK, relativa a desaparecer a las personas. No sólo se borraron huellas, sino que deliberadamente se adulteró y borró la escena del crimen por orden del procesado.

Con base en ello, señala que en el caso concreto existe suficiente prueba testimonial, documental e indiciaria que acredita la existencia de la estructura jerárquica, con muchos integrantes asociados dentro del Ejército Nacional, con un objetivo común general, con idoneidad suficiente para realizar los ilícitos, orientados por manuales y planes de operaciones que por lo menos tácitamente permitían la realización de actos contrarios a derecho. Además, el General ARIAS CABRALES reconoció en el proceso haber sido el comandante de la operación de la recuperación, existen pruebas que demuestran que las órdenes se transmitieron verbalmente a través de radio y que el personal a cargo de la identificación de los liberados estaba bajo su coordinación y mando. Por su alto rango dentro del Ejército Nacional, tenía capacidad decisoria, poseía información privilegiada y confidencial, poder de mando sobre sus subalternos y todas las unidades tenían la obligación de informarle todas sus actividades y coordinar las acciones a seguir.

Hace referencia a las normas que rigen el Derecho Internacional Humanitario y las garantías fundamentales de protección a las personas amparadas por éste, para concluir que efectivamente en el *sub-lite* se cometieron actos de tortura y desaparición forzada contra excombatientes y civiles, por lo que solicita que se compulsen copias para iniciar las investigaciones penales a que haya lugar por desconocimiento de esa normatividad.

Por último, expone sobre la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad y norma de *ius cogens,* el Estatuto de Roma y los pronunciamientos que en torno al DIH ha hecho la Corte Constitucional, y solicita se confirme la sentencia de primera instancia.

# 9. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA DECIDIR

## 9.1 MARCO CONCEPTUAL

### 9.1.1 TEMA DE ESTA SENTENCIA

Esta Sala es enfática en delimitar el tema para el que tiene competencia estrictamente limitada discernida por la ley: juzgar en segunda instancia al acusado, General de la República en uso de retiro JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES, por su conducta individual con respecto a la desaparición forzada de personas con ocasión de la recuperación del Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985, con base en las pruebas legalmente allegadas a este proceso.

**Partiendo de las pruebas practicadas, el Tribunal anuncia que, luego de realizado el estudio respectivo, ha concluido que:**

**- no hay duda de que el administrador de la cafetería del Palacio CARLOS AUGUSTO RODRÍGUEZ VERA, el mesero BERNARDO BELTRÁN HERNÁNDEZ, la empleada de la cocina LUZ MARY PORTELA LEÓN, el chef DAVID SUSPES CELIS y la guerrillera IRMA FRANCO PINEDA, salieron vivos del Palacio bajo control del Ejército, y están desaparecidos forzadamente, y**

**- hay duda sobre el modo como perdieron la vida o desaparecieron forzadamente los empleados de la cafetería CRISTINA DEL PILAR GUARÍN, HECTOR JAIME BELTRÁN, GLORIA STELLA LIZARAZO, y las visitantes ocasionales del Palacio LUCY AMPARO OVIEDO, NORMA CONSTANZA ESGUERRA y GLORIA ANZOLA DE LANAO.**

También precisa esta Sala que no es competente para el enjuiciamiento de la conducta militar del acusado a lo largo de la operación de recuperación, la que debió o deberá tener otro escenario. No son propios de esta sentencia los análisis políticos, sociológicos, históricos, literarios o periodísticos que no se hayan surtido legalmente como pruebas o no estén relacionados con el específico tema a decidir. Cuando sea necesario considerar esos contextos para esta decisión judicial, así se hará, pero sólo en la medida de lo ineludible, pues se debe tener claridad en que la visión jurídica de los hechos y las decisiones que debe pronunciar la jurisdicción están circunscritas a los *hechos*

*probados como ciertos*, a los que el tipo penal de desaparición forzada les prevé consecuencias jurídicas. Todo lo que se aleje de estos estrictos fundamentos pierde la esencia de *debido proceso de ley*.

No puede pronunciarse esta sentencia sobre ciertas violaciones al Derecho Internacional Humanitario, aunque aparecen hechos relatados que las configuran, como la orden de "disparar a lo que se mueva" (contrario al principio de distinción), el homicidio de guerrilleros combatientes heridos o vencidos, el uso excesivo o desproporcionado de la fuerza, o el incumplimiento del deber de facilitar la ayuda humanitaria. Tampoco sobre los casos de personas que salieron con vida y después se encontraron sus cadáveres (homicidios fuera de combate), ni sobre la responsabilidad que les cupiera a otros altos oficiales de las fuerzas del Estado, ni de la discriminación ejercida sobre personas y cadáveres, ni de los ataques contra civiles y personas protegidas. Todas esas conductas son probablemente constitutivas de crímenes de guerra, faltas al servicio o al honor militar, de las que habrían de responder el acusado y otros oficiales y civiles al servicio del Estado, pero este no es el escenario procesal competente.[16]

Por último, se ordenará que la Fiscalía General de la Nación adelante la investigación por cada uno de estos temas, o precise si ya la está adelantando, si ya no es posible adelantarla, o si ya fueron objeto de decisión judicial ejecutoriada.

### 9.1.2 PRINCIPIOS ESPECIALMENTE APLICADOS

Como reglas generales de aplicación de la ley penal la Sala hace honor a la prevalencia del orden jurídico colombiano, de manera que al derecho penal internacional solo se recurrirá de forma subsidiaria y complementaria o como instrumento de interpretación.

En esta sentencia se destaca la necesidad de aplicar estrictamente en especial los siguientes principios generales del derecho penal:

- Legalidad, entendido como *tipicidad estricta* y comprendida en el ámbito jurídico vigente en Colombia según al aforismo *nullum crimen,*

[16]Cfr. Informe final de la Comisión de la Verdad sobre los hechos del Palacio de Justicia, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, páginas 371, 391, 395, 398, 405, 407, 94, entre otras. Aunque el Informe Final de la Comisión no fue allegado al expediente, su existencia y contenido son un hecho notorio en Colombia para el contexto político, judicial y de los mandos militares.

*nulla pœna, sine lege prœvia, scripta, descripta, stricta, et certa* dentro del sistema de derecho civil. Este principio tiene diferente significado en los sistemas de derecho civil y de derecho común, (como se verá en 15.2 *infra)*, y se aplicará en la extensión que lo impone el sistema jurídico colombiano.

- Especialidad y subsunción de los tipos penales.

- Vigencia de la acción penal mientras no se dejen de realizar las conductas ejecutivas; es decir, extinción de la acción penal en el término legal contado solamente a partir de la cesación de la ejecución del tipo penal.

### 9.1.3 EL MÉTODO DE APRECIACIÓN PROBATORIA

Es necesario dejar explicado el método de conocimiento aplicable a la toma de la decisión judicial, no porque este caso sea diferente a cualquier otro proceso, sino para que los sujetos procesales puedan contrastar su estricta observancia:

#### 9.1.3.1 LA REALIDAD Y LA VERDAD

En la realidad sucede un fenómeno, como la salida viva de la persona X del Palacio, y un observador hace una afirmación: *X salió vivo del Palacio*. El criterio de verdad de la afirmación, si es verdadera o es falsa, lo determina la realidad. Esa es la llamada *verdad por correspondencia,* cuando la afirmación corresponde a la realidad. Habría falsedad si ante esa percepción el observador dice *X no salió vivo del Palacio,* o si dice *Y salió vivo del Palacio*.

Una afirmación no es verdadera porque dos o más personas se pongan de acuerdo para pronunciarla. *"Ninguna mayoría, ni siquiera la unanimidad de los consensos o los disensos, puede hacer verdadero lo que es falso o hacer falso lo que es verdadero"*.[17]

El fenómeno sucede en la realidad objetiva y por eso la verdad es objetiva. Este es el concepto de verdad propio del sistema racional de conocimiento, que es el actualmente vigente en el sistema jurídico contemporáneo, incluso en Colombia. Se puede afirmar que toda verdad es subjetiva porque es expresada por sujetos, a través de su percepción y comprensión; pero para que la

[17]MICHELE TARUFFO. Simplemente la Verdad. Marcial Pons, Madrid, 2010. Pág. 97, citando a: LUIGI FERRAJOLI: Principia Iuris, Tomo I, 215.

afirmación sea verdadera debe corresponder a lo sucedido objetivamente, fuera del pensamiento humano individual.

La verdad puede ser considerada *relativa*, pero no porque sea dependiente de las opciones individuales de los sujetos que se ocupan de ella, sino en el sentido de que el conocimiento de la verdad es relativo al contexto en que se obtenga, al método con el que se desarrolle la investigación, y a la cantidad y la calidad de las informaciones de que se disponga y sobre las cuales se funde ese conocimiento:

> *"La verdad de la determinación de los hechos es **relativa** –en el sentido de que es relativo su conocimiento- porque se funda en las pruebas que justifican la decisión del juez y que constituyen la base cognoscitiva en la que encuentra justificación el convencimiento de que un cierto enunciado corresponde a la realidad de los hechos del caso. Esa misma verdad es **objetiva**, en la medida que no es el fruto de las preferencias subjetivas e individuales del juez, o de otros sujetos, sino que se funda en razones objetivas que justifican el convencimiento del juez y que se derivan de los datos cognoscitivos que resultan de las pruebas. …*
>
> *"La **certeza**, en cambio, es un estado **subjetivo** referido a la psicología de quien habla, y corresponde a un grado elevado (o muy elevado, cuando se habla de 'certezas absolutas') de intensidad del convencimiento del sujeto. Entre las dos nociones no existe correspondencia ni implicación. Por un lado, una afirmación es verdadera con independencia de la certeza o del convencimiento de alguien: la Tierra era esférica aun cuando nadie tuviera certeza de que fuera así, y aun cuando muchos tuvieran certeza de que fuera plana."* [18]

### 9.1.3.2 EL ESTÁNDAR DE PRUEBA

Si bien el artículo 232 de la Ley 600, la que gobierna el presente proceso, enuncia la *certeza* como requisito para dictar sentencia condenatoria,[19] no cabe duda de que los derechos del procesado están mejor garantizados cuando el juez no solo se guía por su certeza subjetiva, como una convicción íntima inescrutable e imposible de someter a control externo, sino cuando la certeza que pronuncia se deriva de afirmaciones que se pueden confrontar con

[18] TARUFFO, ibidem, págs. 99, 102.

[19] *Ley 600, artículo 232. **Necesidad de la prueba.** Toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación.*
*No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado.*

la realidad según la evidencia traída al proceso a través de los diferentes medios de prueba, regular y oportunamente practicados.

Debemos entender que el legislador de 1980 preveía que el juez contara con información, traída por los medios de prueba, que le permitiera afirmar que la atribución de autoría y responsabilidad era verdadera, hasta el punto de llevarlo a la certeza subjetiva. Es decir, la ley en ese entonces no discriminaba plenamente los pasos del método de conocimiento que debe imperar en un Estado de Derecho donde a todos los asociados nos interesa que las decisiones del juez puedan ser sometidas a escrutinio y control por los sujetos procesales.

La alternativa a la certeza subjetiva es que las afirmaciones que hace el juez sobre los hechos investigados se puedan examinar para encontrar qué tanto se corresponden con la realidad objetiva, qué tanto son *verdad*, esto es, que los enunciados del juez se puedan probar, que sean *probables.* Pero las palabras *probable* o *probabilidad* en nuestro idioma y en nuestro uso común denotan cierta inseguridad, duda, escasez de fuerza persuasoria, etc. Por ello debemos aclarar que cuando requerimos que las afirmaciones del juez tengan un nivel de probabilidad, estamos exigiendo es un nivel de *seguridad*: de que el conocimiento que el juez expresa en sus afirmaciones ha llegado a una *seguridad* de *verdad* tan alta que justifica la emisión de una sentencia condenatoria.

En este contexto, dice TARUFFO, *"un enunciado es probable si se dispone de informaciones que justifican considerarlo verdadero".*[20]

Como las palabras que se utilizan en este tema admiten varias acepciones, para evitar equívocos precisemos que *las conclusiones a las que llega la Sala en esta providencia son verdaderas (probables, se pueden probar) porque se dispone de información que alcanza el grado de seguridad (probabilidad) que la ley y la teoría del conocimiento exigen para su pronunciamiento*.[21] Esa información es el contenido de los diferentes medios de prueba regular y oportunamente allegados al proceso**.**

En el área penal en Colombia ha sido claro el estándar de prueba requerido: se exigía hasta el Código de 1971 la *prueba plena*, objetivo que en muchos casos

[20]Ib., pág. 107.
[21]Es generalmente aceptado que en el razonamiento jurídico no se aplica el concepto de probabilidad cuantitativa, medida en proporciones o porcentajes, sino el de probabilidad *lógica*, el grado de confirmación que las pruebas pueden proporcionar a los enunciados de hecho que constituyen la base de la decisión.

se afirmaba retóricamente haberlo alcanzado pero que no resistía un análisis profundo, cuando por ejemplo se decía que se condenaba sólo con base en "indicios", o cuando se buscaba que varias pruebas incompletas sumaran el cien por ciento requerido.[22]En un nuevo Código se consideró más acorde a la posibilidad del conocimiento hablar de la *certeza,*[23] pero como vimos ésta no es la mejor manera de expresar el nivel de conocimiento probable o probado con seguridad para dictar una condena. Por eso en la Ley 906 se adoptó el estándar *más allá de la duda razonable,* nivel que en la actual teoría del conocimiento resulta más entendible, confiable y posible de cumplir dentro de las limitaciones humanas, y respeta en mayor medida el principio del Estado de Derecho según el cual los funcionarios deben dar cuenta de la razón de sus decisiones. Es decir, los enunciados del juez penal deben tener tanto respaldo probatorio como para sostenerse ante un debate abierto, accesible, público, y si se quiere ilustrado, donde la lógica y la experiencia jueguen su papel principal en la argumentación, y no involucre incoherencias absurdos, contradicciones, o intuiciones insolubles.[24]

En el derecho comparado, *"hay estándares prescritos para guiar al juez de los hechos en la valoración de la prueba como un todo. Bajo el estándar generalmente establecido para los* ***casos civiles****, el juez de los hechos debe determinar si el demandante ha probado todos los elementos del enunciado que debe probar, por* ***preponderancia de la evidencia****, o por el* ***mayor peso de la evidencia****, o si en un* ***balance de probabilidades*** *los elementos del enunciado a probar son más probablemente verdaderos que falsos. En el área* ***penal****, el juez debe determinar si la evidencia establece los elementos del tipo y la responsabilidad del acusado* ***más allá de la duda razonable****. Estos son los estándares con los cuales los jueces deben evaluar el peso en conjunto de la evidencia."*[25]

[22]CPP, Decreto 409 de 1971, art. 215. **Requisitos para dictar sentencia condenatoria.** No se podrá dictar sentencia condenatoria en materia criminal sin que obren en el proceso, legalmente producidas, la **prueba plena o completa** de la infracción por la cual se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella.
[23]CPP. Decreto 50 de 1987, art. 247. **Prueba para condenar**. No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la **certeza** del hecho punible y de la responsabilidad del procesado.
[24]En otras áreas del derecho procesal colombiano no está definido cuál es el estándar probatorio exigido. Esa indefinición plantea un serio problema para quien debe argumentar contra una decisión de la que no se sabe con cuál estándar de prueba se tomó. No lo mencionan el Código de Procedimiento Civil ni el Código General del Proceso, al que deben referirse los demás procedimientos especiales; pero necesariamente en cada caso el juez aplica un estándar, así lo haga intuitivamente.
[25]ANDERSON TERENCE, SCHUM DAVID, WILLIAM TWINING. Analysis of Evidence. Cambridge University Press. Cambridge, New York, 2006. Pág. 242.

**En consecuencia, esta Sala declara desaparecidos forzadamente sólo a aquellos de quienes tiene tanta seguridad de prueba de que salieron vivos bajo la custodia del Ejército, que le permite superar toda duda razonable.**

### 9.1.3.3 LA CONSTRUCCIÓN DE LA DECISIÓN JUDICIAL

Como lo expone TARUFFO,[26] la motivación de una sentencia generalmente se construye por niveles progresivos, de modo que se presentan en primer lugar los hechos que describen el tema principal de la decisión; luego, eventualmente, los hechos secundarios que sirvan para inferir verdad o falsedad de los hechos principales;[27] en tercer lugar la información aportada por las pruebas practicadas en el juicio, y finalmente las circunstancias de las que se pueden extraer inferencias relativas a la credibilidad o fiabilidad de la información traída por los medios de prueba.

Esos niveles se conectan mediante inferencias, y se avanza en la cadena de inferencias a través de la confirmación gradual; una afirmación resulta más o menos confirmada según el grado de apoyo que las pruebas les den a las hipótesis. El grado de confirmación depende de cuáles y cuántas pruebas se encuentran disponibles con respecto a todas las pruebas posibles, de modo que si hay pocas pruebas –o falta información relevante- la confirmación de la hipótesis puede ser débil o dudosa.

Es necesario, además, que las pruebas disponibles sean convergentes, pues su dispersión temática disminuiría su valor demostrativo. Se debe buscar que la confirmación de un enunciado dependa no solo de las pruebas que se refieran a él directamente, y que no resulte excluido, falsificado o contradicho por hipótesis alternativas referidas al mismo hecho.[28]

Esa construcción progresiva del conocimiento se verá aplicada en la determinación de los hechos probados en el caso de cada una de las víctimas atribuidas en este proceso.

### 9.1.4 UNIDAD DE LA SENTENCIA

Por otra parte, se tiene en cuenta que la sentencia judicial de primera instancia conforma una sola unidad con la de segunda instancia; cuando hay

[26]TARUFFO, Op. cit, pág. 234.
[27]Esta es la llamada *evidencia circunstancial o auxiliar*. Vid: ANDERSON et alt., op. cit., pág. 69.
[28]Taruffo, op. cit., pág. 236.

discrepancia entre ellas, prevalece la de segunda instancia en todo lo que modifique o revoque a la primera, pero en lo restante no es necesario que la segunda instancia lo repita, ya que sigue siendo parte de una misma unidad. Por ello en varios pasajes se reenviará al lector a la más extensa providencia de instancia, y en la publicación en CD se incluirán ambas.

### 9.1.5 PRECEDENTE HORIZONTAL

La Sala precedente en el orden interno en este Tribunal Superior conoce de varios procesos derivados de los hechos del Palacio de Justicia; uno de ellos es el radicado 2008-025, adelantado contra el Coronel (r) LUIS ALFONSO PLAZAS VEGA, donde plasmó algunas afirmaciones que pondrían en duda su imparcialidad para juzgar al General (r) JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES, por lo cual la Corte Suprema de Justicia le aceptó la declaración de impedimento y le asignó la competencia a la presente Sala.

Cada Sala es un juez plenamente autónomo, pero como se comparte la íntima conexidad fáctica y el común acervo probatorio, se mencionarán eventualmente las consideraciones con que los pares decidieron aquel caso, tanto en la decisión mayoritaria del Tribunal, como en un Salvamento de voto. Por ello se citará en lo subsiguiente el caso 2008-025, como precedente horizontal, cada vez que sea necesario.

### 9.1.6 DIFERENCIA ENTRE *DESAPARICIÓN*, Y LA *DESAPARICIÓN FORZADA* DE PERSONAS.

Para definir claramente el terreno en el que esta sentencia se puede mover, es importante tener presente que al afirmar que una persona *está desaparecida* no necesariamente se está afirmando que esa persona *fue desaparecida forzadamente*.

***Estar desaparecida*** significa que no se tiene noticia de ella, a pesar de que se tiene prueba y se acepta que estaba viva en el Palacio cuando comenzó la toma por los subversivos. Pudo morir allí y no haber sido identificado su cadáver, aun a pesar de que estuviera en condiciones de ser reconocido; pudo no ser identificada por imposibilidad debido a la degradación causada por el fuego, o por error o mal manejo de los restos; incluso pudo salir viva y no haberse registrado su salida. Simplemente no se sabe nada de ella, fuera de que estaba viva en ese sitio en el momento inicial.

Haber sido ***desaparecida forzadamente*** significa, en este caso, que esa persona salió viva durante o al final de la recuperación del Palacio, quedó bajo control del Ejército comandado por el General ARIAS CABRALES, y por acto imputable a él no se ha tenido información sobre ella. Esto implica para el juez declarar que encuentra probado más allá de toda duda razonable, que el acusado General ARIAS CABRALES es autor responsable, por acción o por omisión, directa o indirectamente, del ocultamiento de esa persona, y de la negativa a reconocer su privación de la libertad y a dar información sobre su paradero, con lo cual la sustrae del amparo de la ley.

La Defensa del General ARIAS CABRALES acepta que todas y cada una de las víctimas sí estaban presentes en el Palacio al comenzar la toma guerrillera. Así, se limita el debate a determinar con precisión, frente a cada persona desaparecida, **si salió viva del Palacio bajo control del Ejército**, o si no se tiene evidencia de ello, pues ese es el hecho esencial sobre el que se construye el delito de desaparición forzada.

## 9.2 PROBLEMAS JURÍDICOS PROPUESTOS

### 9.2.1 DETERMINACIÓN DE HECHOS PROBADOS

En primer lugar se debe tomar una decisión sobre la existencia o no existencia de los elementos típicos que permiten afirmar la existencia de la conducta de desaparición forzada de cada una de las once víctimas atribuidas. La Fiscalía y la primera instancia las declararon a todas como forzadamente desaparecidas, y la Defensa afirma que no podía cometerse ese delito porque en la época de los hechos todavía no existía en la ley colombiana.

La Sala concluirá que de algunas víctimas no es posible determinar si salieron vivas; de otras, que salieron vivas e inicialmente se cometió el delito de su secuestro simple, el que se convirtió en desaparición forzada a partir del momento en que entró a regir este tipo delictivo.

### 9.2.2 LA NULIDAD SOLICITADA

Los apelantes solicitaron, subsidiariamente a la absolución del acusado, la declaración de la nulidad de lo actuado por falta de motivación adecuada de la decisión de primera instancia. Para esta Sala, la petición es parcialmente próspera, y así lo declarará, porque la condena de primera instancia, en seis de los once casos, no es resultado de una apreciación de evidencia legalmente

allegada, directa y pertinente a la persona que se dice fue víctima de esa conducta, como corresponde hacerlo en estricto derecho.

### 9.2.3 MODO DE INTERVENCIÓN Y AUTORÍA

Posteriormente se avocará el tema de la intervención del acusado General ARIAS CABRALES en la desaparición forzada, por acción o por omisión; se estudiará a cuál título se la atribuye; se arribará a los conceptos de coautoría indirecta por omisión, a través de una estructura ilícita conformada dentro del aparato legítimo del Ejército bajo su mando.

## 9.3 FIJACIÓN PRELIMINAR DE CONOCIMIENTOS AUXILIARES

Para determinar los hechos sobre los cuales se dictará sentencia, se fijarán en primer lugar algunos datos que limitan el campo de los hechos en cuestión, y luego se hace un resumen de conocimientos básicos extractados de las ciencias forenses, los que se consideran necesarios como guía para apreciar los testimonios de reconocimiento vivenciales o en filmaciones de las personas que se dice fueron desaparecidas, así:

1. Se precisan las razones por las que hay CAMPO A LA DUDA sobre el destino de numerosos cadáveres recibidos a raíz de estos hechos por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, entre los que se podrían encontrar algunos de los presuntos desaparecidos.

2. Se establecen unos mínimos conceptos de la sicología acerca de LA PERCEPCIÓN humana de los estímulos, especialmente los visuales, con alguna anotación sobre la teoría del color, porque hay algún debate sobre apreciación de colores de prendas.

3. Se resume la posibilidad de diferenciación de las personas de acuerdo con las tipologías establecidas en la ciencia de la MORFOLOGÍA y las reglas de experiencia aplicables a ese fin, porque hay afirmaciones contradictorias sobre quiénes son ciertas personas que se observan en pruebas documentales, y

4. Se fijan parámetros de entendimiento de cómo funciona la MEMORIA sobre hechos trascendentales, porque se discuten capacidades de rememoración y evocaciones tardías de hechos.

5. Con las ayudas anteriores, se acomete la tarea de revisar técnicamente si las percepciones de quienes reconocen a rehenes saliendo vivos corresponden a hechos objetivos comprobables.

Esta fijación de conocimientos y técnica se hace necesaria porque se han expresado argumentos contra las manifestaciones de algunos declarantes, tales como ENRIQUE RODRÍGUEZ y CECILIA CABRERA, en el sentido de que dejan entrever dudas o inconsistencias en su capacidad de percepción o de recordación de los hechos en disputa. Resulta imperioso adentrarse en terrenos de la sicología cognitiva, la cual ayuda a comprender la naturaleza y funcionamiento de la mente humana y tiene por objeto el estudio de los procesos cognitivos como la percepción, el aprendizaje y la memoria, mediante los cuales adquirimos, guardamos y recuperamos la información.

A partir de allí, se avoca en el siguiente apartado el estudio de la evidencia allegada sobre la salida con vida del Palacio de los desaparecidos. Se confronta, para el caso de cada víctima, el resumen de las principales apreciaciones consignadas en la sentencia de primera instancia, las oposiciones de la Defensa y el Ministerio Público, y las réplicas de representantes de las víctimas.

Cuando la evidencia disponible lo permite, se pondera la credibilidad de los testimonios de reconocimiento de personas salidas vivas del Palacio en la evidencia documental gráfica, mediante la aplicación de aquellos aportes de la sicología y la morfología, además de la experiencia común, en la apreciación probatoria que realiza esta Sala para confirmar o infirmar esos reconocimientos.

### 9.3.1 DESTINO DE LOS CADÁVERES: CAMPO A LA DUDA RAZONABLE

Un dato inicial de importancia es precisar si entre los cadáveres recogidos en el sitio de los hechos se encuentran algunos de quienes se dice están desaparecidos, pues dejarían de estarlo y se podría pronunciar que murieron allí.

De algunos de los llamados desaparecidos forzadamente no hay ninguna versión de haber sido vistos saliendo vivos, y a la vez hay un enorme campo de indefinición en la identificación de los cadáveres resultantes de estos hechos. En efecto, en el siguiente cuadro la Sala resume los datos allegados en los informes del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, para luego hacer una apreciación sobre ellos.

De este cuadro se resume que hay restos de mujeres entregados como de hombres, de hombres entregados como de mujeres, de por lo menos dos personas entregadas como de una, cuatro cuyo sexo no fue determinado, veinticinco enviados a fosa común, dieciséis de los que no se sabe cuál fue su destino.

De la fosa común se tomó una *muestra* de 28 cadáveres que tuvieran señales de carbonización y sobre ellos se hizo el examen de ADN, de donde resultó identificada una sola víctima de las que se mencionaban como desaparecidas; por lo tanto, se puede inferir que si se hace el examen sobre todos los restos disponibles podrían aparecer otras de las víctimas.[29]

## CLASIFICACIÓN DE LOS CADÁVERES DE VÍCTIMAS

## RECIBIDOS POR EL INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL

| CLASIFI-CACIÓN | ESTADO | UBICACIÓN | | | | | | | SEXO | | | DESTINO | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| No. / Protocolo / Acta | Normal / Calcinado | Clínicas / hospitales | Plaza de Bolívar | 1er piso Palacio | 2o piso Palacio | 4o piso Palacio | patio Palacio | Palacio, sin especificar | Femenino | Masculino | No determinado | Entregados ( a familiares o responsables ) | Fosa Común | No se sabe |
| 1) 3741-1106 | N | X | | | | | | | | M | | X | | |
| 2) 3742-1107 | N | X | | | | | | | | M | | X | | |
| 3) 3743-1108 | N | X | | | | | | | | M | | | | Ponal |
| 4) 3747-1109 | N | X | | | | | | | | M | | | X | |
| 5) 3753-1138 | N | | | | | | | X | | M | | X | | |

[29]A la fecha de esta sentencia la prensa ha informado que el Instituto de Medicina Legal continúa la verificación de restos para determinar si alguno de los once desaparecidos está entre los encontrados en fosa común del cementerio del sur, pero esa no es información disponible para este proceso.

| CLASIFI-CACIÓN | ESTADO | UBICACIÓN | | | | | | | SEXO | | | DESTINO | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| No. / Protocolo / Acta | Normal / Calcinado | Clínicas / hospitales | Plaza de Bolívar | 1er piso Palacio | 2o piso Palacio | 4o piso Palacio | patio Palacio | Palacio, sin especificar | Femenino | Masculino | No determinado | Entregados ( a familiares o responsables ) | Fosa Común | No se sabe |
| 6) 3754-1104 | N | | X | | | | | | | M | | X | | |
| 7) 3755-1105 | N | | X | | | | | | | M | | X | | |
| 8) 3756-1139 | N | | | | | | | X | | M | | X | | |
| 9) 3757-1148 | N | | X | | | | | | | M | | | X | |
| 10) 3758-1149 | N | | X | | | | | | | M | | | X | |
| 11) 3762-1119 | N | X | | | | | | | | M | | X | | |
| 12) 3763-1118 | N | X | | | | | | | | M | | X | | |
| 13) 3764-1120 | N | X | | | | | | | | M | | | X | |
| 14) 3765-1114 | N | | | | | | X | | | M | | | X | |
| 15) 3766-1143 | N | | | | | | | X | | M | | X | | |
| 16) 3767-1142 | N | | | X | | | | | | M | | X | | |
| 17) 3768-1122 | N | | | | | | X | | | M | | | X | |
| 18) 3769-1113 | N | | | | | | X | | | M | | | X | |

| CLASIFI-CACIÓN | ESTADO | UBICACIÓN | | | | | | | SEXO | | | DESTINO | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| No. / Protocolo / Acta | Normal / Calcinado | Clínicas / hospitales | Plaza de Bolívar | 1er piso Palacio | 2o piso Palacio | 4o piso Palacio | patio Palacio | Palacio, sin especificar | Femenino | Masculino | No determinado | Entregados ( a familiares o responsables ) | Fosa Común | No se sabe |
| 19) 3770-1097 | N | | | | | | | X | F | | | X | | |
| 20) 3771-1098 | N | | | | | | | X | | M | | | X | |
| 21) 3772-1152 | N | | | X | | | | | | M | | | X | |
| 22) 3773-1130 | N | | | | | | X | | | M | | X | | |
| 23) 3774-1123 | N | | | | | | X | | | M | | X | | |
| 24) 3775-1112 | N | | | | | | X | | | M | | X | | |
| 25) 3776-1129 | N | | | | | | X | | | M | | X | | |
| 26) 3777-1111 | N | | | | | | X | | | M | | | X | |
| 27) 3778-1141 | N | | | X | | | | | | M | | X | | |
| 28) 3779-1151 | N | | | | | | | X | | M | | | X | |
| 29) 3780-1140 | N | | | | | | | X | | M | | X | | |
| 30) 3781-1110 | N | | x | | | | | | | M | | | X | |
| 31) 3782-1096 | N | | | | | | | X | | M | | | X | |

| CLASIFI-CACIÓN | ESTADO | UBICACIÓN | | | | | | | SEXO | | | DESTINO | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| No. / Protocolo / Acta | Normal / Calcinado | Clínicas / hospitales | Plaza de Bolívar | 1er piso Palacio | 2o piso Palacio | 4o piso Palacio | patio Palacio | Palacio, sin especificar | Femenino | Masculino | No determinado | Entregados ( a familiares o responsables ) | Fosa Común | No se sabe |
| 32) 3783-1128 | N | | | | | | X | | | M | | X | | |
| 33) 3784-1150 | N | | | X | | | | | F | | | | | X |
| 34) 3877-0058 | C | | | X | | | | | | M | | | | X |
| 35) 3849-1189 | C | | | | | | | | F | | | | | X |
| 36) 3845-1134 | C | | | | | X | | X | F | | | | X | |
| 37) 3844-1156 | C | | | | | X | | | | | | X | | |
| 38) 3843-1116 | C | | | | | | X | | | M | | | X | |
| 39) 3842-1177 | C | | | | | | | X | | M | | X | | |
| 40) 3841-1182 | C | | | | | | | X | F | | | X | | |
| 41) 3840-1127 | C | | | | | X | | | | M | | | | X |
| 42) 3839-1126 | C | | | | | X | | | | | no det | | X | |
| 43) 3838-1192 | C | | | | | | | | | M | | X | | |
| 44) 3837-1117 | C | | | | | | X | | | M | | X | | |

| CLASIFI-CACIÓN | ESTADO | UBICACIÓN | | | | | | | SEXO | | | DESTINO | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| No. / Protocolo / Acta | Normal / Calcinado | Clínicas / hospitales | Plaza de Bolívar | 1er piso Palacio | 2o piso Palacio | 4o piso Palacio | patio Palacio | Palacio, sin especificar | Femenino | Masculino | No determinado | Entregados ( a familiares o responsables ) | Fosa Común | No se sabe |
| 45) 3785-1153 | N | | | | | | | X | F | | | X | | |
| 46) 3786-1132 | C | | | | | | | X | | M | | | | Ponal |
| 47) 3790-1101 | C | | | | | X | | | | M | | X | | |
| 48) 3836-1157 | C | | | | | X | | | | M | | X | | |
| 49) 3835-1169 | C | | | | | | X | | F | | | | X | |
| 50) 3834-1165 | C | | | | | | X | | | M | | X | | |
| 51) 3833-1136 | C | | | | | | | X | F | | | X | | |
| 52) 3832-1168 | C | | | | | | X | | | M | | | | X [8] |
| 53) 3831-1115 | C | | | | | | X | | | M | | | X | |
| 54) 3830-1166 | C | | | | | | X | | F | | | | | X |
| 55) 3829-1133 | C | | | | | | | X | F | | | X | | |
| 56) 3828-1144 | C | | | | | | | X | | M | | X | | |
| 57) 3827-1163 | C | | | | | | X | | | | no det | | X | |

| CLASIFI-CACIÓN | ESTADO | UBICACIÓN | | | | | | | SEXO | | | DESTINO | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| No. / Protocolo / Acta | Normal / Calcinado | Clínicas / hospitales | Plaza de Bolívar | 1er piso Palacio | 2o piso Palacio | 4o piso Palacio | patio Palacio | Palacio, sin especificar | Femenino | Masculino | No determinado | Entregados ( a familiares o responsables ) | Fosa Común | No se sabe |
| 58) 3826-1145 | C | | | | | | | X | F | | | X | | |
| 59) 3825-1135 | C | | | | | | | X | F | | | X | | |
| 60) 3824-1164 | C | | | | | | X | | F | | | X | | |
| 61) 3823-0053 | C | | | | X | | | | F | | | | X | |
| 62) 3822-1167 | C | | | | | | X | | | M | | | | X |
| 63) 3821-1137 | C | | | | | | | X | F | | | X | | |
| 64) 3820-1125 | C | | | | | x | | | | M | | | | X |
| 65) 3819-1146 | C | | | | | | | X | F | | | | | X |
| 66) 3818-1186 | C | | | | | x | | | | M | | | | X |
| 67) 3817-1147 | C | | | | | x | | | | M [3] | | X | | |
| 68) 3816-1131 | C | | | | | | | X | F | | | | | X |
| 69) 3815-1124 | C | | | | | x | | | | M | | X | | |
| 70) 3814-1170 | C | | | | | x | | | F | | | X | | |

| CLASIFI-CACIÓN | ESTADO | UBICACIÓN | | | | | | | SEXO | | | DESTINO | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| No. / Protocolo / Acta | Normal / Calcinado | Clínicas / hospitales | Plaza de Bolívar | 1er piso Palacio | 2o piso Palacio | 4o piso Palacio | patio Palacio | Palacio, sin especificar | Femenino | Masculino | No determinado | Entregados ( a familiares o responsables ) | Fosa Común | No se sabe |
| 71) 3813-1155 | C | | | | | x | | | | | no det | X | | |
| 72) 3812-1181 | C | | | | | x | | | F | | | X | | |
| 73) 3811-1193 | C | | | | | | X | | | M | | | | X[8] |
| 74) 3810-1172 | C | | | | | x | | | | M | | X | | |
| 75) 3809-0054 | C | | | | X[1] | | | | F | | | X | | |
| 76) 3808-1179 | C | | | | | | | X | | | | | | X |
| 77) 3807-1178 | C | | | | | | | X | F | M | | | X[6] | |
| 78) 3806-1180 | C | | | | | | | X | F | | | X | | |
| 79) 3805-1171 | C | | | | | x | | | F[2] | | | X | | |
| 80) 3804-1174 | C | | | | | x | | | F | | | X | | |
| 81) 3803-1188 | C | | | | | x | | | | M | | X | X | |
| 82) 3802-1187 | C | | | | | x | | | | M | | | | |
| 83) 3801-1099 | C | | | | | | | X | | M | | | X[6] | |

| CLASIFI-CACIÓN | ESTADO | UBICACIÓN | | | | | | | SEXO | | | DESTINO | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| No. / Protocolo / Acta | Normal / Calcinado | Clínicas / hospitales | Plaza de Bolívar | 1er piso Palacio | 2o piso Palacio | 4o piso Palacio | patio Palacio | Palacio, sin especificar | Femenino | Masculino | No determinado | Entregados ( a familiares o responsables ) | Fosa Común | No se sabe |
| 84) 3800-1173 | C | | | | | x | | | F | | | | X [7] | |
| 85) 3799-0055 | C | | | | X | | | | | M | | X | | |
| 86) 3798-1185 | C | | | | | | | X | F | | | X | | |
| 87) 3797-1183 | C | | | | | | | X | | M | | | X | |
| 88) 3796-1184 | C | | | | | | | X | | | no det[5] | X | | |
| 89) 3795-1175 | C | | | | | x | | | | M | | X | | |
| 90) 3794-1100 | C | | | | | | | X | | M [4] | | X | | |
| 91) 3793-1176 | C | | | | | | | X | | M | | X | | |
| 92) 3792-1154 | C | | | | | x | | | | M | | X | | |
| 93) 3791-1102 | C | | | | | x | | | | M | | | | Ponal |
| 94) 3746-1093 | N | X | | | | | | | | M | | X | | |
| **Sub total** | **C:59 N:35** | **8** | **5** | **5** | **3** | **22** | **21** | **30** | **27** | **63** | **4** | **53** | **25** | **16** |
| **Total** | **94** | | | | | | | **94** | | | **94** | | | **94** |

**Notas:** (se conservan las de los informes originales de Medicina Legal).[30]

**1**Levantamiento realizado en el costado sur de la puerta de la Fiscalía 6º.

**2** A pesar de haber sido identificado como cadáver femenino por el patólogo forense de Medicina Legal, quien halló útero no preñado carbonizado, este cadáver fue entregado como perteneciente a un hombre, Magistrado Dr. PEDRO ELÍAS SERRANO ABADÍA.

**3** A pesar de haber sido identificado como cadáver masculino por el patólogo forense de Medicina Legal, quien halló testículos y próstata carbonizada, el cadáver fue entregado como perteneciente a una mujer, la señora ROSALBA ROMERO DE DÍAZ.

**4** A pesar que la patóloga forense de Medicina Legal determinó que se trataba de restos humanos carbonizados correspondientes a por lo menos 2 cadáveres, se entregó como si fuera un sólo cadáver, Dr. EMIRO SANDOVAL HUERTAS.

**5** Reconocidos por pertenencias.

**6** Mediante oficio No. 1342 del 9 de noviembre de 1985, el Juez 78 I.P.M ordenó la entrega de estos dos cadáveres al SS ALARCÓN SEPÚLVEDA, para su envío a fosa común; sin embargo, según declaración de FRANCISCO OSPINA DÍAZ (Fl. 244 c. 8 Procuraduría), el cadáver correspondiente al protocolo No.3807-85 no se encontró en Medicina Legal al momento hacer la entrega de todos los cadáveres del citado oficio; así mismo de la inspección practicada al Instituto, se advierte que el No. 3801-85 tampoco fue entregado para su inhumación en fosa común, por tanto, a la fecha se desconoce el paradero de los mismos.

**7** Los restos correspondientes al protocolo No. 3800-85, fueron exhumados de la Fosa Común del Cementerio del Sur en 1998 y mediante análisis genético (Tipificación Molecular de DNA – Informe Final, 17 de julio de 2001) fue plenamente identificada como ANA ROSA CASTIBLANCO TORRES, empleada de la cafetería de Palacio de Justicia; restos que fueron entregados a sus familiares el 2 de noviembre de 2001 por el Juzgado 2º Penal del Circuito Especializado.

**8** Sobre estos dos cadáveres se informa en la declaración de FRANCISCO OSPINA DÍAZ que no fueron enviados a fosa común hasta el 22 de enero de 1986 por demoras en el trámite de licencias de inhumación y registros de defunción. En razón de lo anterior, teniendo en cuenta que, al parecer, la fosa común a la que fueron llevados los cadáveres del Palacio de Justicia en el mes de noviembre de 1985, fue cerrada a finales de diciembre de ese año o principios de enero del siguiente, se desconoce a la fecha dónde fueron inhumados estos dos últimos cadáveres del Palacio.

Ante las numerosas inconsistencias registradas en este cuadro y sus notas explicativas, la Sala adopta este punto de partida:

> **Si no hay un reconocimiento creíble de una persona saliendo viva, que además se pueda corroborar con la evidencia disponible, no es posible afirmar -más allá de toda duda razonable- que no murió en los hechos y que no está entre los restos que no han sido debidamente identificados.**

[30]Este cuadro agrupa los informes Clasificación Cadáveres Palacio de Justicia.pdf, en 21 páginas, provenientes del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Licencias de inhumación y certificados de defunción, folios 85 a 17, 118, 119, 182 a 272, c. 53 a. i.

Por lo tanto para la Sala el siguiente paso necesario en el argumento es considerar los testimonios que contienen esos reconocimientos de personas que salen vivas; para ello se precisan ciertas bases con las cuales se puedan sopesar tanto la versión que dice reconocer a alguien que sale vivo, como la observación que la misma Sala hace de los documentos fílmicos donde se dice verlos. Esas bases son las que se resumen a continuación, con respecto a la capacidad sensorial de percepción de los datos que arroja la morfología humana, y la memoria que permite almacenar y evocar lo percibido.

### 9.3.2 LA PERCEPCIÓN. PERCEPCIÓN VISUAL- TEORÍA DEL COLOR

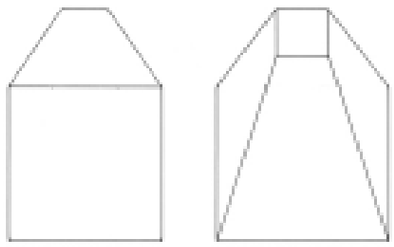
El hombre adquiere conciencia de sí mismo y del mundo que lo rodea, por medio de sus sentidos. A partir de la PERCEPCIÓN de estímulos a través de los sentidos, el hombre DESCUBRE, REGISTRA y ORGANIZA la realidad, y con la MEMORIA y el lenguaje la ALMACENA y la RECREA.

La percepción es entonces el acto de adquirir conocimiento, interactuar y tener experiencias con el medio que nos rodea. Los sentidos recogen información del mundo exterior y del interior del organismo. Esa información llega al cerebro donde es trasformada para conformar la experiencia inmediata del mundo. Este procesamiento en el encéfalo se verá influido por las experiencias pasadas y el contexto en el que se percibe,[31] y en ella pueden intervenir todos los sentidos.

Específicamente, la percepción visual es la sensación interior de conocimiento aparente que resulta de un estímulo o impresión luminosa registrada en nuestros ojos; aunque se trata de un acto óptico-físico que funciona mecánicamente, puede variar de persona a persona ya que intervienen factores como la educación, la experiencia, la edad, la memoria, la inteligencia, y hasta el estado emocional, que pueden alterar grandemente el resultado[32]. El ojo y el cerebro tienden a organizar y comprender lo que vemos imponiéndole un sentido racional aunque particular o individual de acuerdo con la experiencia de cada sujeto. Tras una primera función de reconocimiento, el sentido de la percepción entra en una fase analítica que comprende la interpretación y organización del estímulo percibido, mediante la cual se estructuran los elementos de esa información, distinguiendo fondo,

[31]Percepción Visual. Juan Cordero Ruiz. Mayo de 2004. En: http://www.personal.us.es/jcordero/PERCEPCION/Contenido.htm. Consultado el 12 de febrero de 2013.
[32] Ibídem.

figura, contornos, tamaños, contrastes, grupos, colores, etc. De ahí que la forma en que sean percibidos los mismos objetos sometidos a observación por diferentes individuos, puede derivar en diferentes conclusiones; tal es el caso de las siguientes figuras que, según el observador, podrán ser ambas planas, o ambas tridimensionales, o una plana y otra tridimensional:



Este mínimo ejercicio permite establecer que ante una realidad puede haber disímiles percepciones por diferentes personas, lo que es aún más complejo cuando crece el número de éstas; en el campo visual variará la percepción según que lo observado sea conocido o no por el individuo, forme parte de su conocimiento particular o sea ajeno a su cotidianidad.

En la percepción visual, además de la forma, juega importante papel el color, el que no es propiedad intrínseca de los objetos. La percepción de los colores depende de tres factores fundamentales: la longitud de onda (hace que veamos las cosas de una manera u otra, de un color u otro), la saturación (define el grado de pureza del color), y la luminosidad (el brillo del color, de la imagen, cantidad de luz emitida por una fuente luminosa o reflejada por un objeto; en función de esta podemos ver el objeto más claro o más oscuro).[33]

**La percepción del color no es función idéntica en todas las personas**; muchas tienen limitaciones o modificaciones parciales o totales para su percepción, situaciones que se identifican como daltonismo, discromatopsias en enfermedades del nervio óptico y maculares, bastón monocromático, entre otros. De manera que la percepción del color es una experiencia subjetiva, resultado de un hecho perceptivo que requiere de la existencia de la radiación visible, objetos y el observador para que ocurra. Esa circunstancia, desde el punto de vista fisiológico, está determinada por el hecho de que las células fotorreceptoras (conos y bastones) de la retina que transmiten la señal al

[33]JANET GONZÁLEZ SOTERO. Fundamentos Fisiológicos de la Percepción del Color. En: Revista Médica de la Facultad Cubana de Oftalmología. 25 de diciembre de 2009. http://www.misionmilagro.sld.cu/, vol2no1/rev6.php. Consultada 13 de diciembre de 2012.

cerebro son variables con la persona, lo que hace posible que no todos perciban exactamente el mismo color. Dos personas pueden interpretar un color dado de forma diferente, y puede haber tantas interpretaciones de un color como personas lo observan.[34]

### 9.3.3 LA MORFOLOGÍA HUMANA

La percepción de la que se trata aquí es la de personas en las especiales circunstancias de los hechos del Palacio de Justicia. La Sala se ve en la necesidad de establecer los criterios que ofrece la Morfología humana, para verificar algunos aspectos de los percepciones y reconocimientos hechos por varios testigos ante el material fílmico que se sometió a su observación, con el fin de ponderar si son aceptables más allá de toda duda razonable y con un alto grado de seguridad de que estas víctimas sean quienes así han sido reconocidas abandonando con vida el Palacio de Justicia y dirigiéndose a la Casa del Florero bajo la custodia del Ejército.

#### 9.3.3.1 LA MORFOLOGÍA HUMANA COMO CIENCIA

La morfología humana estudia las estructuras del cuerpo humano; se encarga de revisar los aspectos macroscópicos y microscópicos de los tejidos que lo conforman (histología), y también la forma en que se desarrollan los tejidos desde el momento de la concepción. Dentro de la Morfología hay ramas que se dedican a estudios específicos de áreas del cuerpo humano o sus estructuras. Es el caso de la ANTROPOMORFOLOGÍA, la que estudia las formas del cuerpo humano, tipologías y siluetas corporales, y la CARAMORFOLOGÍA, que se encarga del estudio de los tipos de rostros o tipologías faciales humanas. Estas ramas son implementadas y desarrolladas precisamente a nivel de los estudios forenses, con técnicas sofisticadas y de alto nivel para el estudio grupal. El enfoque que la Sala pretende abordar no es el de una técnica sofisticada, sino el de acudir a sus criterios básicos como herramientas de la labor judicial concreta, para emitir un concepto o conclusión partiendo de la observación, experiencia común y análisis de las pruebas arrimadas al proceso, especialmente de las impresiones fotográficas y el material fílmico.

[34] Ibídem.

## 9.3.3.2 ANTROPOMORFOLOGÍA – SOMATOTIPOS DE SHELDON

Este es un sistema de clasificación del físico del ser humano aplicable a ambos sexos que se fija en aspectos específicos de las dimensiones corporales, creado en 1940 por el psicólogo W.H. Sheldon de la Universidad de Harvard. Según este, los seres humanos se pueden clasificar según su composición corporal, en los siguientes tipos de formas:[35]

### *Mesomorfa o atlética:*

Cuerpo constituido por una musculatura fuerte, equilibrada y proporcionada en hombros y caderas. Es el caso de los hombres de tórax voluminoso y musculatura muy desarrollada, como es el cuerpo del deportista. Se caracterizan principalmente por su complexión robusta, de media o baja talla, cortas extremidades y huesos fuertes y robustos. Suelen tener un tórax grande y más hombros que caderas.

### *Endomorfa o pícnica:*

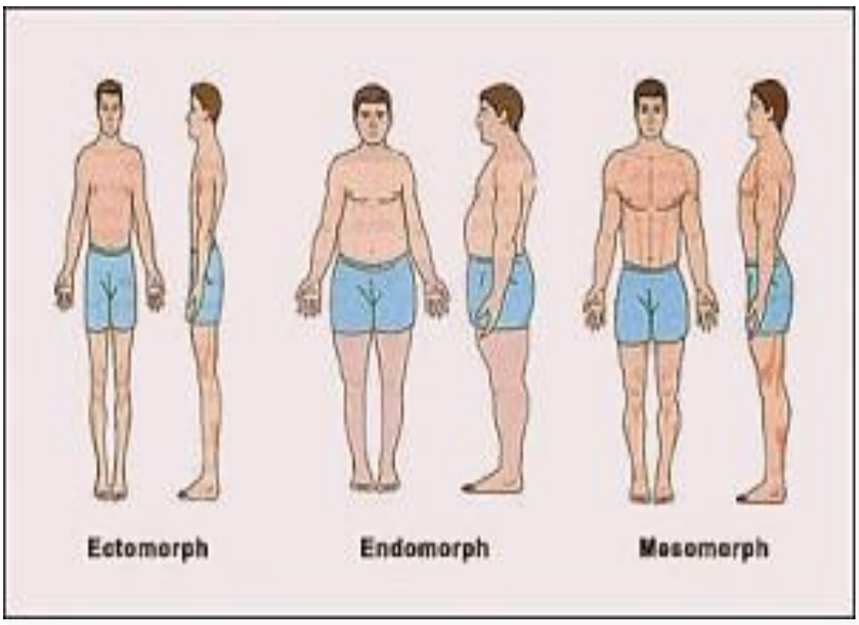
Cuerpo curvilíneo con redondeles y alto porcentaje de grasa corporal. Brazos y piernas cortos en relación con el tronco, estatura media, cuello corto y ancho, cabeza y abdomen voluminosos, tejido adiposo abundante, especialmente en el vientre, en general de una musculatura débil. Su característica principal es la tendencia natural a acumular grasa en el abdomen en los hombres y en las caderas y piernas en las mujeres.

### *Ectomorfa o leptosomática:*

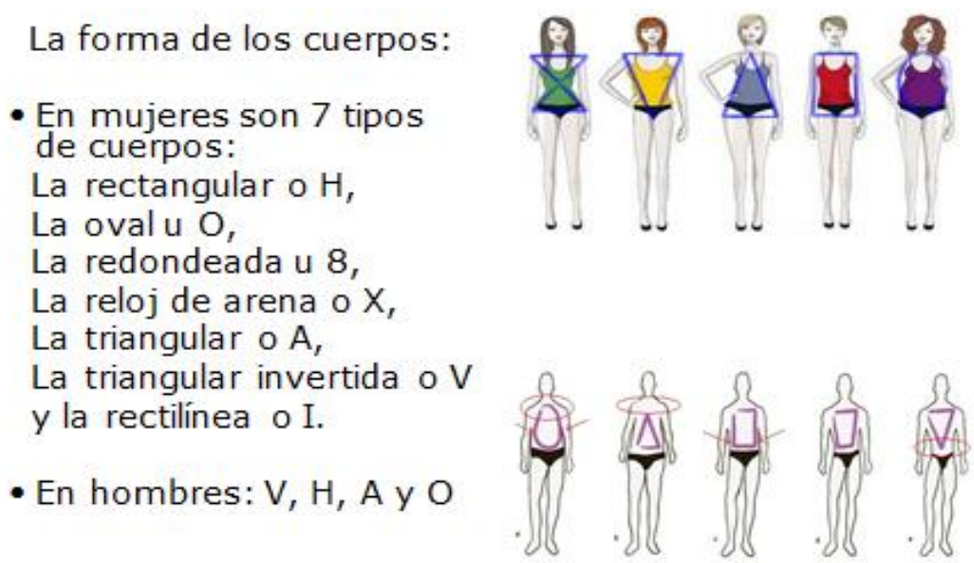
Cuerpo longilíneo, con extremidades y cuello largos, sin curvas ni redondeces. Poca grasa corporal y generalmente débil desarrollo muscular. Delgado, largo y frágil, es la versión pura de un ectomorfo. Superan la talla media, son de extremidades proporcionalmente largas y con poca masa muscular.

---

[35]WILLIAM H. SHELDON. *Atlas of Men: A Guide for Somatotyping the Adult Male at All Ages.* New York: Harper, 1954. http://global.britannica.com/EBchecked/topic/376778/mesomorph, Consultado el 22 de diciembre de 2012.




Así mismo, se ha establecido otra serie de tipologías o siluetas corporales, de manera que encontramos las siguientes:




Teniendo en cuenta que a través de los videos no se identifican mujeres señaladas de salir vivas del Palacio, las tipologías corporales de hombres se describen así:

**a. SILUETA V:** Tiene los hombros anchos y las caderas estrechas.

**b. SILUETA H:** Carece de cintura, existe balance entre hombros y caderas, son personas delgadas y estrechas.

**c. SILUETA A:** Tiene los hombros más estrechos que las caderas.

**d. SILUETA O:** Muestra amplitud de volumen en el pecho, la cintura, el vientre y las caderas.

### 9.3.3.3 CARAMORFOLOGÍA: MORFOLOGÍA FACIAL - TIPOLOGÍAS FACIALES

El rostro es el principal conjunto anatómico que permite a cualquier persona reconocer a otra. Es lo que se recuerda con más facilidad. La capacidad cerebral humana identifica los aspectos físicos de un rostro, los asocia, diferencia, reconoce y puede asignarlos como propios de un determinado sujeto.

Según Francisco Lopera,[36] el proceso mental que se lleva a cabo para un reconocimiento facial, desde el punto de vista biológico, es posible porque el cerebro fundamenta el reconocimiento de rostros a partir de variaciones con respecto a una cara promedio y de acuerdo al entorno en que se desarrolla o vive el individuo. Además, el cerebro tiene la capacidad de reconocer el rostro como un todo, o bien analizar los componentes del mismo por separado.[37]

Desde la infancia poseemos la habilidad de reconocer personas; a corta edad, el cerebro dispone de la capacidad de reconocer alrededor de 200 caras conocidas y desconocidas. El contexto juega un papel importante para el reconocimiento y memorización ya que muchas veces se identifica a la persona más por el contexto que por la sola cara en sí misma.

El rostro es una estructura conformada por una serie de elementos que permiten individualizarla: los ojos, la nariz, la boca, las orejas, el cabello, el mismo contorno del rostro y el mentón. Cada uno de ellos brinda muchas posibilidades para conocer la estructura facial en su totalidad; ofrecen un conjunto esencial para el reconocimiento en el ámbito forense.

Las características morfoscópicas o variables que pueden observarse en el rostro humano y que ayudan en su identificación, básicamente son:

[36]FRANCISCO LOPERA RESTREPO. Evolución y Cognición. En: http://neurociencias.udea.edu.co/revista/PDF/REVNEURO_vol6_num1_3.pdf. Consultado 27 diciembre de 2012.

[37]MIGUEL ÁNGEL MURILLO RAMOS. Análisis de la variabilidad Morfológica…UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. Bogotá, 2010. En: http://www.bdigital.unal.edu.co/5020/1, /ANALISIS DE LA VARIABILIDAD_MORFOLOGICA_FACIAL_ EN_UNA_MUESTR.pdf. Consultada 28 de diciembre de 2012.

1. Rostro: - Forma frontal – Perfil
2. Ojos: - Pliegue palpebral superior - Pliegue epicántico interno - Color
3. Nariz: -Tipo de perfil -Disposición de la punta, forma de la base
4. Boca: -Perfil Tegumentario -Grosor labios, color
5. Cabello: -Forma -Línea de inserción -Color
6. Orejas: -Tamaño –Forma, tamaño y disposición del lóbulo
7. Cejas: -Forma –Densidad, color
8. Pestañas: forma, color
9. Mentón: forma, disposición
10. Pilosidad Facial

En cuanto a las formas del rostro se han establecido unas tipologías básicas, a partir de los estudios realizados por Rudolph Pöch:[38]

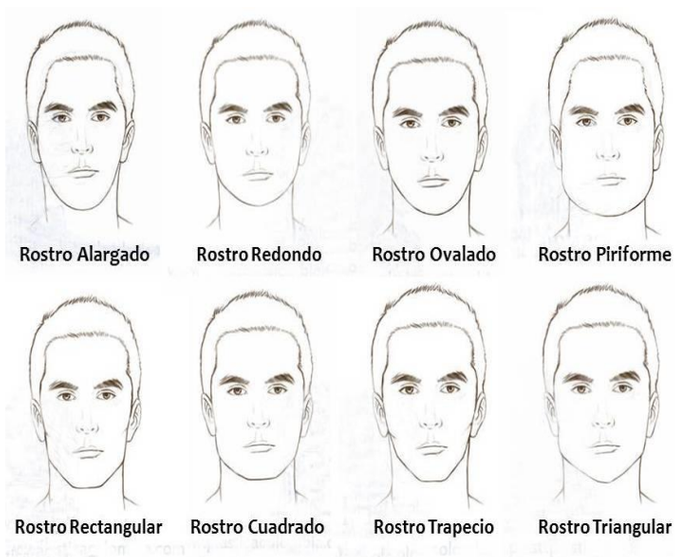



Figura 76. Formas faciales según Pöch: 1 = elíptica, II = oval, III = oval invertida, IV = redondeada, V= rectangular, VI = cuadrangular, VII = romboidal VIII = trapezoidal, IX = trapezoidal invertida, X = pentagonal

[38]Ibídem, capítulo VIII.

**A. Rostro alargado**

En este rostro la frente es larga y estrecha, los pómulos altos, la mandíbula estrecha y la barbilla alargada. Las cejas son horizontales y los ojos tienen predisposición a ser un poco caídos. El rostro alargado recibe también el nombre de oblongo, porque se considera como un ovalo alargado. Algunos consideran este rostro como la versión alargada de la forma diamante, y le dan el nombre de marquesa. Otros, consideran que este es la versión alargada del rostro cuadrado, y le dan el nombre del rostro rectangular. En este caso, la mandíbula sería algo cuadrada y naturalmente estaría mucho más marcada.

**B. Rostro redondo**

La cara es casi circular, con la frente redondeada, las mejillas llenas y la mandíbula y la barbilla redondas. Las cejas son también redondeadas, la nariz es más bien pequeña y la boca menuda.

**C. Rostro ovalado**

En esta forma de huevo, las mejillas dominan el contorno y la barbilla es más corta que la frente. Es comúnmente aceptado que el rostro ovalado es el que tiene unas líneas más armónicas y equilibradas. La frente es estrecha y la parte más ancha del rostro está en línea con la boca. Los pómulos son poco prominentes.

**D. Rostro rectangular**

Forma de rostro alargada, frente ancha en línea con los pómulos y mandíbula muy marcada.

**E. Rostro cuadrado**

La frente y el maxilar son de líneas cuadradas y tienen aproximadamente el acho de los pómulos. Las cejas son espesas y horizontales y la boca grande. Hay quien dice que el rostro cuadrado es un rostro redondo con los extremos agresivos.

**F. Rostro trapecio o diamante**

Este rostro tiene la frente estrecha, la barbilla corta y en punta, y entre la frente y la barbilla destacan unos pómulos anchos y marcados. Las

cejas son claramente caídas, la boca es estrecha y los labios son delgados.

**G. Rostro triangular**

Se caracteriza por el mentón con base corta y lados abiertos, y se combina con otras formas en la parte superior.

**H. Rostro Piriforme**

Recibe el nombre de la pera porque está formado por una frente estrecha, barbilla grande y las mejillas y los maxilares bien marcados. Las cejas son cortas y delgadas y están muy juntas.

Esta Sala hace en este campo una aplicación cercana a la descripción especializada, mediante una comparación objetiva y práctica de esos elementos con el material probatorio recaudado dentro de las reglas de la experiencia común, para establecer el nivel de veracidad observable en la reacción del testigo.

Aplicados estos mecanismos de referencia, de la tipología corporal y facial, así como los rasgos morfológicos destacados en cada caso de personas que se afirma son reconocidas en videos, para -una vez realizadas estas precisiones físicas de estas personas- confrontarlas con los videos y fotografías aportadas al proceso, el Tribunal concluye que debido a la limitada evidencia física disponible, sólo se logra realizar estas caracterizaciones en los casos de CARLOS RODRÍGUEZ, BERNARDO BELTRÁN y DAVID SUSPES, para confirmar los reconocimientos de sus allegados, y en el caso de CRISTINA GUARÍN, para infirmarlo, como se verá en cada apartado individual correspondiente.

### 9.3.4 LA MEMORIA

Esta es la capacidad humana de adquirir, almacenar y recuperar información. Los estudios especializados enseñan que no es un almacén o biblioteca, sino una facultad que conserva y elabora; que no es perfecta sino que, por el contrario, está sujeta a errores, distorsiones e ilusiones.

El proceso necesario para el recuerdo de rostros, hechos, datos o conocimientos consta de tres etapas: codificación, almacenamiento y recuperación. En cuanto a la estructura y funcionamiento de la memoria, se

reconocen tres sistemas que se comunican e interactúan entre sí: 1). Memoria Sensorial, 2). Memoria de Corto Plazo, 3). Memoria de Largo Plazo.

La que interesa dentro del *sub-examine* es esta última; es la que contiene nuestros conocimientos del mundo físico, de la realidad social y cultural, nuestros recuerdos autobiográficos, así como el lenguaje y los significados de los conceptos. Según el Neurosicólogo LARRY SQUIRE, hay dos sistemas de memoria a largo plazo: a) El sistema de memoria declarativa (conocimiento consciente), la que almacena información y conocimientos de hechos y acontecimientos, y sirve para recordar, por ejemplo, un rostro familiar, y b) El sistema de memoria procedimental, la que almacena lo relativo a habilidades y destrezas.[39] La primera es la que se pone en acción en casos como el que aquí se estudia.

En cuanto a la *recuperación* de información de la mente humana, se tiene que **"recordar"** es extraer información de la memoria de algo que hemos aprendido o vivido. Los recuerdos no son copias exactas de informaciones o experiencias, sino que la memoria los **"reelabora"** en el momento de la recuperación.

La memoria puede sufrir distorsiones o alteraciones, e incluso se afirma que los olvidos, los errores y los fallos de memoria son necesarios para su funcionamiento. Sin embargo, ello no significa que toda información almacenada en la mente sea susceptible de olvido o de sufrir alguna alteración al momento de recordarla.

El ***olvido*** es la dificultad temporal de recuperar información almacenada en la memoria a largo plazo. Esto ocurre por la cantidad de recuerdos que se acumulan en la memoria a largo plazo y porque se presentan interferencias en su recuperación. Olvidamos por el decaimiento o pérdida de información a consecuencia de su falta de uso. También por la interferencia de unos recuerdos con otros. En cuanto a la posibilidad del deterioro de la información, parece ser que el paso del tiempo en sí mismo no es decisivo, sino más bien lo que sucede entre el aprendizaje y la rememoración.

[39]LARRY SQUIRE. The neurological basis of long-term memory. What is memory? Declarative memory in huans and animals. The role of patients in long-term memory research. En: htt://www.gocognitive.net/interviews/larry-squire-neuroscience-declarative-long-term-memory. Consultada el 15 de enero de 2013.

Hay olvido dependiente de señales; se refiere de manera conjunta al olvido dependiente del estado y del contexto: los estados psicológicos y fisiológicos representan señales internas y las variables ambientales o contextuales representan señales o rutas externas para recuperar información almacenada. No toda memoria funciona igual y no todas se afectan igualmente ni en todos los aspectos mientras avanza la edad. El paso del tiempo, si bien puede tener un efecto global sobre las habilidades intelectuales, influye con mayor énfasis en algunas funciones más que en otras. Pueden diferenciarse distintas formas de memoria y es necesario hacerlo para comprender cómo influye el paso del tiempo:

> *"La memoria que implica la adquisición y almacenamiento de nueva información, aquella memoria más reciente, puede afectarse a medida que envejecemos. Mucho menos frecuente es en cambio, que se afecte la memoria remota, es decir la capacidad de recordar cosas que vivimos hace mucho tiempo. De esta manera es típico escuchar a una persona de edad avanzada decir que mientras le es difícil recordar qué comió la noche anterior, puede recordar a la perfección sus vacaciones cuando era niño"*.[40]

Incluso hay algunos teóricos que opinan que existe un trazo de memoria que está expuesto al decaimiento, y creen que persistirá mientras sea utilizado, pero que desaparecerá con el tiempo si no se usa.[41]

Ahora bien, en cuanto a qué recordamos, se ha estudiado que recuperamos mejor **lo primero** y **lo último** que hemos aprendido, **lo raro**, **lo que aprendemos en un estado de ánimo similar** (vinculamos un determinado tipo de pensamiento a un estado de ánimo determinado; asociamos una emoción particular con una idea o vivencia concreta, y una de ellas nos lleva a recordar la otra), y **lo relacionado con sucesos especialmente significativos**. No sólo nos impactan hechos de carácter social, sino también los hechos personales. Esto se denomina "memoria vivida". Frente a los que creen que el recuerdo está fijado en el momento del suceso, NEISSER, investigador de la memoria, cree que la gente relata muchas veces la descripción de estos sucesos, y que la "fotografía" se ha realizado posteriormente, dado el significado que adquiere el acontecimiento en la mente de la persona después del suceso.

[40]FACUNDO MANES, Director del Instituto de Neurología Cognitiva (INECO) y del Instituto de Neurociencias de la Fundación Favaloro. En:http://www.sentirypensar.com.ar/nota326.html, consultada el 28 de enero de 2013.

[41] ILDEFONSO RAMÍREZ CARDONA. La memoria como factor interpersonal en el proceso de enseñanza y aprendizaje. En: Revista Digital No. 15 febrero de 2009.http://www.csi-csif.es/andalucia/modules/mod_ense/revista/pdf/Numero_15/ILDEFONSO_RAMIREZ_2.pdf, consultada el 27 de enero 2013.

NEISSER opina además que los recuerdos sobre hechos de interés público sirven para situar nuestra vida en el transcurso de la historia.[42]

Muchas de estas afirmaciones se verán confirmadas a lo largo de los relatos de los testigos sobre los hechos y los reconocimientos en este proceso.

## 9.4 CORROBORACIÓN POR LA SALA: video "HOLOCAUSTO PALACIO DE JUSTICIA"

Se hace necesario confrontar los reconocimientos por familiares y allegados de personas que salen vivas del Palacio, la evidencia fílmica disponible, y la percepción que los jueces de esta Sala hacemos de ese material.

### 9.4.1 CAPACIDAD HUMANA DE RECONOCIMIENTO DE OTRAS PERSONAS

En el precedente horizontal, un informe técnico-científico de morfología concluyó que no era posible realizar el peritazgo encomendado para identificar en los videos disponibles a los rehenes liberados.[43]Frente a esa indecisión de los peritos, esta Sala debe recordar que el conocimiento técnico-científico se rige por principios, métodos y procedimientos objetivos que buscan representar la realidad externa mediante medición y descripción minuciosa de los fenómenos observados. Pero además del conocimiento científico existe el conocimiento común. Este conocimiento común no es técnico-científico sino basado en las reglas de experiencia, y para la jurisdicción es creíble dentro de las prácticas sociales aceptadas, aun cuando no haya podido ser reducido a leyes y protocolos preestablecidos.

Los instintos, las emociones, los sentimientos, las virtudes, por ejemplo, no son descriptibles mediante estudios de peso y medida, pero continuamente son tenidos en cuenta para las decisiones diarias de las personas y de la justicia. Esa misma ausencia de técnicas exactas para manifestar experiencias tan importantes en la vida como los sentimientos y la emociones, se demuestra en la realidad diaria en la capacidad de reconocimiento de toda persona con sus familiares y conocidos, porque se basa en la fijación de detalles e impresiones más allá de leyes científicas preestablecidas.

[42]NEISSER, ULRICH. (2004). Memory development: New questions and old. *Development al Review, 24*(1), 154-158. doi:10.1016/j.dr.2003.09.002.
[43]F. 25c. 1a. c.

La Sala enuncia la **regla de experiencia** resultante, por la que se guiará para apreciar los reconocimientos por los familiares y allegados:

> *Las personas estamos en capacidad de reconocer a nuestros familiares y conocidos aunque la morfología humana no haya logrado aún reducir esa capacidad a leyes tecno-científicas.*

No podremos reducir a datos técnicos los milímetros de separación de los ojos o de la base de la nariz, el volumen de los pómulos, el ángulo de caída de las mejillas, la proporción de la frente con respecto al total del rostro, la curvatura de las cejas, o la tipología de los ademanes y la forma de caminar, pero no dudamos al afirmar, incluso a la distancia, si la persona que vemos es nuestro padre, hijo, amigo o cercano conocido. Todos sabemos que los bebés reconocen prontamente a la mamá, al papá y luego a otros allegados, y que todos los padres y hermanos ya adultos nos reconocemos con una facilidad difícil de justificar científicamente. Esos son campos donde el peritaje, o su ausencia, aporta muy poco a la decisión judicial, y donde el conocimiento vivencial e intuitivo debe ser valorado positivamente dentro de los límites de la razonabilidad común según estas reglas de experiencia.

### 9.4.2 HERRAMIENTA DE CORROBORACIÓN POR LA SALA: video "HOLOCAUSTO"

Como las sentencias judiciales tradicionalmente son escritas y por lo tanto son estáticas, como las fotografías, y en este proceso son elementos esenciales las filmaciones y los reconocimientos que en ellas se hacen de varios de los presuntos desaparecidos, esta Sala decidió utilizar también, como parte de la sentencia, el medio audiovisual en movimiento, video, para verificar las apreciaciones sobre la evidencia disponible que hacen los testigos y para expresar su propia valoración sobre esos medios probatorios.

Esta herramienta adquiere toda su importancia cuando se tiene en cuenta que la observación dinámica de las imágenes aporta mayor precisión y riqueza de detalles porque el ojo humano percibe y compone el estímulo que el video aporta en 24 cuadros por segundo (en las aplicaciones corrientes de computador asequibles para la Sala).

Las víctimas que los familiares reconocen en las filmaciones de salida con vida del Palacio, y que la Sala logra verificar más allá de toda duda razonable, son **CARLOS RODRÍGUEZ, BERNARDO BELTRÁN y DAVID SUSPES.**[44]

Para elaborar un video que registre el proceso de apreciación que realiza esta Sala se seleccionaron sendas fotografías aportadas en su momento por los familiares, como documentos previos de referencia, y se calificaron según los criterios aportados por la Morfología humana. Se ubicaron luego los segmentos pertinentes de los videos disponibles referidos por los testigos donde dicen reconocer a cada una de las víctimas: CD 18 Cinevisión, "tve" o TV Española, y CD 8A, TV Hoy.

El resultado se publica como Anexo 1 de esta sentencia en su forma magnética. Amplios tramos de los videos originales se incluyen, sin alteraciones de ninguna clase, como anexo integrante de esta sentencia, para darle mayor publicidad y facilitar la comprobación. Aunque hay varias otras filmaciones en el acervo probatorio, son muy repetitivas, desordenadas o de menor calidad o precisión.

Sobre los segmentos escogidos se realiza el siguiente procedimiento, para cada uno de los rehenes identificados por sus allegados:

- Se identifican los pocos segundos que registran la salida de rehenes al final de la operación.
- Se separan esos pocos segundos en dos de los tres videos disponibles,
- Se exponen en primer lugar en su forma original,
- Se repiten estos pocos segundos varias veces,
- Se repiten en cámara lenta, acompañando con una flecha al rehén que se identifica,
- Se congela la imagen en algunos momentos y éstos se comparan con las fotografías suministradas por la familia.
- Con base en ello el Tribunal expresa su apreciación conclusiva sobre la correspondencia entre esas fotos, las manifestaciones de

[44]La Sala encuentra también a quien puede ser HECTOR JAIME BELTRÁN FUENTES, pero en su caso no logra superar la duda razonable porque no hay medios de confrontación; un reconocimiento adicional se logra por la vía tradicional de comparación de varios testimonios, y de evidencia circunstancial sobre estos testimonios, en el caso de LUZ MARY PORTELA LEÓN; además, declara también desaparecida forzadamente a la guerrillera IRMA FRANCO, cuya salida viva es reconocida por todos los sujetos procesales. No encuentra identificables a CRISTINA GUARÍN, GLORIA STELLA LIZARAZO ni LUCY AMPARO OVIEDO, por quienes deberá continuar la investigación.

reconocimiento por sus familiares y allegados, y las imágenes de video seleccionadas como instrumento de comparación.

**El video resultante se titula "HOLOCAUSTO PALACIO DE JUSTICIA 6 Y 7 DE NOVIEMBRE DE 1985", en adelante "video *Holocausto*", el que se incluye en el CD que se entrega en el acto de notificación de la presente providencia y hace parte de ella, para que los interesados puedan confrontar de manera completa su motivación.**

Luego del caso de cada víctima se incluyen algunas impresiones en papel, pero no se debe olvidar que cuando se detiene una proyección se pierde nitidez de la imagen, y más nitidez se pierde cuando se la imprime en el papel; por esa razón la lectura de esta sentencia debe hacerse acompañada de la observación del video *Holocausto,* donde se puede identificar con mayor precisión a la persona que sale viva.

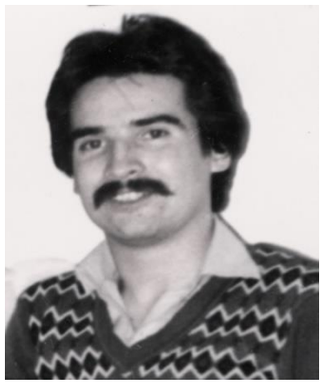
Se debe tener en cuenta que no todas las fuentes de información sobre los hechos hacen parte del presente expediente. Por ejemplo, se requirió a RCN por su material, y el periodista JUAN GOSSAIN, a la sazón jefe nacional de noticias, respondió que ya lo había entregado al Juzgado 35 de Instrucción Criminal, pero en el acervo probatorio del presente proceso no se logra identificar si está como parte del expediente o si corresponde a piezas aportadas de alguna otra manera.[45] Por lo tanto, nada se opone a que otras fuentes de información puedan llevar a nuevos reconocimientos.

## 10. DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS

Una vez fijados estos conocimientos preliminares y establecida la técnica a seguir, procede la Sala a presentar el resultado de la aplicación del método anunciado a cada uno de los casos atribuidos como desaparición forzada, mediante el video *Holocausto*, a la luz de las pruebas oportuna y legalmente allegadas al proceso, en verificación de lo apreciado por la primera instancia y contrastado con la sustentación en el recurso de apelación.

[45] F. 274 c. 45 a. i.

## 10.1 CARLOS AUGUSTO RODRÍGUEZ VERA



Esta víctima era un joven de 29 años, hijo, esposo y padre que se desempeñaba como administrador de la cafetería y estudiaba primer año de Derecho en la Universidad Libre.

Se reseñan en primer lugar los medios de prueba que suscitan ambigüedades, para descartarlos o asignarles credibilidad disminuida; enseguida se reseñan los medios que ofrecen conocimiento firmemente creíble, y finalmente se realizan las verificaciones que permiten a la Sala llegar al conocimiento superior a la duda razonable.

### 10.1.1 EVIDENCIA NO CONCLUYENTE

**1.** La intervención de **RICARDO GÁMEZ MAZUERA.** No se la puede tener como un testimonio, porque no fue sometida a confrontación; solo se cuenta con sus declaraciones unilaterales y extraprocesales. A pesar de que la Fiscalía no la utilizó, fue mencionada de paso por la primera instancia. El Tribunal encuentra necesario examinar su peso probatorio porque su contenido pudo incidir en alguna medida en la versión de algunos declarantes.[46]

En el primer escrito que dejó este supuesto informante, en lo relativo a CARLOS RODRÍGUEZ, señala:[47]

> "*… 2.1. Como participante activo en tareas de inteligencia durante los hechos del Palacio de Justicia, ocurridos los días 6 y 7 de noviembre de 1985, doy testimonio de lo siguiente:*

[46] GÁMEZ MAZUERA aportó un documento privado, autenticado antes de salir definitivamente del país. Se allegó posteriormente un documento producido en el exterior donde se ratifica, pero nuevamente queda sin confrontación; se trata del disco compacto denominado *"entrevista a RICARDO GAMEZ MAZUERA EN BRUSELAS APORTADO POR RENÉ GUARÍN CORTÉS",* marcado como 18 A.
[47] F. 111 c. 1 a. i. y ss.

*a) …*
*b) El señor Carlos Augusto Rodríguez Vera, administrador de la cafetería del Palacio de Justicia, salió del Palacio y fue llevado a la casa del florero sin ninguna lesión. De allí fue enviado a la Escuela de Caballería por orden del Coronel Alfonso Plazas Vega, quien dio las siguientes instrucciones: "me lo llevan, me lo trabajan y cada dos horas me dan informe". …*
*El señor Rodríguez Vera fue sometido a torturas durante 4 días, sin suministrársele ningún alimento ni bebida. Fue colgado varias veces de los pulgares y golpeado violentamente en los testículos mientras colgaba; le introdujeron agujas en las uñas y luego le arrancaron las uñas. Él siempre manifestó que no sabía nada de nada ni entendía lo que estaba ocurriendo.*
*Quienes estuvieron al frente de estas torturas fueron: el Capitán Luz, de aproximadamente 1.70 mts. de estatura, 80 kilos de peso, cabello crespo negro, bigote, acento cercano al costeño, y otro capitán de pelo rubio, quien manejaba entonces un Nissan Patrol azul y blanco. El señor Rodríguez murió durante las torturas. Su cadáver fue enterrado en secreto, probablemente en "los polvorines", cerca al sitio donde se hacen prácticas de polígono, en la misma escuela."*

Esta declaración ingresó subrepticiamente al debate y a la sentencia. Como allí no se le hizo crítica alguna, es importante tener en cuenta el contenido del Salvamento de voto en la sentencia del caso 2008-025, 2.1.2.3.2, donde se deja claro que el punto a) de ese documento fue totalmente desmentido: frente al dicho del informante, de que la señora RUTH MARIELA ZULUAGA DE CORREA, secretaria del magistrado CARLOS MEDELLÍN, fue rescatada herida y llevada al Hospital Simón Bolívar donde estaba bajo observación del doctor CRISTÓBAL SASTOQUE, y que fue secuestrada de allí por miembros del S2 de la Escuela de Caballería bajo amenazas al médico, muerta y devuelta al Palacio, se llamó a declarar al doctor SASTOQUE, quien negó que algo como eso hubiera sucedido.[48] Además, la víctima ZULUAGA CORREA fue encontrada carbonizada en el cuarto piso del Palacio. Los otros dos puntos del escrito de GÁMEZ también sufrieron similar desmentido total. Por esa razón, la Sala niega credibilidad alguna a su dicho.

**2.** La testigo **MAGALYS ARÉVALO,** empleada de servicios generales del edificio, inicialmente tratada como guerrillera, fue repetidamente preguntada sobre su vivencia en estos hechos. No registró haber visto a CARLOS en el segundo piso del Museo. Sin embargo se debe tener en cuenta que esta testigo llevaba pocos meses en Bogotá; posiblemente, pero no necesariamente, conocía o

[48]F. 66 c. 6 a. i., F. 203, c. 31 a. i.

identificaba a varias de las personas que allí desempeñaban diferentes funciones. Pero el hecho de que no reporte haber visto a CARLOS o a alguien determinado no puede tomarse como base suficiente para afirmar que ese alguien no estuvo en ese segundo piso, porque pudieron no coincidir en los mismos minutos, o en el mismo salón, y ella también estaba sometida a la angustia de ser sospechosa de guerrillera, hasta cuando alguien la identificó como empleada de servicios.[49]

**3.** Sobre el aspecto de que siendo CARLOS el más conocido de los empleados de la cafetería, no fue reportado por nadie como presente en el Museo en esos dos días durante el desarrollo de los acontecimientos, por ejemplo por el empleado judicial ORLANDO ARRECHEA OCORÓ, quien estuvo en el segundo piso de esas instalaciones desde la tarde del seis hasta el mediodía del siete, cuando fue llevado a la Brigada 13, conocía a los empleados de la cafetería y no lo vio allí,[50] se debe precisar:

- la salida del grupo de empleados de la cafetería sucedió después del mediodía del día 7, por lo cual ARRECHEA no los podría haber visto.

- varios rescatados no fueron llevados al segundo piso del Museo, sino que en el trayecto fueron introducidos en vehículos de auxilio, por ejemplo el conductor JORGE REINA,[51] y la guerrillera CLARA ELENA ENCISO, o en vehículos militares, según declaración del entonces Cabo segundo TIRSO SÁENZ.

**4.** El testigo Cabo segundo del Ejército **TIRSO SÁENZ** fue conductor de un vehículo blindado militar de los que tomaron parte en la operación de recuperación del Palacio.[52] Relató con precisión de detalles, y con confusión en algunos aspectos, posiblemente por el paso del tiempo, que al final de la batalla pudo salir del vehículo y observar algo de la destrucción de la escena. Estando sentado a la escotilla de su vehículo le pareció ver el ingreso de civiles en el vehículo Urutú manejado por el Cabo Primero CASTAÑEDA. Pero de lo que no duda es que cuando llegaron a su guarnición, la Escuela de Caballería, del Urutú descendieron cinco o seis civiles, entre ellos una mujer, lo que le llamó la atención pues esos son vehículos exclusivos para el transporte militar.

[49]Cuadernos Procuraduría 1, 5, a. i. 5, 19, 42, 44, 45, 47, 52, a. causa 14, 15.
[50]F. 76 y ss., c. a.i. 19.
[51]F. 40, c. 5 i. pr.
[52] Versión contenida en el CD 11.

Adicionalmente dio versión del comentario de su compañero el Cabo PINTO, conductor de otro Cascabel, sobre lo que sucedió en los días posteriores con los civiles; cómo murió uno, dónde lo sepultaron, dos fueron sacados del cuartel en un vehículo de la comandancia y no se supo más de ellos, otros dos murieron torturados y fueron sepultados en otro sitio de esas instalaciones. Pero estos últimos son datos obtenidos de oídas y sobre ellos se ha cuestionado su credibilidad, con alguna razón por ser referencias no confrontadas y porque estaría esperando beneficios a cambio de su relato;[53] por el contrario, sobre su percepción directa no encuentra la Sala que haya impugnación que deba ser próspera, a pesar de sus intentos de retractación o variación posterior.

**5.** Otra persona que dice, pero sólo en 2007, haber visto a CARLOS entrar al Museo, es el entonces abogado de la Alcaldía de Bogotá **CÉSAR AUGUSTO SÁNCHEZ CUESTA.** Declaró ante la Procuraduría el 16 de enero de 1986; dijo que conocía a CARLOS porque frecuentemente almorzaba en la cafetería, departía con él porque era amable y servicial, hablaban de temas de actualidad; pero no dijo haberlo visto ese 6 o 7 de noviembre saliendo vivo e ingresando al Museo, como sí lo vino a decir en 2007. Relató originalmente que el día viernes 8 se encontró con la esposa y el papá de CARLOS en el Palacio y logró entrar con ellos a buscarlo en las ruinas y después en algunos cuarteles militares, pero no les dijo que lo había visto salir conducido al Museo.[54]

Para la Sala, no es creíble que si lo hubiera visto salir no se lo hubiera dicho a la familia en ese momento, ni que los ayudara a buscarlo en los escombros y en otras instituciones sin decirlo, y que se guardara para sí el haberlo visto salir, durante más de 20 años. Confrontado sobre este punto, respondió que debido a amenazas que comenzó a sufrir no dijo desde el comienzo lo que había visto.[55] Pero si las amenazas existieron, fue después de que comenzó a indagar en los cuarteles militares, desde el día 8. Esa inconsistencia hace que a la Sala no le merezca credibilidad alguna este testimonio.

[53]Los beneficios que este ex-militar pretendía, expuestos dentro de la misma declaración citada, a cambio de su declaración eran su traslado a Bogotá por la cercanía a su familia, su aislamiento, seguridad para su familia; son comprensibles para una persona que paga larga condena por delitos cometidos después de su desvinculación del ejército, por lo cual para esta Sala no son motivo de disminución de credibilidad.
[54]Fols. 236 a 242, c. 16 a. c.
[55]Fols. 63 a 69, c. 50 a. i.

**6.** La declaración del soldado **JOSÉ YESID CARDONA GÓMEZ** es ilustrativa de los primeros momentos de la recuperación, aunque no resulta concluyente.[56] No hay duda de que era soldado adscrito al Batallón de Artillería bajo el mando del Mayor FRACICA, y entró al Palacio entre los primeros protegidos por uno de los vehículos artillados.[57] Relató que al entrar detrás del vehículo se dirigieron al fondo (norte) por el costado oriental interno del Palacio, y luego fue enviado a revisar la cafetería (que quedaba en el occidente). Encontró personas escondidas bajo el mesón, ayudó a rescatar primero un grupo de ocho a quienes entregó en la Casa del Florero; después, a dos que dijeron ser el administrador y una empleada, los entregó a otros soldados sin salir del Palacio.

El soldado CARDONA, al regresar al frente de batalla en el costado oriental interno del Palacio (al parecer en el segundo piso) fue herido por la espalda por una granada lanzada desde afuera, y fue llevado al Hospital Militar. Está confirmado, en la transcripción de comunicaciones militares, que el Mayor FRACICA pedía ayuda para que no les lanzaran *fuego amigo* desde el exterior, y que ya le habían herido a un soldado, el que resulta ser YESID CARDONA.

Por otro lado, del grupo inicial rescatado, entre las dos y tres de la tarde del miércoles 6, hay varios testimonios que, como se verá en 10.6, dan razón de al menos una empleada de la cafetería, LUZ MARY PORTELA, llegando herida en un brazo, en fila hacia el Museo. De los empleados de la cafetería que entregó sin salir del edificio no se tiene versión alguna de que hayan salido enseguida o ese mismo día. En cambio, ya el jueves al final de la operación, en videos de reconocimiento se observa a algunos empleados abandonando el Palacio. Se deduce que pudieron ser retenidos en la bodega y cuarto de aseo interno de la cafetería, donde después fueron encontrados entre otras cosas el carnet de CARLOS RODRÍGUEZ y las llaves de la caja registradora, llaves que solo la cajera y el administrador manejaban.[58] Esa bodega era bastante amplia, como se ve en la foto siguiente,[59] por lo que perfectamente pudo albergar a varias personas hasta el final.

Como desde un comienzo algunos militares consideraban que los empleados de la cafetería podían ser sospechosos de haber apoyado a la guerrilla, era

[56]Cuadernos a. i. 9, 21 y 52.
[57]F. 7, c. 36 a. i., transcripción de comunicaciones militares.
[58]Cecilia Cabrera, F. 97 c. 20 a.i.
[59]Foto archivo de El Colombiano, CD 1A, "Cromos # 76", Inspección en El Colombiano, foto 19.

razonable que los hubieran retenido hasta el final. No hay que olvidar que un comandante de inteligencia militar le dijo al abogado ERNESTO AMÉZQUITA, de la Asociación de Abogados Litigantes, que seguramente esas personas estaban involucradas en la toma del Palacio.[60]

De todas formas, del testimonio del cabo YESID CARDONA surge alguna ilustración de cómo pudieron suceder ciertos momentos, pero no implican corroboración ni refutación de la hipótesis propuesta.

**7.** La declaración del suboficial (r) **EDGAR VILLAMIZAR** fue dejada de lado por la primera instancia, dadas las irregularidades formales de su práctica –que también hacen parte del debido proceso probatorio-, pero especialmente porque no fue un medio practicado completamente, sino que se interrumpió para continuarlo en fecha imprecisa, lo que nunca sucedió. Así, se privó a todos los sujetos procesales del derecho y la oportunidad de confrontarlo, como resultado de la deficiente práctica de la prueba, lo que se deberá corregir en la continuación de las investigaciones.

A pesar de que la primera instancia haya desechado esta declaración, la Sala considera importante hacer una apreciación general de su relevancia, en cuanto puede resultar en apoyo circunstancial para la presente providencia.

[60]Cecilia Cabrera, F. 97 c. 46 a. i.

El precedente horizontal, apartado 7.1.4.11.3.3, página 392, superó los defectos procedimentales de esta diligencia y avocó su conocimiento. La presente Sala considera que el contenido importante de esa declaración está en que dice, 21 años después, que llevaron a la Escuela de Caballería a cinco personas (lo que coincide con lo relatado por el cabo TIRSO SÁENZ); uno de ellos –VILLAMIZAR no describe a otros- *"… un señor con buzo no recuerdo si era **blanco o beige**, pero no recuerdo si era ese que llaman cuello de **tortuga**"…* "*Me acuerdo que se peinaba por la mitad, y se veía que el tipo tenía el cabello bien cuidadito, era más cortico que el que tenía Leonel Álvarez cuando jugaba con la selección, la cara no era muy robusta, tampoco muy acuerpada. … No era un bigote estilo Pancho Villa pero sí un bozo que digo yo "quiebranovias", el pelo era onduladito, de noche no distinguí el color…";* los custodió en las pesebreras, *pudo oír y darse cuenta de la torturas*. *Cuando era torturado ese señor dijo que no le hicieran eso, que él era de la cafetería;* después el torturador, sargento ACHURY, salió precipitadamente y le dijo al sargento GAMBOA: "…*curso, curso, se me fue este hijueputa…"*, es decir, el torturado había muerto. GAMBOA *temblaba como una gelatina*. Después, GAMBOA y ACHURY *empacan a la persona en una bolsa plástica negra y se la llevan a donde estaban las pesebreras*. También escuchó los gritos de tortura a una mujer; de allá viene el Sargento CORREDOR y le dice "*Huy, tenaz, hermano. Yo de esta mierda me retiro…"*; al rato sale el uniformado ARÉVALO y dice: "… *manito la cagué, la cagué,… maté esa vieja…".*[61]

Sobre la permanencia de su memoria, si bien el testigo ha dicho que con el tiempo ese recuerdo lo atormentaba constantemente, y por eso puede ser entendido lo vívido de esos detalles, también es posible que el recuerdo esté seriamente contaminado por la información obtenida con posterioridad, sumada poco a poco, imperceptiblemente, máxime cuando el testigo se ha mantenido vinculado al asunto y siguió perteneciendo a las instituciones de fuerza pública, seguridad e investigación criminal, lo que no le ha permitido dejar de pensar en esos hechos.[62]

[61]F. 246 y ss., c. 19 a. i.

[62]El testigo cree que las tragedias sucedidas a sus compañeros de operación se deben a sus conductas indebidas en esa ocasión:*"Miren cómo es la compensación de la vida, llegamos al llano y cada uno se fue para su grupo y Arévalo, una vez borracho, se pone borracho y coge a plomo las campanas de la iglesia de Granada, la bala se va y le da a una señora embarazada en un seno. Ahí empezó la desgracia de él, porque al poquito tiempo, a Arévalo Garavito le matan los dos hijos. Arévalo se retira del ejército y se pone a perseguir a Garavito y en una de las persecuciones cae en un retén de las FARC y las FARC lo reconocen, en un sitio que llaman Cacayán… después de eso a toda la gente le comenzó a ir mal. A mí no porque yo rezaba por esas almas que yo había visto cómo las habían tratado. Se mata Merchán saliendo borracho de la 7ª Brigada, … Acosta, borracho, no vio una vaca acostada en la vía, se le puso de frente y salió por encima. Cáceres, a él lo matan las autodefensas de Víctor Carranza, en la Picota. Volviendo al cuento con esto, Arévalo sale*

Para esta Sala, este relato es evidencia corroborativa para inferir que hubo personas sospechosas de ser guerrilleros que fueron llevadas del Palacio a la guarnición militar, que fueron torturadas y muertas; pero es insuficiente para construir alguna convicción específica sobre quiénes serían las personas torturadas y muertas. Por ser de la cafetería, por la forma del pelo, por el bigote, el hombre referido podría ser CARLOS RODRÍGUEZ; por las condiciones para la percepción visual, como sobre el color del pelo y forma del cuello del suéter o buso, no hay seguridad. Sobre la mujer, sólo afirma que tenía falda de cuadros; pudo ser CRISTINA GUARÍN, pero no se tienen más datos para conjeturar acerca de su identidad.

Hay deficiencias que surgen de esta prueba y de su contexto, como la no disponibilidad del video que se dijo se estaba tomando de esa diligencia, la no continuación de la declaración del testigo -aunque nada impide que en el futuro tenga lugar-, y la no disponibilidad en esta actuación de declaraciones de los diferentes intervinientes en esa oportunidad. Esos aspectos impiden a esta Sala pronunciar un juicio de plena credibilidad sobre la declaración de EDGAR VILLAMIZAR ESPINEL. Pero la prueba decisiva en esta sentencia no es lo que dice este testigo, sino la que se desarrolla a lo largo de este capítulo.

**8.**LA DEFENSA destacó (6.9.1) que el informe pericial sobre el reconocimiento por video concluyó que el material era muy difuso y por ello no se pudo hacer la comparación morfológica. Ante esto, se reitera que un estudio técnico-científico de morfología necesitaría bases muy exactas de comparación para llegar a definir las medidas milimétricas, proporciones y características individualizadoras, es decir, un conocimiento experto sobre el sujeto en estudio, pero ese conocimiento está muy lejos del derivado de la experiencia común o diaria de sus familiares y allegados, ninguno de los cuales

---

*asustado y con Gamboa empacan a la persona, y se la llevan para el lado de las pesebreras. Ahí lo curioso es que, yo no sé entre cuantos ni quiénes, volvieron a abrir un hueco y sacaron un caballo que estaba muerto y ya estaba encima del encementado y ahí pusieron los cuerpos, en eso pusieron a trabajar soldados. Eso fue como el 8, porque la gente ya estaba empezando a aglomerar aquí al frente y ya estaba empezando a preguntar por la gente. En esa época, no me acuerdo como era que se llamaba, un doctor que estuvo en la comisión de paz con Noé Ríos, que murió jugando Polo, estuvo haciendo manifestaciones con la prensa. Ahí los jetiaron, eso es algo que me ha dado vueltas, que me ha tenido preocupado, ver a los compañeros, voltiando y dando vueltas. En realidad yo ya quiero como pausarme un poquito porque yo no he podido tener un hogar, mi mamá se murió, mi papá se fue con otra persona, parece uno un judío errante, hablo porque pienso que ellos, las almas dicen hasta que no hable, no lo dejamos descansar. Es que no crea, ver uno, ahorita se me pusieron los ojos aguados de ver la persona como quedó….".*

Se ha transcrito este pasaje para que se aprecie la riqueza de detalles, aspecto que sirve de criterio para asignarle credibilidad a ese testimonio.

normalmente estaría en capacidad de precisar esa clase de detalles. Recuérdese la regla de experiencia formulada por la Sala en 9.3.5, *supra.*

**9.** El hecho de que el Consejo de Estado en sentencia que reconoció perjuicios haya asumido que probablemente CARLOS murió en Palacio es una conclusión válida y suficiente para esa providencia, pero no vinculante para esta instancia. Se debe tener en cuenta que la jurisdicción administrativa se pronuncia sobre los perjuicios sufridos por los familiares de las víctimas porque se comprobó que estaban allí al momento de los hechos y que no aparecen desde entonces, lo cual genera una responsabilidad del Estado, pero no se pronuncia sobre el concepto penal de la existencia de delito de desaparición forzada ni de quiénes son sus autores.[63] La jurisdicción administrativa no juzga la responsabilidad del Estado bajo las categorías del Derecho penal ni depende de las providencias que en ésta se tomen, pues son áreas autónomas y aplican la libertad probatoria y argumentativa dentro de su propia dogmática, lo mismo que la jurisdicción penal valora pero no queda vinculada por las motivaciones que se presenten en aquella dentro de la naturaleza diferente de su función.[64]

## 10.1.2 EVIDENCIA PERSUASIVA

La práctica probatoria, la valoración propuesta por la Fiscalía y la motivación expuesta por el juzgado *a quo* (5.12.1 *supra)*, examinadas por esta Sala, presentan motivos de credibilidad, aunque también algunas inconsistencias, por lo que se hace necesario en primer lugar examinarlos en su peso probatorio, y luego confrontar su información evidencial para corroborar o descartar las conclusiones de la instancia.

**1. ENRIQUE RODRÍGUEZ**, padre, dijo haber recibido noticia del doctor ARIEL SERRANO, de haber visto y saludado a CARLOS cuando ya estaba él rescatado en el Museo el miércoles 6; pero el doctor SERRANO declaró no haber afirmado tal cosa, sólo que le pareció que podía ser CARLOS, visto de medio lado, y que algún tiempo después confirmó con el magistrado CHIROLA que no era CARLOS quien estaba allí.[65] Queda desvirtuada esta versión, pero se

[63]Puntos b, c, g, h, propuestos en el punto 6.9.1 de la defensa.
[64]Cfr. Auto de 17/09/2103, en radicado 2500023 26000 2012 00537 01, C. P. Jaime Orlando Santofimio.
[65]F. 254, c 12 a. i.

fortalece la de que en realidad salió el día 7, en el grupo final que abandona el Palacio.

**2. ENRIQUE RODRÍGUEZ**, y **CESAR RODRÍGUEZ,** hermano, afirman con diferentes grados de seguridad reconocer a CARLOS en el video de la salida el 7 de noviembre, como se aprecia en los apartes transcritos de las diligencias.[66] Aunque la forma de expresión del padre *(se parece, me parece, cada vez se me parece más, entre más lo veo más seguro estoy…)* podría tomarse como dubitativa, también tiene la capacidad de reflejar el grado de conocimiento positivo necesario.[67] El hermano, por el contrario, es completamente asertivo. Ambos llegan a este reconocimiento sólo en las diligencias de 2006 y 2007, sobre los videos recibidos del Coronel PLAZAS VEGA en diligencia en su residencia.

**3. RENÉ GUARÍN**, allegado a la familia por muchos años y habitante del mismo barrio (los padres de ellos tenían una amistad antigua), lo reconoce plenamente, por el pelo, la forma del cuerpo, la manera como camina *("rodillijunto patiapartao, así caminan todos los Rodríguez")*, aunque solo en la diligencia de 2006, no en la de días cercanos a los hechos, y sobre los mismos videos atrás mencionados.[68]

Para la Sala, en general es común que por el paso del tiempo se desvanezca el recuerdo, en otros casos se componga o asimile con otros, o simplemente se difumine, según los estudios sobre la memoria atrás mencionados. Recordemos que la evolución de la memoria es diferente en el caso de alguien tan amado como un hijo, un hermano o un esposo, de quien se puede decir que permanece un recuerdo vívido, aún 21 años después, máxime cuando el asunto ha sido de permanente preocupación, mientras si se tratara de una persona lejanamente conocida la imagen se desvanecería fácilmente. Habla muy bien de la honestidad del doctor ENRIQUE RODRÍGUEZ, antiguo funcionario judicial, el que haya afirmado que entre más ve la grabación, la persona que va saliendo del Palacio más *se le parece* a CARLOS, así como de los demás declarantes citados quienes afirman el enorme parecido sin

[66]F. 155, c. 5 a.i.

[67] El doctor ENRIQUE RODRÍGUEZ, el 11 de abril de 1986, en TVE, ante la cinta 2, preguntado si el joven acompañado por un soldado se parece a su hijo Carlos, contestó que no le parecía, y relata que él fue el primero en ver esa grabación y la hizo ver de otros familiares con el mismo resultado; el 15 de mayo de 2006 otra vez en TVE, sobre la misma grabación dice que podría ser su hijo el hombre de buzo azul. Cuando ve varias veces esa imagen, dice: "… *cada vez que lo veo más convicción tengo de que puede ser mi hijo*…".

[68]F. 25, c. 6 a.i.

atreverse a afirmar la certeza absoluta. Ese nivel de conocimiento y convicción íntima es valorado por esta Sala como representación del nivel de seguridad de que su afirmación correspondía a su realidad vivida, la que expresan en términos muy objetivos (como que *se le parece mucho* pero no podría jurarlo), diferencia que significa la brecha entre la *certeza* y la *superación de la duda razonable*, que para la Sala es el nivel de conocimiento posible y verdaderamente exigido por la ley para pronunciar una sentencia condenatoria, según se expuso atrás.

La defensa, por su parte, interpreta que el giro *le parece* niega la convicción de conocimiento, calificación que sin ser arbitraria obviamente corresponde a su interés y la Sala no encuentra acertada.

**4. CECILIA CABRERA,** su esposa,[69] graduada universitaria en economía, se aprestaba a ir en la fecha de los hechos a la cafetería para comenzar a retomar su puesto de cajera y coadministradora, luego de la licencia de maternidad por su primogénita. Dijo inicialmente en 1985 *"…no tengo razón cierta si mi esposo salió o no con vida del Palacio de Justicia, los rumores dicen que a ellos los sacaron en una tanqueta por el sótano…"* Posteriormente pasó por numerosas diligencias de testimonio y de reconocimientos documentales.

Declaró entonces que CARLOS vestía de *gris*; de camisa gris claro y buzo también gris pero más oscuro;[70] quienes dicen reconocerlo saliendo del Palacio el jueves 7 de noviembre, lo identifican como la persona que sale de buzo *azul*.[71] Ella misma dice en 2006 verlo en el video saliendo, con buzo gris, cuando los demás dicen que el buzo es azul. La Sala evaluará si podría tratarse de un color original no suficientemente definido, intermedio entre los dos señalados, o una especial condición de percepción visual de la testigo.

En la declaración contenida en folios 48 y siguientes del cuaderno 20 de la instrucción, rendida el 16 de agosto de 2007, al observar el video *recibido en la inspección en la residencia del Coronel PLAZAS VEGA,* dice ver saliendo a CRISTINA GUARÍN en hombros de un soldado; luego le parece ver a GLORIA LIZARAZO. Reconoce enseguida a BERNARDO BELTRÁN, a quien ve salir de frente. Luego ve salir, en 36':04", a su esposo CARLOS *con la misma ropa* con que salió ese día; lo reconoce por el cabello, la forma como se peinaba hacia

[69]Declaraciones de CECILIA CABRERA. F. 96 c. 46 a. i.,F. 106 ib., CD 19, 27 abril 2009.
[70]F. 296, c. 5 a.i.
[71] Ib., F. 155.

atrás y le caía a los lados, despelucado, su bigote poblado, cejas rectas, el lóbulo de la cara, porte, estatura, cuerpo, su forma de correr. Repite la descripción de la ropa, insiste en que el pantalón es gris oscuro, la camisa de corbata es gris, el buzo es *gris*, más claro que el pantalón. Concluye "*cien por ciento es CARLOS*".[72] De los anteriores no tiene ninguna duda. Hay otra persona enseguida, en 36:10", quien le parece que es DAVID SUSPES, quien sale de frente.

A continuación se proyectó el CD 8A, en el que se ratifica plenamente, y se corrige únicamente en cuanto a GLORIA LIZARAZO, sobre la cual dice, *si me hubieran mostrado primero éste no habría dicho que era ella,* autocorrección que fortalece la credibilidad general de su declaración.

Preguntada sobre si había realizado reconocimientos sobre estos hechos en otras oportunidades o ante otras autoridades, dejó en claro que sí había visto otros videos, pero *"no este, vi un video donde también manifesté sobre mi esposo y también sobre Bernardo*…". Agrega:

> ***"Inmediatamente ocurridos los hechos miramos varios videos y siempre dijimos que en uno de los videos de la televisión española, la persona que hoy identifico como Carlos nuevamente, correspondía a Carlos.*** *También que el video más nítido que hemos visto o que he visto, es el primer video que me mostraron en el día de hoy en esta diligencia".*

Es decir, no precisa haber visto este video antes, pero en todo caso no es un reconocimiento tardío, ni sorpresivo, ni acomodado, el que ahora manifiesta.[73]

La forma de las declaraciones tempranas de ENRIQUE RODRÍGUEZ, CESAR RODRÍGUEZ, RENE GUARÍN y especialmente la de CECILIA CABRERA, muestran un ánimo objetivo aunque naturalmente afectado por la tragedia que les sobrevino, aumentado por el agravio que les significó el haber sido tildados CARLOS y sus compañeros, después de los hechos, de auxiliadores de los

[72]La permanente afirmación de CECILIA CABRERA de que el buzo de CARLOS es gris, mientras para los demás es azul, obligó a la Sala a determinar esa diferencia con el comprobador de colores de la aplicación utilizada para elaborar el *video Holocausto,* con el sorprendente resultado de que es más gris que azul, como se verifica en los pasos 10 a 17 de la descripción paso a paso de este sector del video, 3'13" a 3'46".
Además, no es la única ocasión en que hay esta ambigüedad de colores: preguntada la estudiante del Externado YOLANDA SANTODOMINGO sobre cómo vestía ese día su compañero EDUARDO MATSON, dice que tenía "… *medias azulitas tirando a gris*". Cfr. F. 237, c. 51 a. i.
[73]F. 51 c. 20 a. i.

subversivos; se mantienen serenos hasta donde es posible, y coherentes a lo largo del extenso transcurso del tiempo.

Estos testimonios plurales y convergentes acerca de CARLOS ofrecen un muy alto grado de credibilidad, aunque por sí solos no alcanzan a llevar a la Sala a un pronunciamiento definitivo de *salido vivo*. Por ello decidió la Sala realizar el ejercicio técnico de corroboración.

### 10.1.3 CORROBORACIÓN: video *HOLOCAUSTO*

Comenzó la Sala por buscar una imagen confiable de CARLOS RODRÍGUEZ, en fotografía reciente a los hechos, y seleccionó la que se encuentra en medio magnético, CD No. 1A Inspección judicial en la revista "Cromos". Tiene en brazos a su hija de menos de un mes de nacida, por la cual su esposa CECILIA CABRERA estaba de licencia y CRISTINA GUARÍN la remplazaba en la caja de la cafetería. No se seleccionan otras imágenes del mismo porque no son tan recientes y parecen ser fotografías retocadas, en las que se suprimen o acentúan luces o sombras.

**1.** Según la impresión fotográfica allegada y la descripción realizada por su esposa CECILIA CABRERA, CARLOS tenía una estructura corporal ectomórfica, aparentemente con una silueta en H, pero "no con demasiada delgadez o estrechura". Lo describe como una persona de 29 años de edad, aproximadamente 1.78 metros de estatura, 65 kilos de peso, tez blanca, nariz aguileña, ojos color miel, cabello liso castaño oscuro, se peinaba hacia atrás, tenía bigote y frente amplia. Había tenido amputación de los dedos pulgar, índice y medio del pie izquierdo.[74]

[74]F. 296, c. 5 a. i. y F. 69, c. 60a. i.

En efecto, al observar el registro fotográfico de CARLOS, se establece que su rostro tiende a ser rectangular, tiene nariz aguileña, cabello abundante oscuro, peinado hacia atrás, sin carrera o división, formando una especie de onda en su caída. Tiene un destacado bigote oscuro. Esta fotografía fue tomada 4 días antes de la toma del Palacio, cuando su hija contaba con apenas 35 días de nacida.

De su motricidad vale la pena destacar que RENÉ GUARÍN, al identificarlo en video que se puso en su conocimiento[75], destacó su forma de caminar precisando que *"los Rodríguez todos caminan de la misma forma, los conozco desde hace 40 años, caminan con las rodillas juntas y los pies apartados"*.

**2.** En el siguiente paso, se ubicaron los apartes pertinentes de los videos disponibles referidos por los testigos donde dicen ver a CARLOS saliendo del Palacio: CD 18, de TV Española, y CD 8A.

Se examina el video del CD 8A, tomado desde frente a la puerta del Palacio; se ve por esa puerta el fondo claro del patio, con la estatua de José Ignacio de Márquez en el centro. Se puede apreciar si las personas salen desde el costado oriental o desde el costado occidental. Se sabe que la cafetería quedaba al occidente, entrando por la puerta principal hacia la izquierda o carrera octava,

[75]F. 45 c. 20 a. i.

en el primer piso, y dentro de ese costado había mesas y área de atención al público, barra de autoservicio, zona de cocina y una pequeña bodega y baño al fondo, hacia el noroccidente. A la derecha de la puerta principal en el sector oriental o hacia la carrera séptima estaba el auditorio, y al fondo la biblioteca.

Observado con todo detenimiento este documento desde el comienzo, se aprecia que desde el oriente del Palacio están saliendo rehenes, primero nueve mujeres caminando, quince mujeres alzadas de diferentes maneras por los soldados, cinco en camilla. En el minuto 1':50" sale desde el sector oriental, en hombros de un soldado, una mujer de quien se dice es CRISTINA GUARÍN. Hay soldados que cruzan corriendo en ambas direcciones en el patio. Pasan algunos segundos y entonces sí comienza a salir alguien, un hombre de traje y corbata, desde el occidente. Hay un salto o corte en el video. Aparece un grupo nutrido que viene de occidente, primero un hombre de traje cojeando en un pie.

Por el relato reiterado de testigos se sabe que el jefe guerrillero ALMARALES autorizó en el último momento que del reducto del baño del segundo piso salieran las mujeres, incluidas guerrilleras, y después los rehenes hombres se atrevieron a salir, al parecer por encima de la voluntad de los guerrilleros hombres que sí se quedaron a afrontar el final. Testimonios como los de ROSA HELENA CONTRERAS, HILDA DÍAZ DE AGUDELO, JORGE ANTONIO REINA ORJUELA y DARÍO ENRIQUE QUIÑONES PINILLA[76] aseguran que los empleados de la cafetería no estuvieron allí, en los baños del segundo y tercer piso.

Justo enseguida de aquel hombre de traje que sale cojeando, van saliendo BERNARDO BELTRÁN, CARLOS RODRÍGUEZ, DAVID SUSPES, y varios otros no identificados. Se deduce que la mayor parte del grupo de la cafetería permaneció en su sitio, o muy cerca de él, hasta el final. Con este grupo de la cafetería pudo salir CRISTINA GUARÍN, pero no se logra captar con seguridad imágenes de ella u otras de las desaparecidas.

Es en este CD 8A, comienzan a salir mujeres rehenes; enseguida salen hombres; en 2':15", CECILIA CABRERA relata con firmeza ver salir a su esposo CARLOS RODRÍGUEZ; lo reconoce por la ropa que lleva y por su forma de caminar. Luego ve salir a quien dice le parece es DAVID SUSPES.

[76]F. 33, 37, 41, 48, c. 44 a. i.

En el CD 18, ya no de frente a la puerta del Palacio sino en toma lateral, desde el oriente hacia el occidente, ubicada la cámara frente a la Casa del Florero, la salida del joven identificado como CARLOS RODRÍGUEZ se registra durante 18 segundos de grabación, en posiciones de frente y momentáneamente de lado; se aprecia perfectamente la forma y contorno de la cabeza, el estilo del corte y abundancia del cabello, la existencia y forma del bigote, la línea y abundancia de las cejas, la expresión de angustia -diferente a la de alegría de la foto original-, el trote cansino y presionado por soldados. Su desplazamiento, en comparación con el de otras de las personas que se observan salir literalmente "corriendo del palacio", no parece una carrera ágil y voluntaria, sino más bien con signos de agotamiento o dificultad en el trote, lo que puede deberse a su falta de algunos dedos del pie izquierdo.

**3.** La observación detallada y repetida de estos apartes de grabación permite a la Sala afirmar que el joven analizado tiene una estructura corporal proporcionada de hombros, tórax, cintura y caderas que se sugiere más próxima a la ectomórfica y en "H" que a otra caracterización. La definición de la forma de la cabeza, volumen y contorno de cabellera, sombra del bigote, conjunto del cuello y hombros, se corresponde plenamente con la de la fotografía de referencia, como de una forma rectangular. El peinado que muestra en esta foto es consistente con el movimiento del cabello durante el trote al que es compelido en el trayecto filmado. Los rasgos faciales que se alcanzan a percibir, como color de la piel, línea de inserción del cabello, proporción de la frente, mejillas y mentón no dejan lugar a la duda de que se trata de la misma persona.

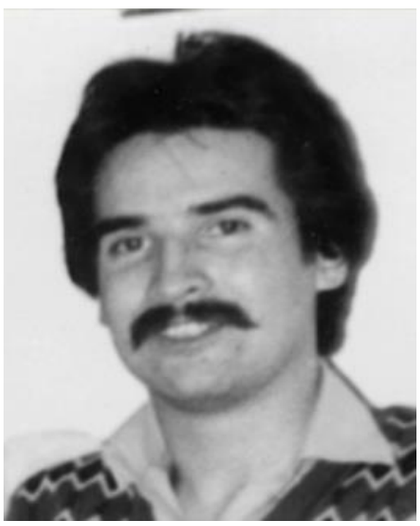
Se elaboró el segmento del video HOLOCAUSTO relativo a CARLOS RODRÍGUEZ, el que se encuentra entre los minutos 0'25" y 3'35" y se discrimina así:

| Paso | Minuto' segundos" | Descripción |
|---|---|---|
| 1 | 0'25" a 0'44" | Foto fija de CARLOS RODRÍGUEZ; enseguida, foto fija completa de origen, en familia. |
| 2 | 0'45" | Del CD 18, Primeras imágenes de salida, cámara movida. |
| 3 | 0'47" | Cámara estable, joven de cuerpo completo, reconocido como CARLOS RODRÍGUEZ. |
| 4 | 0'48" | Sometido por dos soldados, forcejea. Otro soldado lo requisa. Cabello abundante, suéter de lana con líneas, gris-azul, probablemente el mismo de la foto fija. |
| 5 | 0'50" | Perfectamente de frente, centrado, completo. |
| 6 | 0'53" a 1'06" | Ocho pasos corriendo, conducido por soldados. |
| 7 | 1'07" | Desaparece tras soldados. |
| 8 | 1'08" | Se repite desde 4, con una flecha roja de seguimiento y en cámara lenta. |
| 9 | 1'11" | Se repite y fija el momento de aparición y giro a su derecha por requisa de un soldado. La imagen detenida en este punto muestra líneas y grabados del suéter que en el resto del video no se aprecian. |
| 10 | 1'15" | En esta posición estática se aplica la herramienta Comprobador de Gamas de Colores (círculo movible a voluntad que identifica el color del objeto centrado y en general los colores presentes en la imagen que se analiza), para dilucidar la aparente contradicción |

| Paso | Minuto' segundos" | Descripción |
|---|---|---|
| | | sobre si el suéter o buso es gris o azul. Esta herramienta indica las gamas de colores que se registran en la imagen. |
| 11 | 1'16" | El comprobador registra el rojo oscuro de la blusa de una rescatada, esquina superior izquierda. |
| 12 | 1'21" | Aplicado el comprobador al saco de CARLOS, muestra que es Gris, en varios tonos claro-oscuro. |
| 13 | 1'25" | Al final el comprobador muestra un gris-azul oscuro |
| 14 | 1'38" | Calibración del comprobador: en la esquina inferior derecha, el color naranja de un uniforme de Defensa Civil, el comprobador muestra naranja. |
| 15 | 1'40" | Comprobación de negro. |
| 16 | 1'43" | Comprobación de blanco, ocre, rojo. |
| 17 | 1'46" | Regresa a CARLOS, comprobación de gris oscuro. En fin, unas personas dicen que es azul, otros que es gris; el comprobador puesto sobre él no muestra color azul, sino gris oscuro. |
| 18 | 1'51" | Otro video, el de TV Española: como se ha puesto en duda si el anterior muestra que CARLOS tiene bigote, se comprueba con éste. Aparece desde la salida del palacio, de cuerpo completo, camina por la superficie plana del atrio del Palacio, conducido por un soldado. |
| 19 | 1'55" | Baja las escaleras. |
| 20 | 1'59" | Desde cuando baja las escaleras, hasta cuando es conducido por dos soldados; se aprecia su bigote, que en el otro video no es tan notorio. |

| Paso | Minuto' segundos" | Descripción |
|---|---|---|
| 21 | 2'09" | Se repite desde el paso 18. |
| 22 | 3'06" | Momento fijo y ampliado para comprobar detalles |
| 23 | 3'15" | Comparaciones con foto inicial |
| 24 | 3'35" | Fin. |

La siguiente secuencia impresa en papel es una muestra de algunos de los momentos y de los resultados que se aprecian en este video.



Carlos Augusto Rodríguez Vera, tres días antes de los hechos

tve

En el momento en que gira a su derecha aparecen los visos de los grabados del buso que hacen ver que puede tratarse del mismo que tenía en la foto con su esposa y su hija días atrás. En la siguiente, aparece más claro que tiene bigote.

Como conclusión de esta corroboración de evidencia documental, la Sala encuentra totalmente razonable el reconocimiento que los familiares y conocidos de CARLOS RODRÍGUEZ han hecho de él en estas imágenes. La similitud entre la imagen de referencia previa y la de salida del Palacio es plenamente convincente para este juez colegiado, tanto como para pronunciar más allá de toda duda razonable que se trata de la misma persona. El parecido que sus allegados encontraban entre la persona real que conocían y las imágenes de video, está completamente justificado; no corresponde a afirmaciones meramente emocionales con el ánimo de ver en cualquiera otra persona la figura de su hijo, esposo o hermano, sesgados por la angustia o la esperanza de encontrarlo. Por lo tanto se debe reconocer que sus testimonios reflejan la verdad de su conocimiento, y así lo verifica la Sala con su propia percepción al observar detallada y repetidamente las grabaciones, segundo a segundo y en cámara lenta.

**Con base en esta comprobación testimonial y gráfica, la Sala declara que CARLOS AUGUSTO RODRÍGUEZ VERA salió vivo de los hechos del Palacio de Justicia el 7 de noviembre de 1985, quedó bajo control de miembros del Ejército y no se tiene noticia de él desde esa fecha, por lo cual está desaparecido forzadamente.**

## 10.2 CRISTINA DEL PILAR GUARÍN

Esta joven graduada en ciencias sociales, se desempeñaba como cajera en la cafetería del palacio mientras le llegaba la oportunidad de un viaje de especialización en el exterior.

**1.** Quedó resumido en 5.5.2 que después de los hechos, su padre JOSÉ MARÍA GUARÍN y su hermano RENÉ GUARÍN recorrieron el Palacio, sin hallazgos concretos. Este último describió la vestimenta que su hermana portaba, *una falda a cuadros **rojos y azules, escocesa**, una blusa **rosada.***[77]

Lo primero que debe registrarse es que el 13 de noviembre de 1986, un año después de los hechos, RENÉ GUARÍN dijo: “No tengo elementos de juicio para decir que mi hermana está viva o muerta, considero sí que se encuentra desaparecida”, y a lo largo de esta declaración no da signo alguno de haber

[77]F. 22 c. 6 a. i.

visto directamente o haber recibido de otra persona información de que CRISTINA hubiera salido viva.

Al proyectarse en 2006 el DVD 1 de Patrimonio Fílmico Colombiano, *identifica a la izquierda de la pantalla, un poco arriba, en hombros de un militar a una mujer que es sacada por el centro de la portada del Palacio, que corresponde a la misma identificada en el video TVE en el punto 01:03:16;*[78] esta persona, a juicio del testigo, podría tratarse de su hermana.

El 4 de septiembre de 2006 la Fiscalía obtuvo información de los hechos en inspección judicial en El Colombiano, imágenes que le fueron puestas de presente a RENE GUARÍN, ante lo cual dijo que esa –que señala- es la persona que siempre han dicho con su papá, que es CRISTINA. La imagen que dice reconocer es aquella donde aparece una mujer sacada en hombros de la edificación judicial por un soldado, mujer que tiene cabello corto, no tiene zapatos y lleva una falda a cuadros.

En diligencia del 16 de agosto de 2007, la Fiscalía exhibe el video recibido en la residencia del Coronel LUIS ALFONSO PLAZAS VEGA, en la que RENE GUARÍN señala que e*sa es CRISTINA, por la falda que llevaba ese día,* ***roja, escocesa,*** *la blusa* ***roja*** *de moño con una especie de corbata y la tiene en una posición que le cae (...) y lo más importante es que es ella.*[79]

En el otro documento proyectado en la misma diligencia y aportado por ANA MARÍA BIDEGAÍN DE URÁN, CD 37A, señala el mismo testigo en el punto 00:01:51, en una toma frontal hecha desde la Plaza de Bolívar, *"ahí va saliendo Cristina".*[80]

No hay unidad entre los declarantes sobre el color de la blusa, rosada o roja. Estos dos colores tienen base común, pero su degradación es tan cercana que la confusión fácilmente se podría explicar por la capacidad de percepción sensorial de los testigos, por el efecto técnico de la grabación, o por el deterioro de los originales por el paso del tiempo. Sobre la falda, de cuadros rojos y azules, o escocesa, habría algún parecido, pero no seguridad de que se esté expresando lo mismo. La imagen no muestra completa la cara de la mujer, sólo desde atrás su lado derecho, como para hacer una afirmación incontestable. Pero con lo que se puede observar, no se parece a las facciones

[78] Ibídem, F. 25.
[79] F. 42 c. 20 a. i.
[80] Ibídem, folio 44.

conocidas de CRISTINA. En fin, para esta Sala, su reconocimiento en video por su hermano RENÉ, no es convincente, firme ni definitivo.

**2.** También **CECILIA CABRERA (9.3.1, 8. c)**[81]**,** ese 16 de agosto de 2007, al observar el video recibido en la inspección en la residencia del Coronel Plazas Vega, dice ver saliendo a CRISTINA GUARÍN en hombros del soldado, con falda a cuadros escocesa y blusa roja, cabello corto negro. Luego, en el video del Noticiero 24 Horas aportado por ANA MARÍA BIDEGAIN, también dice verla, en 01:50".

Este CD 37A tiene especial valor por haber sido tomado perfectamente de frente a la puerta principal del Palacio, en los momentos en que se desaloja a los últimos rehenes. Se recuerda que la cafetería quedaba a mano izquierda, primer piso, en el sector occidental; observado con detenimiento, se ve que desde el sector oriental salen rehenes, entre ellos nueve mujeres caminando, quince mujeres alzadas de diferentes maneras por los soldados, y cinco personas en camilla; entre ellas en 1':50" sale en hombros de un soldado la mujer con **falda gris claro** o **habano** o **crema** (no de cuadros rojos y azules), **blusa roja** (no rosada), desde ese sector oriental, de quien CECILIA CABRERA y RENE GUARÍN dicen que es CRISTINA GUARÍN.

Sólo después de algunos segundos comienzan a salir rehenes desde el occidente, sector de donde era de esperarse, aunque no necesariamente, que CRISTINA saliera con el grupo de la cafetería.

**3.** Por otra parte, obra declaración de **MARÍA NELFI DÍAZ DE VALENCIA**, quien sobre la misma toma sostiene que esa persona que sale cargada por un soldado ES ELLA, y que para el día de marras llevaba una ***falda escocesa****, una blusa* ***roja*** *de rayitas blancas, de cuadros cafés y cuadros* ***habanitos*** *la falda.*[82]

Para el juzgado *a quo* esta declaración no fue creíble porque en posterior versión MARIA NELFI dice que ese día llevaba "*una blusa transparente de rayitas, de líneas blancas y el cuello de la blusa era como de amarrar acá, del mismo color de la blusa",* pero hizo esa descripción tras observar la videocinta que se le puso de presente, en la que se ven las características de la vestimenta.[83]La Sala, por el contrario, no encuentra que su segunda afirmación contradiga a la primera, pues la blusa transparente de rayitas blancas puede

[81]F. 48, c. 20 a. i.
[82]F. 175, c. 21 a. i. También puede consultarse F. 125, c. i. pr., F. 28, c.43 a. de i.
[83]F. 204 de la providencia de instancia.

seguir siendo de color básico rojo. Además, la evocación de las percepciones almacenadas en la memoria puede ser mejorada sin falsearla, con apoyos o ayudas, de modo que si tenía un recuerdo vago de algún aspecto, al observar fotografías o videos de ese momento puede decir con firmeza detalles adicionales que esas ayudas le hacen refrescar; no es esa una razón suficiente para afirmar que la testigo esté declarando una mentira.

Pero lo trascendental y definitivo es la declaración positiva de la vivencia personalísima que hace de sí misma MARIA NELFI DIAZ, con el reconocimiento acertado de detalles de su vestido, enriquecida con la muy especial manera como fue llevada por un soldado desde el Palacio hasta el Museo. Este auto-reconocimiento además fue ratificado por sus hijos,[84] y fue objeto de inspección judicial por el Juez que le recibió declaración en febrero de 1988, confrontándola con el video que observaba,[85] por lo cual debe tener prevalencia en el juicio de credibilidad frente a la declaración de terceros, el hermano y la jefe de CRISTINA, quienes no aciertan en el color y forma de su blusa y falda, y por supuesto sin la posibilidad de confrontación de otros detalles.

No aparece que MARIA NELFI hubiera relatado previamente de manera diferente cómo fue sacada del sitio, ni se percibe que ella pudiera tener alguna clase de interés en narrar los sucesos de manera diferente a como los vivió, o que alguien se beneficiara o perjudicara por la versión que ella pudiera dar, casos en los que sí habría merecido una calificación de equivocación, mentira o falsedad.

**4.** Un último medio para resolver la duda es la corroboración con base en las imágenes que se tienen de las personas en cuestión.[86] Obsérvense las siguientes fotografías:

[84]F. 285 c. 43 a. i.
[85]Ib., F. 286.
[86]Carpeta de a. del proceso 2008-00025

**María Nelfi Díaz**

**Cristina del Pilar Guarín**

Es fácil definir que el rostro de MARIA NELFI tiende a la forma cuadrada, con base amplia en el mentón, en tanto que el de CRISTINA es de la forma ovoide, facciones más suaves, con base en el mentón agudo y líneas oblicuas hacia sus pómulos. La primera es una mujer madura y la segunda es una jovencita.

La persona en hombros del soldado muestra tener una cara más cuadrada que ovoide, y sus facciones más adustas, acordes con una persona mayor como

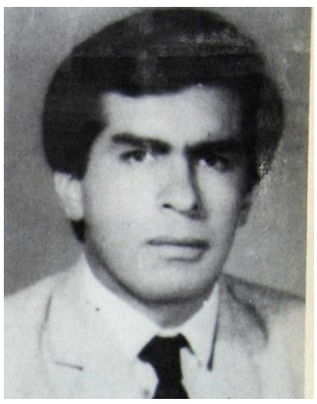
MARIA NELFI. El cabello, por otra parte, aunque es un dato que puede variar en poco tiempo, para la fecha de la toma es más de la usanza de MARIA NELFI que de CRISTINA, según las fotos disponibles de ellas, pues mientras aquélla lo tiene un poco más subido y aparentemente recto, ésta lo muestra un tanto más largo, de manera que termina en una corta pero evidente punta arlequín, como se denomina comúnmente ese estilo de arreglo del cabello. Por lo tanto, la Sala descarta que la persona sacada en hombros por el soldado sea CRISTINA GUARÍN.

**5.** De los momentos finales de la ocupación se tienen el video de 24 Horas, de frente, y otros a distancia y desde el oriente como los de TV Hoy y TVE. Hay personas saliendo en esos momentos, pero no cuenta esta instancia con detalles suficientes para el seguimiento y la definición debida, aunque es posible que con una instrucción más detallada, cuidadosa y asistida por mejores medios tecnológicos, se pueda llegar a la identificación de ésta y otras víctimas.

En el CD 18, toma de TVE, entre 1:03'35" y 1:04'20" salen al menos dos mujeres, caminando y custodiadas, que por sus ropas y por el momento en que salen podrían ser CRISTINA, pero no es posible determinarlo con los medios técnicos disponibles en esta instancia, ni se tiene a estas alturas del proceso la oportunidad para suplir los vacíos investigativos, lo que deberá mejorar la instrucción.

**Para la Sala, en conclusión, no hay base evidencial convincente de que CRISTINA DEL PILAR GUARÍN salió viva del Palacio, lo que era requisito previo ineludible para formular acusación y pronunciar sentencia condenatoria por su desaparición forzada, y por lo tanto se anulará en este punto la actuación a partir del cierre de investigación, para que sea perfeccionada.**

## 10.3 BERNARDO BELTRÁN HERNÁNDEZ



Este joven era recién egresado de la capacitación en cocina del SENA y se desempeñaba como mesero de la cafetería del Palacio.

### 10.3.1 EVIDENCIA NO CONCLUYENTE

En un principio se aprecian evidencias testimoniales discordantes, como que su tía dice haberlo visto en televisión saliendo el día 6, mientras CECILIA CABRERA dice reconocerlo en el video de salida de la tarde del 7 de noviembre. Su hermana SANDRA dice que en la radio lo mencionó Yamid Amat, pero no se logró determinar en qué momento ni obtener la grabación de ese momento.

Se comprueba la propensión a equivocarse por el deseo de acertar, cuando su padre corrige el error de su otro hijo, FERNANDO, quien creía identificarlo en la morgue de Medicina Legal; lo corrige porque el cadáver que observaban presentaba un tatuaje que BERNARDO no tenía. (No se encuentra información de quién pudiera estar buscando a alguien con ese tatuaje, ni cuál fue el destino de ese cadáver).

Quedó establecido que el doctor MENESES, original arrendatario de la cafetería que luego dio en administración a CECILIA CABRERA y CARLOS RODRÍGUEZ, no confirmó haber reconocido positivamente a BERNARDO saliendo del Palacio hacia el Museo en la tarde del día 6, como lo habían entendido sus padres; informó que sí habló con ellos en esa oportunidad y que les compartió la esperanza de que hubiera salido, que él había visto desde lejos salir a varias personas, pero no aseguró que a BERNARDO lo hubiera visto saliendo vivo.[87]La Sala interpreta que es posible que este abogado haya

[87]F. 264 a 267, c. 7 a.i.

querido darle a esa familia una información provisional tranquilizadora, porque después afirmó que *seguramente se había equivocado, que estaba muy lejos y que seguro era otra persona.*

### 10.3.2 EVIDENCIA PERSUASIVA

Al reconocimiento en video en agosto de 2007, por su hermana SANDRA, registrado en la sentencia de primera instancia, así como al de RENÉ GUARÍN y CECILIA CABRERA, la Sala les reconoce alta fuerza persuasiva, porque tenían suficiente conocimiento como para captar en las imágenes que sus facciones y su figura corporal en conjunto estaban representadas en los segmentos que les eran presentados, a pesar de que no pudieran describir técnicamente por qué afirmaban que ese era él.

Recuérdese que el reconocimiento por los familiares y allegados se guía por las reglas de la sicología (percepción, memoria) y de la morfología, combinadas con las de la experiencia común. Esas son las que la Sala encuentra aplicadas por los testigos en este reconocimiento, como cuando se relata que SANDRA se levanta de su silla cuando le es proyectado el video donde aparece su hermano, y dice "*Ese es Bernardo. Bernardo… digo que veo a una persona de la contextura física de mi hermano y que al ver la toma del tronco hacia arriba por la forma de su pelo, la "carrera" es decir como se peinaba, las entradas,… Bernardo va con pantalón negro, una camisa blanca que se ve como grisácea…*". Se percibe la reacción natural que solo puede causarse en determinada persona cuando tiene el conocimiento vivencial del objetivo a reconocer.[88]

Además, ya se registró que CECILIA CABRERA, su jefe en la cafetería, dijo el 16 de agosto de 2007,[89] al observar el video recibido en la inspección en la residencia del Coronel Plazas Vega, que reconocía a BERNARDO BELTRÁN por su forma de peinarse, su forma de la cara, las cejas, la estatura, el tamaño, la forma de correr; lleva pantalón oscuro, camisa de corbata, al parecer buzo de cuello redondo de manga largo, o camisa, *como gris o café.* No tiene ninguna duda al respecto.

[88]F. 42 c. 20 a. i.

[89]F. 48, c. 20 a. i.

### 10.3.3 CORROBORACIÓN: video *HOLOCAUSTO*

Teniendo en cuenta los reconocimientos de BERNARDO BELTRÁN atrás citados, la Sala realizó con respecto a él el ejercicio de verificación de las percepciones que pudieron presentarse en los testigos aludidos. Se seleccionaron una fotografía reciente y formal, y una informal en situación de esparcimiento con su familia.

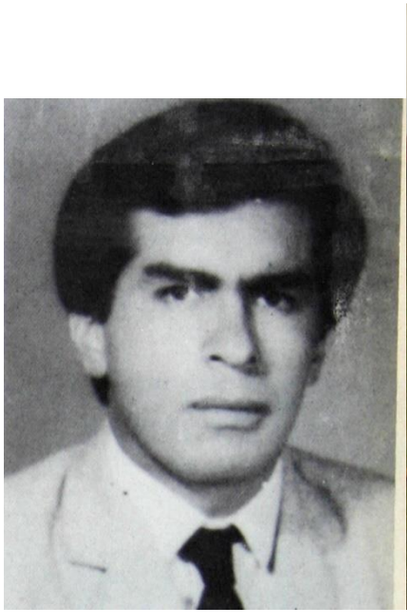


Foto *Cromos*

Foto 1

1. Del análisis de los registros fotográficos aportados por sus familiares[90] se describe que tiene una estructura corporal ectomórfica, con silueta en H, es decir se percibe como carente de cintura, con balance entre hombros y caderas, delgado y estrecho, extremidades largas y poca masa corporal. Se proyecta una línea imaginaria recta que va de los hombros, pasando por la cintura y caderas.

[90]C.D. inspección en Revista CROMOS, No. 1.

Foto 2

Las características propias de su rostro lo definen como de un tipo facial cuadrado, donde se destacan las cejas simétricas, densas, oscuras, muy definidas, rectas con una leve dirección ascendente desde el centro hacia la parte externa. Su mentón es fuerte y definido, su cabello oscuro, corto y abundante, con peinado o carrera de izquierda a derecha, donde se percibe el comienzo de entradas aparentemente simétricas, y el corte de las patillas claramente determinadas en diagonal. De la segunda foto se destaca una forma al parecer usual en él de manejo de brazo y antebrazo, sostenido en ángulo recto.

2. Como siguiente paso, se extractan los segundos de grabación de movimiento en los que aparece señalado por sus familiares como saliendo vivo. Se observan varias veces, en cámara lenta, se introdujeron repeticiones, y se contrastan rostro y brazo con los medios de referencia, primero el CD 18, a partir de 1:03':30", por 11 segundos, luego el de tve o TV Española.

**Foto tomada del video**

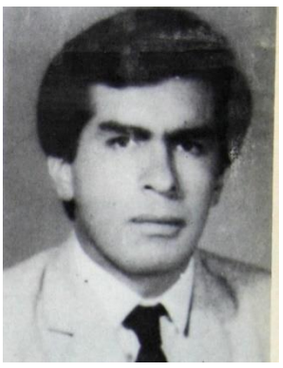


**Foto de la Revista *Cromos***

Del filme de Televisión Española se hace una captura fotográfica donde se observa el individuo cuyas características faciales ofrecen enormes similitudes con el registro fotográfico de BERNARDO BELTRÁN en el CD de CROMOS. Se destaca en esa captura el joven con cejas pobladas rectas, muy marcadas, cabello oscuro en la misma disposición y forma del que presenta BERNARDO en esta foto superior derecha.

De la misma grabación se hacen dos capturas fotográficas, que permiten comparar su forma de mantener y mover los brazos y la enorme similitud del contorno del perfil y del sector de oreja y corte de pelo, para lo que se recorta y amplía a tamaño comparable con la foto invertida 2, momentos que se muestran aquí en el papel y en el momento 2’15” del video.

**Foto captura del Video**

**Foto 2**

**Foto captura del Video** **Foto 2 invertida**

3. Con base en estas tomas, comprueba la Sala que el individuo en efecto posee la estructura corporal Ectomórfica en H, hombros estrechos y una línea imaginaria recta que va desde sus hombros pasando por su cintura y caderas. Al tomársele de perfil, se observa la misma disposición facial que aparece en la fotografía de BERNARDO en el CD de CROMOS, el cabello se presenta igualmente oscuro con carrera o división de izquierda a derecha (flecha en la foto), y la distancia entre cada cintura escapular (de hombro a hombro) es angosta, mostrando gran correspondencia con la que registra BERNARDO en la foto superior derecha en la que se encuentra en una posición anatómica vertical o de pie.

El resultado de este ejercicio de corroboración de la evidencia documental se presenta en el video Holocausto, entre los minutos 3’36” y 5’32”. La secuencia de ese ejercicio es la siguiente:

| **Paso** | **Minuto’ segundos”** | **Descripción** |
|---|---|---|
| 1 | 3’37” a 3’44” | Foto fija 1 de BERNARDO BELTRÁN, formal, mirando de frente. |
| 2 | 3’47” a 3’49” | Foto departiendo con familiares |

| Paso | Minuto' segundos" | Descripción |
|---|---|---|
| 3 | 3'50" a 4'06" | Foto fija 2, recorte, acercamiento y ampliación. |
| 4 | 4'07" | Comienza video de salida del Palacio, toma desde frente a la Casa del Florero. Reconocido como BERNARDO BELTRÁN, aparece en el centro y arriba, lo conduce un soldado tomándolo por su brazo derecho. Viste camisa de corbata, suéter gris. Tiene sus facciones bien definidas, especialmente cejas, frente y cabello. |
| 5 | 4'10" | Baja las escaleras del atrio del Palacio. Queda parcialmente oculto. |
| 6 | 4'13" | Aparece su figura completa, desde los muslos, perfectamente distinguible, en el extremo izquierdo entre el marco de la grabación y un fusil vertical. |
| 7 | 4'14" a 4'18" | Se repite paso 4, con una flecha roja de seguimiento. |
| 8 | 4'19" a 4'31" | Se hacen repeticiones del último sector, paso 6, donde se lo distingue claramente en detalles de cabello, rostro y cuerpo, en cámara lenta. |
| 9 | 4'32" a 4'47" | Fijaciones de paso 8 |
| 10 | 4'48" a 5'04" | Foto fija del paso 1, comparada con recorte fijo de paso 9. Se aproximan los tamaños para hacerlos más comparables. |
| 11 | 5'05" | Otra toma de salida desde la puerta del palacio, de TV Española. Se lo sigue con flecha roja. Muestra el brazo-antebrazo izquierdo libre. |

| Paso | Minuto' segundos" | Descripción |
|---|---|---|
| 12 | 5'20" | Fijación de su modo de mover brazo-antebrazo, fijo en ángulo recto. |
| 13 | 5'22" a 5'23" | Comparación con foto fija 2 invertida, brazo-antebrazo en ángulo recto, y |
| 14 | 5'24" a 5'30" | La anterior imagen, para mostrar la similitud del contorno del perfil de la cabeza y del sector de cabello y oreja. |
| 15 | 5'31" | Fin del segmento. |

Se trasladan al papel algunas de las impresiones fotográficas y fílmicas de las que se ha hecho relación en el video de la sentencia, siempre con la anotación de que pierden nitidez al congelar la imagen y al imprimirla, y que incluso en medio magnético se aprecian diferentes o con más detalles según el ángulo en que se ubique el observador:

**La Sala concluye, a partir de la apreciación de los testimonios y del ejercicio de corroboración de la evidencia documental gráfica, que BERNARDO BELTRÁN HERNÁNDEZ es la persona que sus familiares identifican como salida viva del Palacio bajo control del Ejército, y como no se ha tenido noticia de él desde entonces, lo declara desaparecido forzadamente.**

## 10.4 HÉCTOR JAIME BELTRÁN FUENTES

Este joven padre de dos niñas también trabajaba como mesero de la cafetería.

1. En la sentencia apelada (5.12.4 *supra*) el argumento directo sobre la salida vivo se reduce a que la mamá, CLARA ISABEL FUENTES DE BELTRÁN, dijo que a través de los noticieros vio cuando *"salían unos de la cafetería, uniforme de pantalón negro, camisa blanca y chaleco negro,* percepción que corroboró posteriormente en algunos videos que le fueron exhibidos en los juzgados de Paloquemao.[91] La Sala no logra identificar esa secuencia en alguna de las evidencias físicas disponibles.

[91]F. 116, c. 5 a.i.

HÉCTOR padre informa que su esposa (q.e.p.d.) lo reconocía en un video que tenía el abogado EDUARDO UMAÑA MENDOZA, pero que ese video desapareció.[92] Esa afirmación no sirve de base para ninguna inferencia válida.

No se cuenta con una diligencia en la que se registre que la mamá lo ve saliendo vivo, sino que lo reconoce es en las fotos que Caracol pasaba en televisión,[93] fotos que fueron aportadas por la familia después de los hechos. Por lo tanto esta afirmación no es persuasoria de que haya salido vivo.

Su hermano MARIO BELTRÁN, funcionario del DAS y a la sazón escolta de un Juez, se hizo presente en la Plaza de Bolívar los dos días de los hechos, indagó por los empleados de la cafetería, sin resultado positivo.[94] En el momento de la salida de los empleados ya identificados atrás, él se encontraba en el sector de la carrera octava con calle once, donde no podría haber observado a quienes salían por la puerta principal hacia la carrera séptima. Posteriormente realizó búsquedas, pero ante presuntas amenazas y advertencias prefirió suspenderlas por su seguridad y  para evitar que su mamá sufriera otra pérdida.  No aparece que le hayan proyectado los CDs del momento de la salida, sólo el audio de Juan Gossaín desde la cafetería "El Palacio". En continuación de la diligencia se registra que se insertaron los casetes, no aparece que haya reacción del testigo, no se describe si hubo repeticiones de las proyecciones, cuál fue la duración, si se hizo en cámara lenta, etc. Por lo tanto no hay de su parte algún reconocimiento.

PILAR NAVARRETE, su esposa, el 22 de noviembre de 1985 declaró que el viernes 15 por la noche llamó alguien que dijo ser del B2, que había grabado un casete de los de la cafetería, que llamaba porque le daba pesar que los tuvieran presos y torturándolos, siendo inocentes; que hasta el sábado (9) después de la toma estaban vivos, y que el cassette lo tenía el periodista JUAN GUILLERMO RÍOS; se reunió con otras interesadas para buscar el cassette, sin resultados.[95]No hay desarrollos probatorios que lleven a la precisión de cuáles de los empleados de la cafetería pudieron ser los referidos en el supuesto cassette, ni el periodista dio razón de su existencia, ni hay noticia posterior sobre este asunto.

[92]Ibídem, F. 38.
[93]CD Caracol TV 2.
[94]F. 122, c. 5 a. i.
[95]F. 162, c. 1 a. i.

2. Esta Sala observa que en el CD 37A, del noticiero 24 Horas, en el momento en que salen algunos empleados de la cafetería, sale también un joven del que no se tiene precisión si ha sido señalado en un reconocimiento; por salir con el mismo grupo de los empleados de la cafetería, desde el sector occidental, con el mismo recorrido, con las manos sobre la cabeza, también fuertemente conducido por dos soldados, hacia el museo, se infiere que puede ser el único faltante del grupo de la cafetería, HECTOR JAIME BELTRÁN.

También llama poderosamente la atención en el CD 18, TV Española, en el mismo segmento de la salida de los empleados de la cafetería, detrás de BERNARDO BELTRÁN, CARLOS RODRÍGUEZ y DAVID SUSPES, se observa entre 1:04'06" y 1:04'12" la salida de un joven con pantalón gris, chaqueta gris con puños y cintura negros, que puede tener cercanía con las fotografías que se han utilizado como referente previo de HECTOR JAIME. Una de éstas al parecer es retocada en estudio para limpiarla de sombras y dejarla casi como un bosquejo a lápiz; la otra, donde aparece como soldado en cuclillas en una guarnición militar, es oscura.

tve

El registro sobre él dura seis segundos, menos que para los otros reconocidos que en los mismos momentos van saliendo; muestra la cara de frente y de perfil izquierdo, aunque lejana, cuando parece querer ver qué pasa con otros rescatados.

Como no se cuenta con un reconocimiento por alguno de sus familiares o allegados en videos de salida del Palacio, ni aparece que se haya adelantado diligencia con ese fin, y la conducta adoptada por su hermano MARIO fue la de alejamiento para evitar persecuciones u otra desgracia para su familia, el acervo probatorio es insuficiente para elaborar una inferencia de reconocimiento oficioso por esta instancia.

**Toda esa indefinición no puede más que llevar a la Sala a la duda de que HECTOR JAIME BELTRÁN FUENTES haya salido vivo del Palacio, a pesar de que hay algunos hechos indicadores que lo sugieren, por lo cual se decretará la nulidad de su declaración como desaparecido forzadamente, para que se perfeccione la labor instructiva.**

## 10.5 GLORIA STELLA LIZARAZO

Esta víctima, madre de cuatro hijos, atendía el autoservicio de la cafetería. Se tiene únicamente que a su esposo LUIS OSPINA, quien no estaba en Bogotá para los días de la toma, le muestran en días posteriores una foto para reconocimiento de GLORIA; aclara que en la foto tenía el pelo largo, pero el día de los hechos lo tenía corto;[96] en el resumen de la sentencia de primera instancia solo se encuentra una posibilidad de reconocimiento, la que hizo

[96]F. 252, c. 21 a. c.

inicialmente CECILIA CABRERA, quien la ve por detrás, sacada en hombros, de camisa negra, gorda, de piernas gordas y cabello cortico;[97] pero cuando CECILIA observa el siguiente video que le es proyectado, se retracta de su primer reconocimiento, dice que si hubiera visto primero éste, no habría afirmado que esa era GLORIA. La duda que la propia testigo formula sobre su anterior afirmación es un elemento que contribuye a apreciar su credibilidad, dentro de la teoría general de apreciación de declaraciones.[98]

Cuando se le pregunta a MARIA NELFI DÍAZ, quien se reconoce siendo sacada en hombros por un soldado y es confundida con CRISTINA GUARÍN, si la persona que es sacada enseguida de ella puede ser GLORIA LIZARAZO, responde que le parece que es MAGALY (ARÉVALO), a quien conocía bien y llevaba su cédula en su bolso que le es entregada en esa diligencia de febrero de 1988; MAGALYS en efecto fue rescatada de esa manera, con lo cual se corrobora que CECILIA CABRERA se había equivocado cuando en un principio la reconoció como GLORIA.[99]

El dato del cabello es el único coincidente mencionado en la sentencia para afirmar a nivel de certeza que GLORIA salió viva.

LA DEFENSA aporta algo más: dice que el esposo preguntaba por ella a través de la malla a un soldado en instalaciones militares de Usaquén, éste le dijo que sí había detenidos allí, pero un teniente impidió que continuara (6.5). No se determinó quiénes fueron el soldado o el teniente que intervinieron, por lo cual esta línea de investigación queda abierta a la duda.

Esta información resulta insuficiente para construir inferencias de identificación por esta Sala. No se encuentran en el acervo investigativo piezas de evidencia documental que permitan hacer una comparación con la imagen mencionada, ni esta imagen muestra ángulos o momentos útiles para otro análisis. Además se tiene en cuenta:

- El precedente horizontal, sentencia 2008-025, en su acápite 7.1.4.6, consideró el punto, y se apartó de la conclusión a la que llegó su primera instancia sobre la demostración de salida viva de esta víctima. Entre varios otros motivos, tuvo en cuenta que frente al video recibido del Coronel Plazas

[97]F. 48, c. 20 a. i.
[98]Véase, por ejemplo, FERNANDO PAREJA REINEMER, La Credibilidad del Testimonio. En: Revista Huellas, Fiscalía General de la Nación, Octubre 2010.
[99]F. 285 c. 43 a. i.

Vega, el esposo de GLORIA LIZARAZO dijo reconocerla, pero incurrió en serias contradicciones con su propio dicho y con el de otras personas. A pesar de que en 1986 había señalado que de los compañeros de GLORIA sólo conocía a ANA ROSA CASTIBLANCO y a "JIMMY" (HÉCTOR JAIME BELTRÁN), ahora en 2007 dice conocer a Carlos Rodríguez y a *"Guarín o Marín"*. Peor aún, reconoce en video a ANA ROSA CASTIBLANCO como la mujer que es sacada *"en hombros"* adelante de su esposa, mientras que esta es identificada por otros declarantes como CRISTINA GUARÍN (y resulta ser MARÍA NELFI DÍAZ); además, está demostrado que el cadáver de ANA ROSA CASTIBLANCO es uno de los encontrados calcinados en el cuarto piso del Palacio de Justicia.[100]

- En relación con el ya referido principio de reconocimiento de GLORIA LIZARAZO por CECILIA CABRERA, se debe contrastar que al ver la grabación de TV Española el 11 de abril de 1986, con la participación de la hermana de GLORIA, DEYANIRA LIZARAZO, al serles mostrado el material que corresponde al mismo ángulo, ella y el esposo OSPINA dicen: "…*En cuanto a las piernas se parece mucho a GLORIA STELLA LIZARAZO, por el pelo corto y negro y por la falda que ella usaba, una verde. Se deja constancia que en la imagen aunque es nítida no se distinguen rasgos definidos de las personas y que la persona a que se refiere la testigo, aparece en la imagen cargada al hombro por un soldado, sin que por consiguiente se le vea su cara. En este estado se les pregunta a las mismas testigos, si bajo la gravedad del juramento que han prestado pueden asegurar que la persona que han visto en la proyección es GLORIA STELLA LIZARAZO y respondieron: 'NO ASEGURAMOS PERO SÍ SE NOS HACE MUY PARECIDA'…*"[101]

- En cuanto la ropa que vestía ese día, ni la hermana ni el esposo podían decir qué llevaba, pues no la vieron salir de casa o llegar al trabajo. Por la hora de los hechos podría tener la ropa con la que atendía en el autoservicio; el uniforme que la mamá sabe que usaba era una blusa blanca; el padre del administrador también señala que *la empleada del autoservicio usaba una blusa blanca*, pero la persona de la imagen señalada muestra una camiseta negra cuando es evacuada del edificio. Como permanecieron en la cafetería después de la toma, pudieron dejar sus uniformes y volver a sus ropas particulares. Pero en este caso no hay alguna referencia a vestidos que sirva

[100]Cfr. Nota al pie 7, en 9.3.1
[101]F. 48, c. 20 a. i.

de hecho indicador, ni hay descripción asertiva de facciones que sean verificables, ni otro medio para elaborar indicios convincentes.

**Con la exigua base probatoria aportada en la instrucción, no es posible elaborar una inferencia de que GLORIA STELLA LIZARAZO haya salido viva de esos hechos. Sin embargo, esta Sala ha identificado los segmentos de los videos en los que posiblemente se puede encontrar coincidencia con otras fuentes de imágenes, por lo cual decide que se debe anular su declaración de desaparecida forzadamente para que la Fiscalía siga investigando su probable salida viva.**

## 10.6 LUZ MARY PORTELA LEÓN

LUZ MARY era una joven esposa y madre que remplazaba por pocos días a su mamá enferma, como ayudante en la cocina de la cafetería, encargada del lavaplatos.

### 10.6.1 EVIDENCIA NO CONCLUYENTE

En general es sabido que en cada caso la justicia se pronuncia sobre un hecho conflictivo que deja evidencias, sean físicas o percepciones que una persona pueda evocar y expresar. En el punto 5.2.6 quedó registrado que la primera instancia, con respecto a LUZ MARY, utiliza sólo dos datos evidenciales: la mamá informa que ella salió para el trabajo, y que no se ha vuelto a saber nada

de ella[102]. Con estos datos la sentencia construye un argumento compuesto de dos partes:

> 1.- Como la mamá dijo que LUZ MARY salió para su trabajo, LUZ MARY llegó al trabajo;
>
> 2.- Como LUZ MARY llegó al trabajo y no se ha vuelto a saber nada de ella, salió viva del Palacio.

El primer subargumento, aunque no necesariamente lleva a esa conclusión, es aceptable porque tiene evidencia circunstancial (externa, de apoyo), y nadie discute su veracidad.

El segundo subargumento es totalmente incorrecto porque no elabora la inferencia con base en sus premisas; no presenta un medio de prueba o una regla de experiencia que permita declarar de manera persuasiva que ella salió viva.

No es acertada una regla de experiencia para el caso específico que diga: "Todos los que ese día llegaron a su trabajo y no se tiene noticia de ellos, salieron vivos del Palacio", porque se pueden ensayar varias explicaciones diferentes para ese resultado. Sin embargo, es el argumento que de manera general está implícito en la acusación y en la sentencia apelada. Por lo tanto, con la sola evidencia de que salió a trabajar, no es correcta la conclusión "LUZ MARY salió viva del palacio". Se debía encontrar evidencia legalmente allegada que permitiera superar el vacío del anterior argumento, o en su defecto declarar que la duda no fue superada.

### 10.6.2 EVIDENCIA PERSUASIVA

1. No se le ha prestado la debida atención al relato de la periodista JULIA NAVARRETE en sus testimonios vertidos el 13 de enero de 1986, reciente a los hechos, y el 5 de julio de 2006, 21 años después, citados en la resolución de acusación, los cuales son plenamente coherentes entre sí.[103]

La periodista narró que era la encargada de cubrir noticias judiciales para Caracol Radio, y conocía bien a la gente de la cafetería, en especial a CARLOS

[102] F.131 de la sentencia de primera instancia.
[103] F. 128 a 146, c. 45 a. i., F. 207 a 215, c. 5 a. i.; además, F. 170 de la resolución de acusación.

el administrador, a su esposa, a los meseros, a la cajera, *y un poco a los de la cocina*, porque almorzaba allí con frecuencia.[104] El día de los hechos, continúa, había estado en el Palacio y se dirigía al Capitolio (al otro lado de la Plaza de Bolívar) cuando comenzó la refriega. Permaneció en el área, desde donde originó noticias; más tarde, cuando llegaron los tanques del ejército, pasada la una y media de la tarde comenzaron a salir rehenes; ella se metió en la fila cuando los llevaban hacia la Casa Museo.[105] Cuando llegaban, se presentó como periodista y tuvo que pelearse con los militares porque no le querían reconocer su oficio, y cuando lo aceptaron quisieron quitarle su grabadora.

Dijo que en la fila venía detrás de un *muchacho alto, negro*, que hacía la señal de la victoria, y que *una o dos personas atrás de ella iba una muchacha con el uniforme de la cafetería.* De ésta dijo que la vio preocupada, era *delgadita, de estatura regular, llevaba delantal amarillo, estaba herida en un brazo y debía ser de la cocina porque no la veía afuera*.[106] Además afirmó que *"el uniforme es de los que llevan las personas en las cafeterías en la cocina".*[107] Ya estando dentro de la Casa del Florero, trató de entrevistar al *negrito,* pero los militares no se lo permitieron, y a éste *y a la muchacha se los llevaron para el segundo piso.*[108]

2. Como evidencia circunstancial (indirecta o que respalda a esa evidencia), se tiene que el periodista IGNACIO GÓMEZ dijo, en enero de 1986 y en agosto de 2006, que ese día estuvo con JULIA en la cafetería del Palacio antes de los hechos; se saludó con los empleados que estaban vistiendo las mesas para el almuerzo; que JULIA conocía más a los de la cafetería porque se ocupaba, en su trabajo, de la Corte y del Consejo de Estado.[109]

3. También otras personas dan cuenta de esos momentos, como ORLANDO ARRECHEA,[110] oficial mayor de la secretaría de la Sala Penal de la Corte que también fue llevado al segundo piso, tomado por guerrillero, llevado al día siguiente a la Escuela de Caballería y finalmente entregado a la Policía,[111]

[104]F. 134 c. 45 a. i.

[105]F. 129 c. 45 a. i., F. 208 c. 5 a. c.

[106]F. 136 y 137 c. 45 a. i.

[107]F. 214, c. 5 a. c.

[108]F. 130, c. 45 a. i. y F. 211, c. 5 a. c.

[109]F. 236, c. 6 a. i, F. 165, c. 61 a. i.

[110]F. 13, c. 46 a. i.

[111]F. 99, c. 1 i. pr.

quien declara que vio al *joven alto negrito* y a la *muchacha bajita* sin zapatos.

*4.* El magistrado auxiliar del Consejo de Estado TULIO CHIROLLA ESCAÑO,[112] a quien se encontraban visitando el abogado CARLOS ARIEL SERRANO y otro amigo, relató que cuando fue rescatado, hacia las tres de la tarde del día 6, "*durante mi permanencia* (en el Museo) *vi que miembros que creo eran del DAS o fuerzas combinadas, de civil y uniformadas, llevaron como dos o tres personas a las carreras al segundo piso de la Casa Museo, no sé en qué calidad fueron conducidas o aprehendidas, si como guerrilleros o simplemente como sospechosos. …eran dos o tres sospechosos entre ellos una mujer que si mal no recuerdo iba como herida en un brazo, no le pude apreciar la cara, la llevaban cogida del pelo y rodeada por cuatro miembros de las fuerzas militares que impedían apreciarla bien, además la llevaban a toda carrera, era joven, más bien bajita. Otra de las personas que vi que subieron al segundo piso de este grupo de tres, se trataba de un muchacho joven, alto, de piel morena, que también lo pasaron a las carreras…"*

No cabe duda de que se refiere al mismo momento y a las mismas personas, específicamente a la joven bajita, herida en un brazo, que resulta ser LUZ MARY PORTELA LEÓN, en cercanías del joven negro que levantaba las manos con señal de victoria y del que no se sabe más.

5. Se cuenta con el testimonio del abogado CARLOS ARIEL SERRANO, del 27 de enero de 1986,[113] quien –se recuerda- fue rescatado el primer día, era amigo personal de ENRIQUE RODRÍGUEZ, el padre de CARLOS, pero a éste no lo conoció y sólo después tuvo referencias de él por descripciones de sus rasgos físicos y fotografías que le mostraron.

Relató el doctor SERRANO que cuando fue rescatado, *"estando en el patio de la Casa del Florero, la Policía subió al segundo piso a una dama herida, a un moreno alto, o negro,… todos comentaron que presumiblemente eran guerrilleros"* (fols. 155 y 156 ib.) Sobre la dama herida, dijo que iba *vestida de bluyin o pantalón oscuro, y con una blusa o atuendo amarillo quemado* [de color amarillo quemado]*, del cual no podía precisar su clase…"*

[112]F. 52, c. 47 a. i.

[113]F. 154, a 157, c. 60 a. i.

Dijo que nunca fue a la cafetería, no conocía el atuendo de sus dependientes, ni su color (fol. 157 cd. 60 a de i).

### 10.6.3 CORROBORACIÓN

1. Se comprueba que LUZ MARY PORTELA LEÓN era de baja estatura, 1.48 mts. según su cédula de ciudadanía.[114]

2. Como se ha dicho, LUZ MARY remplazaba a su mamá por enfermedad de ésta, hacía pocos días, en el lavadero de platos, es decir, era "*de adentro"*, de la cocina, luego no estaba usualmente a la vista del público.

3. ROSALBINA LEÓN DE PORTELA, su mamá, declaró el 25 de noviembre de 1985 que el uniforme que usaban en el trabajo era un delantal de color habano, hasta la cintura y amarrado por detrás con un cordón.[115] Posteriormente, interrogada el 30 de enero de 1986, sobre si además del delantal su hija utilizaba otra ropa para ese trabajo, contestó: *"Sí señora, esa semana ella se trajo un bluyín en mitad de uso, de manga entubada, la camisa si no me puedo acordar cuál sería, y ella o ahí a uno le daban un zapato escotado como un tenis para trabajar"* (fol. 160 ib).

4. Las otras mujeres de la cafetería desaparecidas eran ANA ROSA CASTIBLANCO, cocinera que por lo tanto no estaba normalmente a la vista del público; GLORIA LIZARAZO, encargada del autoservicio y CRISTINA GUARÍN, cajera, oficios por los cuales atendían al público.

5. El doctor SERRANO y la periodista JULIA NAVARRETE no se conocían entre sí, y sus dichos resultan concordantes al ubicar a la misma joven, con las mismas características generales de contextura y vestimenta, en las mismas circunstancias concomitantes que describen al interior de la Casa Museo.

6. Preguntada CECILIA CABRERA sobre esta versión del doctor SERRANO, dijo que por la descripción, según la cual *"ella iba con un bluyin, más o menos usado, y que le quedaba pegadito, y el delantal también explica que era como un chaleco largo,…"* tenía que haberse referido a LUZ MARY.[116] Esta testigo, en su calidad de jefe, coadministradora y cajera del negocio, era

[114]F. 97, c. 60 a. i.
[115]F. 62, c. 64, a. i.
[116]F. 68, 139 c. 60 a. i.

persona apropiada para identificar, por la vestimenta, de qué empleado podría tratarse.

Está reiteradamente dicho que a los rescatados que fueran considerados especiales o sospechosos, los pasaban al segundo piso de la Casa Museo.[117] LUZ MARY fue llevada a ese segundo piso por miembros del Ejército, y después de ello no se tiene noticia alguna de su paradero.

Esta Sala concluye que necesariamente la mujer empleada de la cafetería descrita por el doctor SERRANO, el magistrado CHIROLLA, el empleado judicial ORLANDO ARRECHEA y la periodista NAVARRETE, no podía ser ANA ROSA CASTIBLANCO porque está establecido que murió calcinada; no era GLORIA ESTELLA LIZARAZO porque ésta no trabajaba en la cocina sino que atendía la barra de autoservicio al público y habría sido reconocida por la periodista JULIA NAVARRETE; tampoco era CRISTINA GUARÍN, porque ésta como cajera era plenamente conocida de JULIA NAVARRETE y si la hubiera visto en la fila de rescatados no habría tenido dificultad en declarar que fue a ella a quien vio.

**Hay prueba directa con la descripción de la periodista JULIA NAVARRETE, del doctor ARIEL SERRANO, del Magistrado auxiliar TULIO CHIROLLA, y del empleado judicial ORLANDO ARRECHEA OCORÓ; además hay prueba circunstancial como las declaraciones de la mamá ROSALBINA LEÓN, del periodista IGNACIO GÓMEZ, y la confirmación por su jefe CECILIA CABRERA; y por exclusión de posibilidades de confusión con alguna otra empleada de la cafetería, la Sala infiere con plena seguridad, más allá de toda duda razonable, que fue a LUZ MARY a quien vieron en la fila de rescatados saliendo viva, herida en un brazo y con delantal de servicio de la cafetería, el 6 de noviembre hacia las dos de la tarde, bajo control del ejército, y de quien desde entonces no se tiene noticia. En consecuencia, la Sala declara que LUZ MARY PORTELA LEÓN salió viva del Palacio de Justicia bajo el control del Ejército y está desaparecida forzadamente.**

[117]Por ejemplo, Héctor Darío Correa, F. 16 c.44 a. i., José William Ortiz, F. 26 ib., Rosa Helena Contreras, F. 32 ib., Carmen Elisa Mora, F. 84 ib., América Isabel Ramírez, F. 107 ib., Betty Quintero González, F. 113 ib., Luis Camargo, F. 124 ib., Joaquín Ortiz, F. 138 ib., Helena Gutiérrez, F. 163 ib.

## 10.7 DAVID SUSPES CELIS

Trabajaba como chef de la cafetería del Palacio desde unos cuatro meses antes de los hechos; era un dedicado hijo, esposo y padre de familia; en otra jornada trabajaba en un almacén de cadena y esperaba obtener pronto un mejor empleo de tiempo completo.

### 10.7.1 EVIDENCIA NO CONCLUYENTE

El registro de evidencia de la primera instancia para declararlo desaparecido (5.12.7) es lacónico, limitado en lo trascendental a la declaración de CECILIA CABRERA.

1. LUZ DARY, su esposa, relató que el 15 de noviembre la mamá de DAVID recibió una llamada anónima en la que una persona que dijo ser del F-2, informó que ellos [unos soldados] habían sacado a los de la cafetería, los habían llevado a la Casa del Florero, a la Brigada y finalmente al Batallón de Caballería de Usaquén, que hasta el sábado anterior estaban vivos, y que habían sido cruelmente torturados; que [los informantes] no se podían identificar porque estaban amenazados de muerte si daban alguna información.[118]

El 21 de diciembre de 1985 declaró que su suegro oyó en una emisora que David, de la familia Celis, se encontraba bien; ella fue a varias emisoras en busca de dicha noticia, pero en todas le manifestaron no haber dado esa información; reiteró haber recibido la llamada de miembros del F-2, y

[118] c. 2 y 5 i. pr., c. 43, 46, 48, 60 a. i.

posteriormente otra donde le dijeron que había un casete donde el periodista Juan Guillermo Ríos, que decía lo que había sucedido, pero que éste no lo confirmó, y después de eso no volvió a recibir más llamadas. El 10 de noviembre de 1986 aclaró que la llamada recibida era del B-2.

2. En el precedente horizontal se registra además que el padre, la madre, el hermano y las hermanas de DAVID realizaron ingentes esfuerzos por ubicarlo, sin éxito. Recuérdese que los cadáveres de quienes se sospechó fueran guerrilleros fueron mantenidos en un cuarto aparte, no accesible para todas las personas que pedían información, como sucedió con el abogado del Consejo de Estado CARLOS URÁN, identificado porque muy excepcionalmente y con mucho temor pudo entrar allí una médico amiga, después de haber descartado encontrarlo en el área común de los cadáveres.[119]

3. También llama la atención en el precedente horizontal que en el Informe de Tipificación Molecular ADN realizado por la Fiscalía, el cual indica que, entre otros, dos individuos presentan resultados no concluyentes con los grupos familiares 11 (acta No. 82 – María Celis) y 3 (acta No. 01 – María Beatriz Jiménez de Sierra), de donde surge la necesidad de confirmar dicha información pues surge una duda razonable que debe ser solucionada por los medios técnico-científicos pertinentes.

La posibilidad de que un cadáver haya llegado a la morgue, y a la fosa común, no excluye que esa persona haya salido viva del Palacio. Caso similar se registra con EDUARDO MEDINA GARAVITO, conductor de la fiscal CLARA DE CASTRO.[120] Por lo tanto, una persona pudo salir viva, ser muerta, llevada a morgue y permanecer desaparecida forzadamente porque no se da a sus familiares noticia de lo sucedido.

### 10.7.2 EVIDENCIA PERSUASIVA

Registra la instrucción que CECILIA CABRERA, en uno de los videos que la Fiscalía le puso de presente, lo reconoce en forma que *se le parece; lo ve con camisa y pantalón color camel, corbata café, reloj en la muñeca izquierda,*

[119] Véase declaración de la doctora Luz Sánchez Gómez, médico de Medicina Legal, F. 26, c. 20 a. i.

[120] Véanse, entre otras, declaración de Luis Roberto Medina Garavito, F. 149 y ss., c. 4 i. pr.

*vestía elegante.*[121] Esta testigo, como coadministradora y cajera de la cafetería, conocía bien al chef; siendo así, su reconocimiento es una base esencial para determinar si es posible que esté en lo cierto, y en ese caso se deba declarar su salida vivo; se hace necesario entonces proceder a la búsqueda de evidencia de confirmación.

Recordemos que CECILIA CABRERA, en la declaración rendida el 16 de agosto de 2007, al observar el video recibido en la inspección realizada en la residencia del Coronel Plazas Vega, después de decir que ve saliendo a CRISTINA GUARÍN y a GLORIA LIZARAZO en hombros de soldados (luego se retracta de ésta última), reconoce enseguida a BERNARDO BELTRÁN, del que ya atrás se ha comprobado su correspondencia con la realidad; en el momento 36':01" ve a otra persona, *le parece* que es DAVID SUSPES, de camisa y pantalón color camel, corbata café, con los brazos arriba, vigilado por los soldados.

En el segundo video, a continuación en la misma diligencia, en el CD 37A, del noticiero 24 Horas, en 2':15", CECILIA CABRERA ve a CARLOS su esposo; enseguida ve a quien le parece que es DAVID SUSPES.

Ante esa información basada en evidencia documental, la Sala evaluó que aunque la testigo no parezca tan segura como lo estaba con respecto a su esposo CARLOS y a BERNARDO BELTRÁN, es una fuente muy confiable pues lo conocía bastante bien, dada su condición de chef que todos los días entre semana trabajó con ella, durante unos cuatro meses, y describió detalles de la razón de su dicho.

Por lo tanto asumió la Sala la realización del ejercicio de corroboración de evidencia para determinar si, además de la alta credibilidad que ofrece la testigo, un observador externo puede ponderar la correspondencia entre la imagen de video de los hechos y una imagen previa de la víctima en cuestión.

### 10.7.3 CORROBORACIÓN: video *HOLOCAUSTO*

Se buscó una imagen apropiada en fotografía reciente a los hechos, y se seleccionó la que se encuentra en el CD 1A de Cromos en la carpeta denominada "Inspección Judicial Universidad Nacional".

[121] F. 48, c. 20 a. i.

1. Con base en este registro fotográfico, frente al cual debe destacarse que la impresión en el papel medianamente oscura y poco nítida arroja unas sombras que parecieran atribuirle un bigote que no es tal, se establece que tenía un tipo de rostro que tiende a ser redondo, con mejillas llenas, destacadas, mandíbula redondeada y una nariz terminada en una punta notoriamente redonda también. Su cabello era aparentemente liso, en caída natural. Se destaca igualmente la redondez de sus cejas. No parece alguien delgado.

   También CECILIA CABRERA lo describió como una persona que siempre se vestía elegante; es ella quien lo identifica en los DVD de TELEVISIÓN ESPAÑOLA y de NOTICIAS 1, como el que sale de las instalaciones del Palacio el 7 de noviembre de 1985 vistiendo una camisa y un pantalón camel, y corbata negra.

2. Seleccionada así esta imagen de referencia, se ubican los apartes pertinentes de los videos que se están refiriendo, donde la testigo dice ver a DAVID saliendo del Palacio. En este caso se utiliza primero el video de TV Española, donde a quien se ve salir con las manos arriba presionado con fusil por un soldado se lo reconoce como DAVID SUSPES, recorre caminando a paso firme, no al trote, hasta el borde del atrio, y comienza a bajar, ahora conducido por dos soldados, continuamente muestra los dos perfiles porque parece estar discutiendo con sus guardianes.

3. Luego se toma la parte pertinente del CD de Cinevisión, donde se lo observa por unos 8 segundos especialmente desde la bajada de las escaleras del atrio.

La Sala concluye que es completamente admisible y creíble el reconocimiento que CECILIA CABRERA ha hecho de DAVID SUSPES en estas imágenes. Se lo aprecia durante suficiente tiempo de grabación, caminando de frente, muestra también los dos perfiles mientras habla con los soldados que lo conducen y otro que lo requisa. Se observa la forma redondeada de la cabeza, la cantidad de cabello parece menor que la de la foto, la nariz y las mejillas también redondeadas, la tez blanca. Efectivamente vestía con elegancia ese día, y además en todo ese trayecto camina con distinción, a pesar de las circunstancias.

La imagen de referencia previa allegada por la instrucción permite captar rasgos esenciales de cabeza y rostro, únicamente. El *parecido* que la testigo encontraba entre la persona real que conocía y las imágenes de video es totalmente razonable, por lo que se valora que su testimonio refleja su conocimiento al nivel de verdad.

El resultado del ejercicio se incluye en el tercer segmento del *video HOLOCAUSTO* que hace parte de esta sentencia, entre los minutos 5’:34” y 7’00”, y se describe así:

| **Paso** | **Minuto’ segundos”** | **Descripción** |
|---|---|---|
| 1 | 5’34” | Foto fija. Se destacan sus mejillas y nariz redondeadas, el contorno de la cabeza, la forma de su cabello. |
| 2 | 5’43” | Sale quien es reconocido como DAVID SUSPES, video de TV Española. Aparece por la parte derecha alta de la imagen y se desplaza hacia el extremo izquierdo mientras camina por el atrio. |
| 3 | 5’46” | Se lo señala con una flecha de seguimiento. Lo conduce un soldado. Lleva las manos sueltas arriba, camina despacio y parece hablar o discutir su situación con el soldado. |
| 4 | 5’48” | Se percibe completo, claro, se aprecian sus facciones. |
| 5 | 5’52” | Baja las escaleras del atrio. Ahora lo conducen dos soldados. |
| 6 | 6’00” | Se pierde momentáneamente tras varios soldados y personas. |
| 7 | 6’07” | Aparece de nuevo, avanza cambiando perfil de lado y lado. |

| Paso | Minuto' segundos" | Descripción |
|---|---|---|
| 8 | 6'16" | Otra toma, Cinevisión Cd 18, con mayor acercamiento, colores más claros. Cuando lo conducen dos soldados, parece discutir su situación con uno y otro, muestra los dos perfiles y de frente. |
| 9 | 6'28" a 6'42" | Se repite paso 8, cámara lenta. |
| 10 | 6'42" | Imagen detenida, se recorta foto |
| 11 | 6'48" | Se compara el recorte con foto 1 invertida; se destaca la cara redonda, la nariz redonda. |
| 12 | 6'52" | Se aproximan los tamaños de las fotos para facilitar comparación. |
| 13 | 7'00" | Fin |

Las siguientes son algunas impresiones en papel de la foto previa de referencia y de tomas del video de la sentencia, pero nuevamente se recomienda observar el video por sus características de continuidad y nitidez.

**La similitud de imágenes no deja duda a esta Corporación, lo que la obliga a pronunciar más allá de toda duda razonable que se trata de la misma persona. Por lo tanto declara que DAVID SUSPES CELIS salió vivo del Palacio el 7 de noviembre de 1985, bajo el control del Ejército, y como desde esa fecha no se tienen noticias de él, está desaparecido forzadamente.**

## 10.8 NORMA CONSTANZA ESGUERRA

Esta joven profesional de la diplomacia completaba sus ingresos con la distribución de comestibles en varias cafeterías del sector del Palacio.

Al apreciar la evidencia registrada en 5.2.7, la Sala encuentra que la duda introducida por sus familiares, sobre si sus restos fueron erróneamente entregados como del magistrado ABADÍA SERRANO, se debió resolver en la instrucción, para definir si son o no son masculinos, lo cual daría una importante respaldo de credibilidad a la inferencia que en principio se ve razonable, de haberlos identificado como tales.

Pero en cuanto al tema de fondo en esta providencia, la disyuntiva no es la de si fue desaparecida forzadamente, sino la de si los restos de esta víctima están identificados, o aún no lo están, como víctima incinerada. Al observar cuidadosamente la evidencia disponible aparece altamente probable que no podía haber equivocación del médico al determinar que se trataba de un cadáver femenino, pues le comprobó útero no preñado, y lo marcó con una F, de femenino, a pesar de lo cual fue entregado a los deudos del magistrado SERRANO ABADÍA. En todo caso la respuesta dejará la incógnita de dónde están los restos de la persona que no resulte identificada.

Si esa disyuntiva se resolvió en su momento en el sentido de que los restos pertenecían al magistrado ABADÍA SERRANO, porque el juzgado le dio mayor valor probatorio a la inspección técnica inmediata con presencia de la doctora MERCY MENDEZ[122] que a la diligencia judicial posterior donde intervino la mamá de NORMA CONSTANZA,[123] la conclusión de primera instancia no debía ser la de que ésta salió viva y está desaparecida forzadamente, sino la de que no se sabe si sus restos se encuentran entre los que no han sido identificados.

En la práctica probatoria reseñada en 5.2.7 no aparece declaración o debate sobre haber sido vista saliendo viva del Palacio, que es la premisa necesaria para construir un argumento de desaparición forzada. Es razonable la afirmación de la defensa, de que si sus alhajas fueron encontradas en el piso 4º cerca del cadáver del magistrado ABADÍA, es posible inferir que NORMA CONSTANZA estuvo en ese piso, lo cual puede conducir a que no se ha hecho la debida labor de identificación, pero no a que haya salido viva del edificio. Pero no se debe olvidar que hubo manipulación incorrecta de la escena del holocausto y que muchas evidencias –entre las que podrían haber estado esas alhajas- fueron ubicadas en lugares distintos a los que ocupaban cuando terminó la recuperación del Palacio.

La mamá dijo que en un comienzo creyó que NORMA estaba viva porque al preguntar por ella y al mostrarle la foto al Coronel SÁNCHEZ se sorprendió, y porque un soldado les dijo que había bastantes retenidos, pero que después de la diligencia en Paloquemao donde le presentaron los elementos recogidos en la escena y ella encontró partes de sus alhajas, concluyó que estaba muerta y sólo esperaba que le formalizaran la situación.[124]

Esto ratifica que el sentido de la discusión en este caso se debe dirigir a la identificación de los restos de las víctimas, no a la posibilidad de que NORMA CONSTANZA haya salido viva y esté desaparecida. Como se infiere que no se ha hecho la correspondiente verificación de la identidad de los restos sepultados, la fiscalía deberá proceder a realizarla aun antes de que la presente providencia quede ejecutoriada, si no lo hubiere hecho ya, con el fin de actualizar la lista de presuntos desaparecidos forzadamente.

[122]F. 131,c. 11 a. c.
[123]F. 122 c. 1 i. pr.
[124]F. 179, c. 5 i. pr.

**La Sala concluye que no es válido afirmar que NORMA CONSTANZA ESGUERRA salió viva y fue posteriormente desaparecida, sino que no se ha hecho la debida confrontación de restos humanos confundidos probablemente con los del Magistrado PEDRO ELÍAS SERRANO ABADÍA, por lo que revocará en este aspecto su declaración como persona desaparecida forzadamente, para que se perfeccione la investigación.**

## 10.9 LUCY AMPARO OVIEDO

La joven estudiante LUCY AMPARO buscaba la oportunidad de ser contratada para un empleo por intervención de un magistrado de la Corte Suprema.

1. La sentencia apelada escasamente registra como datos evidenciales para declararla desaparecida, que sus padres dicen que se comunicaron el día 6 hacia las 4 de la tarde con el Museo e indagaron si entre los rescatados estaba ella, con respuesta afirmativa y que más tarde la enviarían a casa;[125] que su hermana DAMARIS dijo que logró establecer comunicación el segundo día, y al preguntar por LUCY el interlocutor repitió en voz alta el nombre y le respondieron que se *encontraba allá y que por la tarde la entregaban en la casa.* Dice que ese mismo día le dio los datos de LUCY a un *conductor militar* a quien le encargó averiguar si se encontraba en el Museo, y recibieron en horas de la tarde su mensaje, que efectivamente *estaba allá y que por la tarde la entregaban.* Sin embargo, nunca apareció.

No se conservaron datos de ninguno de los interlocutores, por lo tanto no fue posible verificar el porqué de las respuestas positivas y anuncio de pronta entrega de la retenida. La Sala encuentra que aunque es una información inquietante, no es evidencia suficiente para construir un indicio serio, grave y menos necesario de que LUCY salió con vida del edificio.

2. Por otra parte dice DAMARIS que el 12 de noviembre (martes siguiente), el vecino RODRIGO ALBA que trabajaba en la Brigada de Usaquén dijo haberla visto, y recomendó llevarle ropa porque estaba *"muy sucia"*, pero cuando fueron, los militares les negaron que tuvieran retenidos; se entrevistaron con el Comandante del B-2 del Ejército, *Coronel SANCHEZ,* quien *negó tener presos,*

[125] F. 215, c. 5 i. pr.

*y dijo que los nueve empleados de la cafetería eran del M-19, se fueron al monte y ahora dicen que nosotros los tenemos.*

3. JAIRO ARIAS, esposo de LUCY, afirmó que otro conocido, EMILIANO SÁNCHEZ, le comunicó que la había visto en estado de abandono y desaseo en la Brigada, como lo había dicho ALBA. El 26 de diciembre de 1985 se escuchó a SÁNCHEZ, quien se limitó a expresar que JAIRO ARIAS acudió a él para pedirle *ayuda espiritual*, y que si en algún momento le dijo que su esposa se hallaba en el Cantón, fue por infundirle *una voz de aliento,* pero que no presenció nada de eso y que simplemente *lo supuso.*[126]

Esta última versión fue inadmisible para el juzgado *a quo* pues no se habría tratado de una voz de aliento sino de una verdadera percepción del suceso, del que se retracta. Para esta Sala, por el contrario, es creíble la versión de EMILIANO SÁNCHEZ, cuando se examina más completamente y en todo su contexto. Es claro que conocida su versión, conjuntamente con la de su señora, activista de alguna iglesia cristiana, confrontada por los familiares de LUCY quedó al descubierto que no sabía nada de ella, y por eso calificaron a EMILIANO de *mentiroso, un desgraciado que no salió con nada de información sobre LUCY.*

No tener en cuenta esa información para la apreciación probatoria sería una violación de las reglas de prueba, como error de hecho por falso juicio de identidad, por cercenamiento del medio contemplado, además de falso raciocinio por no considerar el conjunto de la prueba.

4. RAFAEL OVIEDO (padre) al referirse a los reconocimientos hechos hasta ese momento, manifestó: "*Como lo dije anteriormente, lo mismo que le ha sucedido a mi esposa, yo trato de reconocer a mi hija también; por su estatura, sus movimientos, pero he sido muy explícito al declarar que mientras no haya una ampliación no puedo jurar exactamente que es ella, puesto que es muy posible que uno tenga su doble en cualquier parte…*". No aparece que se hayan hecho esas ampliaciones o una búsqueda detallada como se indicó atrás, ni ha sido posible para la Sala realizarla exitosamente con los materiales aportados.

5. No lo menciona la sentencia apelada, pero es ineludible considerar que mientras sus padres hicieron reconocimiento en video de LUCY saliendo viva, NUBIA STELLA HURTADO TORRES se reconoce enfática y repetidamente a sí

[126] F. 217 de la sentencia de primera instancia.

misma como esa persona que es rescatada del palacio. Coinciden las ropas que ésta informa que llevaba, mientras no coinciden las de las fotos con las que la familia OVIEDO había atribuido a LUCY.[127]

Al igual que en el caso de CRISTINA GUARÍN y MARIA NELFI DÍAZ, para esta Sala la experiencia personalísima de una testigo que se presenta a relatarla y en quien concuerdan los detalles de vestimenta no cuestionados, debe prevalecer y recibir toda la credibilidad para la decisión judicial. No es comprensible tratar de forzar la realidad probada para fundamentar una decisión que no se compadece con el principio elemental de necesidad de la prueba, según el cual toda decisión judicial debe basarse en pruebas legalmente allegadas.

La Sala considera que el reconocimiento de esta víctima debió procurarse con los medios técnicos disponibles de la salida de rehenes del primer día, y así deberá procurarlo la continuación de la investigación de la Fiscalía, pues se afirmó que en la tarde del día 6 ya decían en la Casa del Florero que ella estaba allí.

**En conclusión, no hay base probatoria alguna para afirmar que LUCY AMPARO OVIEDO salió con vida del Palacio; por el contrario, hay prueba que niega su reconocimiento de estar saliendo viva, por lo que no se puede inferir con seguridad que fue desaparecida forzadamente. Se anulará en este aspecto la sentencia para que se investigue adecuadamente.**

## 10.10 GLORIA ANZOLA DE LANAO

Esta abogada guardó su vehículo el 6 de noviembre de 1985 hacia las 11:30 a.m., como acostumbraba, en el parqueadero de su tía Consejera de Estado HAYDÉE ANZOLA, en el sótano del Palacio. Allí fue encontrado, pero de ella no se tiene noticia desde entonces.

1. De la sentencia de primera instancia se resume que registra, en 5.3.10, que no hay fuente de información, testimonial o documental, que la señale como salida viva del Palacio.[128]

[127] F. 100, c. 20 a. i.

[128] F. 210 y ss. de la providencia de primera instancia.

2. Sus padres dicen haber recibido, días después, llamadas anónimas que la ubicaban en el Cantón Norte y decían que era objeto de torturas, pero aunque varios familiares hicieron la búsqueda del caso, no obtuvieron ningún resultado.

3. La Defensa complementa (6.10.10) que su hermano OSCAR ANZOLA escuchó que en alguna emisora decían que GLORIA había salido viva; la buscaron ante las autoridades pero no la encontraron en la lista de detenidos o en parte alguna. No se comprobó que alguna grabación radial registrara esa información.

De la reacción a las llamadas anónimas no se obtiene en este caso, ni en ninguno otro, un resultado positivo o concreto, por lo cual no se puede deducir algún nivel de probabilidad de verdad en esas afirmaciones.

Su hermana MARÍA CONSUELO ANZOLA MORA, odontóloga, intentó reconocerla por el conjunto dental, dentro de los cadáveres que pudo encontrar en el Palacio y en Medicina Legal, sin éxito.

La ausencia de identificación por carta dental entre los conjuntos bucales de los cráneos encontrados solo lleva a inferir que entre ellos no estaba el objetivo buscado, pero no que ella salió viva. La identificación por carta dental, si bien es un recurso técnico válido y eficaz, no es el único ni el más avanzado en la investigación criminalística. Habiendo un importante conjunto de restos humanos relacionados con estos hechos que no fue sometido a los análisis de rigor, persiste un amplio campo a la duda sobre si puede haber allí restos de esta víctima, por lo que debe continuar la investigación técnico-científica antes de formular la acusación como se ha hecho en este proceso.

4. Al acusar y condenar a alguien por desaparición forzada en estas condiciones, se cae en la falacia de afirmar que de las personas presentes en los hechos hay solo dos opciones: o salieron vivas, o se encontraron sus restos. Se deja de lado que hay un grupo indeterminado de casos en los que se encontraron restos parciales de cuerpos, solo troncos, a veces unidos por acción del fuego y difíciles de despegar, por ejemplo. Está documentado *supra* que hubo numerosas irregularidades en la identificación y entrega de cadáveres, como haber entregado a hombre por mujer, a mujer por hombre, a más de uno como si fueran de una sola persona, así como que hubo restos

de los que no se conoce su destino.[129] Se registró además que en los días posteriores, empleados del aseo encontraron restos humanos que botaron a la basura porque no recibieron otras instrucciones[130]. Ante ese panorama no es válido deducir que si no se encontró el conjunto bucal de una víctima, es porque salió viva.

**Para esta Sala, no hay base evidencial alguna para elaborar el argumento de que GLORIA ANZOLA DE LANAO salió viva y fue desaparecida, por lo cual se anulará la sentencia en este punto, para que se perfeccione la investigación.**

## 10.11 IRMA FRANCO PINEDA

### 10.11.1 SALIDA VIVA DEL PALACIO

No se pone en duda por ninguna parte o interviniente la salida viva de esta guerrillera el día 7 al final de la recuperación del palacio. Fue reconocida por numerosos testigos; la defensa lo aceptó así (6.10.11), también los demás intervinientes. La Fiscalía lo afirmó y la sentencia de primera instancia así lo declaró.

Pero la teoría de la defensa trata de poner en duda cuál fue el destino de esta retenida a partir del momento de su salida. Propone que, al igual que presuntamente lo hicieron otros guerrilleros que participaron en la ocupación, pudo abandonar la escena y se halla en la clandestinidad, protegida por algún gobierno extranjero, o quizá con otra identidad, como ocurrió con CLARA HELENA ENCISO, quien unos años después fue entrevistada por los periodistas RAMÓN JIMENO y OLGA BEHAR.

Sin embargo, del examen del acervo probatorio se establece con certeza que esta guerrillera fue llevada a la Casa del Florero, y sin ser puesta a disposición de las autoridades competentes, desapareció cuando estaba bajo el control de miembros del Ejército. Véase:

[129]Notas 2, 3, 4 y 8 del cuadro del punto 9.3.1

[130] F. 36 c. 50 a. i.

1.El abogado JORGE FRANCO PINEDA, su hermano, antiguo congresista y dirigente deportivo, declaró que recibió la llamada de un Coronel de la Policía, amigo de su familia, quien le comunicó que él había visto a IRMA, que estaba en la Casa del Florero y que no tenía ni un rasguño, que estuviera tranquilo.[131] Su hermana ELIZABETH FRANCO declaró que tiempo después JORGE y ella se encontraron con el Coronel, y ante el reclamo por no haber actuado para salvarla dijo que nunca se imaginó que le pasara algo y que él la había visto en perfectas condiciones con otro poco de gente que tenían ahí.[132]

Se estableció en audiencia pública que el primer oficial mencionado era el hoy General de la Policía (r) FÉLIX GALLARDO ANGARITA,[133] Comandante del Cuerpo de Bomberos para la fecha de los hechos. Fue escuchado en la instrucción y en la causa y señaló que tuvo amistad con el doctor JORGE FRANCO y su familia.

En cuanto a IRMA, dijo que se enteró de que para el día de marras se hallaba en el Museo del 20 de Julio, supo de la presencia de la guerrillera en el segundo piso del Museo porque d*os agentes de la Policía comentaron, caminando en el sector, que una mujer preguntaba por el doctor JORGE FRANCO y que decía que no era guerrillera. Dijo no recordar cómo fue la comunicación con JORGE, "pero es posible que yo lo haya llamado o él me haya llamado, yo le comenté eso y pues no argumentamos más por cuanto yo no tenía competencia ni actividad especial sobre los aspectos del control de esas personas que seguramente salieron del Palacio".*[134]

La sentencia de primera instancia evaluó que esta forma de presentar los hechos por el declarante es producto del temor y del respeto que como General retirado debe a las Fuerzas Armadas, y así mismo la interpreta esta instancia; pero finalmente es una declaración confirmatoria, y por la ambigüedad que trata de introducir, sin éxito, no se considera procedente ni útil una investigación por falso testimonio o fraude procesal.

Pasado algún tiempo de búsqueda infructuosa, JORGE FRANCO pidió a un amigo oficial del ejército, cuyo nombre se reservó, que le averiguara e informara si valía la pena continuar en el esfuerzo, y días después, a través del guerrillero del M-19 ROSEMBERG PABÓN –de quien se deduce tenía contactos

[131]F. 80, c. 6 a. i.
[132] Ibídem, folio 7.
[133]F. 90 c. 10 a. i.
[134] Ibídem. F. 95.

a alto nivel del Ejército- recibió el consejo de que no insistiera más en lo de IRMA.[135]Otro oficial amigo en una reunión también le dijo que ya no buscara más a IRMA, y le indicó, según sus dichos, que los tuvieron como ocho días en las caballerizas, luego los mataron y los cadáveres los llevaron a la fosa común del cementerio del sur, excepto el de IRMA y una señora ANZOLA, que los llevaron al de Chapinero, información que le dio al abogado EDUARDO UMAÑA MENDOZA.

2. FRANCISCO DE LA CRUZ LARA, celador de la Casa del Florero, declaró que en cumplimiento de sus labores realizó rondas de vigilancia en esa fecha; observó en la segunda planta a varias personas retenidas, entre ellas un grupo de unas siete, que al parecer habían sido encontradas en los alrededores del Palacio de Justicia y fueron evacuadas el 7 de noviembre, escoltadas por personal militar, que estaban allí por ser consideradas *"sospechosas"* y que eran custodiadas por soldados del Batallón Guardia Presidencial. Dice que el día 7 ingresó una mujer a la Sala de Firmantes del Acta, bajo la custodia de un soldado. La describe sin precisión *pues es difícil porque ella salió con hollín*, que esta persona permaneció en ese lugar hasta las seis u ocho de la noche del día jueves, hora en la que *salió del Museo vigilada, escoltada por gente de civil y un militar vestido de verde del Ejército, en un campero Toyota o Nissan Patrol de color verde oscuro, verde billar,*[136]descripción que corresponde con la suministrada por otros testigos.

3. PEDRO LEÓN ACOSTA PALACIOS, también celador del Museo, relata sobre una mujer que sacaron los soldados *el Jueves ya tardecito, como más tarde de las seis; fue la última que salió del museo, por esa es que han venido averiguando, de la cual yo vi el campero que se llevó la muchacha,*[137]y agrega que junto a él se encontraba FRANCISCO DE LA CRUZ LARA, por lo que ambos oyeron decir a los dos hombres que la custodiaban: *"esta hijueputa nos la paga".*

4. MERCEDES FRANCO PINEDA declaró que días después de la ocupación del Palacio de Justicia recibió una llamada de un hombre que se identificó como

[135]F. 84 c. 6 a. de i.

[136]F 56, c. 49 da. i.
[137] Ibídem, F. 156.

EDGAR ALFONSO MORENO FIGUEROA, quien manifestó que en su condición de soldado cuidó a IRMA en la Casa Museo del Florero.[138]

5. Se recibió el testimonio del soldado bachiller EDGAR ALFONSO MORENO FIGUEROA; dijo que en esa fecha prestaba su servicio militar bajo el mando del teniente coronel CELSO SUÁREZ MARTÍNEZ, en el Batallón de Policía Militar ubicado en Puente Aranda, cuyo grupo de reacción inmediata tuvo a su cargo *acordonar las inmediaciones del Palacio.* Fue ubicado al lado del Museo, lugar donde el teniente RINCÓN, del Batallón de Policía Militar número 1, le impartió *la orden específica de cuidar una muchacha*, con la cual estuvo *en el segundo piso de la Casa del Florero;* permanecieron allí aproximadamente una hora, luego de lo cual *entró un oficial a una oficina que queda diagonal al pasadizo donde se encontraban, mandó seguir a la muchacha que estaba custodiando, el oficial cerró la puerta, y él se reintegró al batallón.*[139]

Relata que la joven a quien custodió en el Museo salió del Palacio de Justicia el día 7 de noviembre, y que hallándose retenida se le identificó como IRMA FRANCO, le pidió que se comunicara con su familia para avisarle "*que la tenía la brigada*", y le dio un número telefónico, al que llamó posteriormente para transmitir el mensaje. Anota que la retenida fue separada del grupo de rescatados y conducida al segundo piso, porque los demás liberados la calificaban como guerrillera.

Este testimonio se ha mantenido consistente en sus versiones de 1986, 1987, 1989 y 2006.[140] Se lo ha querido descalificar por aparentes incoherencias, pero éstas son originadas en otras personas o en interpretaciones de su dicho, como las de que se refirió a la Escuela de Caballería, no habiendo sido así, o a *la Brigada,* siendo él orgánico de la Policía Militar, lo cual no quita ni agrega nada a la esencia de su relato.

6. Sobre el destino final de esta guerrillera resulta decisiva la versión del testigo a quien la Fiscalía concedió reserva de identidad, la que después fue levantada y se estableció que se trataba del ex soldado BERNARDO ALFONSO GARZÓN GARZÓN; dijo que por razones de su trabajo y de acceso a diferentes actividades de inteligencia y contrainteligencia que se desarrollaban en la escuela CHARRY SOLANO, tuvo conocimiento directo de varios casos de

[138] Reg. Min. 00:09:00 y ss. CD sesión 30, prueba trasladada en etapa de juicio del proceso 2008-710.
[139] F. 81, c. 7 a. i.
[140] F. 181 c. 51 a. i, F. 86 c. 52 a. i., F. 258 c. 4 i. pr., F. 94, c. 5 i. pr., F. 81, c. 7 a. i.

desapariciones de personas realizadas por ese batallón, con el conocimiento del comandante General IVÁN RAMÍREZ QUINTERO, anteriores y posteriores a la toma del Palacio, entre los que se destacan los muy conocidos casos de los militantes de política de izquierda NYDIA ERIKA BAUTISTA y OSCAR WILLIAM CALVO. Debido a que no fue debidamente respaldado por sus superiores cuando cayó preso y condenado por conductas ilegales realizadas en el marco de actividades oficiales, decidió declarar sobre esas desapariciones. Sus informaciones fueron contrastadas exitosamente en investigación ordenada por la Fiscalía, en trámite abierto con el objeto de verificar la procedencia de beneficios por colaboración.[141] En oportunidades posteriores ha tratado de retractarse o morigerar sus acusaciones, pero la coherencia y espontaneidad originales no le disminuyen credibilidad.

En cuanto al 7 de noviembre de 1985, dijo que algunas de las personas rescatadas del Palacio fueron identificadas en la Casa Museo por el personal de inteligencia de diferentes fuerzas que tenían como blanco u objetivo al M-19. De IRMA FRANCO, dijo que fue llevada a la Brigada 20 o Batallón de inteligencia Charry Solano, del que él era suboficial orgánico, en un *campero Nissan Patrol de color azul oscuro;* allí fue instalada en una camioneta *Chevi van* acondicionada con un *equipo especial para interrogatorios y torturas;* fue entregada luego a los *SV. GUSTAVO SERRATO y SS. GUSTAVO ARÉVALO y al jefe de blanco que en ese momento había*, quienes en su calidad de analistas e interrogadores tuvieron conocimiento de datos muy valiosos. Cree que de ahí obtuvieron información sobre la casa donde se había hospedado una parte del grupo del M-19 que participó en el asalto, que era una casa ubicada al oriente de la carrera décima pasando el Instituto de Cancerología, sobre un atentado que planeaban contra el personal militar, con un *bus bomba, y* sobre la *organización, composición, ubicación e identificación de la gran mayoría de miembros de la organización M-19.*Afirma que cumplidas las averiguaciones pertinentes, IRMA FRANCO fue asesinada y su cuerpo fue sepultado en *la loma donde hoy en día quedan los polígonos*, de lo que se encargaron los oficiales CAMILO PULECIO TOVAR y CARLOS ARMANDO MEJÍA LOBO.[142]

[141]F. 132 c. 31 a. i. Se ha mencionado indistintamente a Brigada 20, Batallón de inteligencia Charry Solano, COICI –comando de inteligencia y contrainteligencia- y DINTE –Dirección de Inteligencia, todos organismos de la misma unidad y objetivo, bajo el comando del Coronel RAMÍREZ QUINTERO.

[142] Ibídem. Se comprobó que esos oficiales hacían parte del batallón Charry Solano; fueron interrogados, negaron esta versión; están vinculados a otro proceso por su participación estos mismos hechos. F. 249, c. 31 a. i.

Para la Sala, en cuanto a que IRMA FRANCO estuvo viva en poder de las autoridades en el Museo, la anterior relación probatoria es suficiente. Sin embargo hay otras múltiples declaraciones de personas que la vieron allí, las que se pueden consultar a partir de la página 235 de la sentencia apelada: MAGALYS ARÉVALO, empleada de servicios generales del edificio judicial; HÉCTOR DARÍO CORREA TAMAYO, citador de la Sala Constitucional; JOSÉ WILLIAM ORTIZ, conductor de un magistrado de la Sala Civil; AURA GLADYS MORENO ROZO, operaria de Serviaseo; BETTY QUINTERO GONZÁLEZ, abogada litigante.[143] Todas ellas merecen total credibilidad por su espontaneidad, coherencia interna y externa, riqueza de detalles y ausencia de contradictores.

### 10.11.2 LAS *INSTRUCCIONES TERMINANTES* PARA CON LOS SOSPECHOSOS

Es importante repetir los siguientes apartes transcritos de las comunicaciones radiales de la cúpula militar del operativo de recuperación del Palacio:[144]

> ***"ARCANO 5:*** *Eh… recomendación especial mantener eh… los no heridos y* ***los que aún no se han podido identificar plenamente eh aislados,*** *aislados, eh la DINTE, lo va apoyar con material (para) su clasificación, cambio.*
>
> ***ARCANO 2:*** *Recibido y QSL, creo que eh* ***no hemos podido identificar sino una y ya está plenamente identificada por las personas acá,*** *cambio.*
>
> ***ARCANO 5:*** *R, eh…* ***ya sabe****…* ***las instrucciones complementarias a estos son terminantes,*** *cambio.*
>
> ***ARCANO 2:*** *Ah, recibido y QSL, recibido y QSL Arcano Cinco".*[145]

… y en otro aparte:

---

[143]Cuadernos Procuraduría 1, 5; anexos instrucción 5, 42, 44, 45, 47, 49, 52; anexos causa 14, 15.

[144]Cuadernos 35 y 36 anexos de instrucción. De las transcripciones completas se seleccionan estos apartes por contener de la manera más precisa la evidencia física documental sobre la que se elaboran las inferencias cruciales para la decisión. Se consideraron oficiosamente las inquietudes sobre su autenticidad y credibilidad dadas las diferencias encontradas en las versiones aportadas por los periodistas Herbin Hoyos y Ramón Jimeno, y se encontró que esas diferencias corresponden a la forma de presentación que cada uno escogió, sin que se hayan cambiado o traspuesto los contenidos. Valga anotar que para esta instancia, ni la Defensa ni el Ministerio Público, apelantes, cuestionaron aspecto alguno después de que la Vicefiscalía estudió el punto y concluyó que no hubo ilicitud o ilegalidad en la grabación o aducción de las grabaciones. F. 18 y ss.,c. de instrucción, segunda instancia.

[145]CD 14 del presente expediente, archivo C 1 L B, correspondiente al cassette original 1, lado B, de la grabación realizada por Pablo Montaña y aportada por Herbin Hoyos, desde el momento 26'50".

> ***ARCANO 2:*** *De la anterior imitación* [inclinación] *comprobamos con personajes de DINTE que lo conocen y no está dentro de los que tenemos acá, cambio.*
>
> ***ARCANO 5:*** *R, está QSL ¿y el … el seis, uno de los seis de estos sujetos eh...?, cambio.*[146]
>
> ***ARCANO 2:*** *No, negativo,* ***únicamente pudimos obtener inclinación sobre una sujeto, sobre una sujeto que es abogada, y que ya fue reconocida por todo el personal****, cambio.*
>
> ***ARCANO 5: Esperamos que si está la manga no aparezca el chaleco,*** *cambio.*
>
> ***ARCANO 2:*** *Recibido, QSL.*[147]

Aunque el juzgado *a quo* se apoyó técnicamente en el dictamen de los peritos de la Policía Nacional para entresacar el sentido de esas palabras,[148]la Sala encuentra que ese sentido es claro para el común de las personas informadas de lo que se está tratando y que están en antecedentes de la situación; aún sin esa explicación pericial, intuitivamente el significado surge incuestionable por el contexto, a pesar del lenguaje figurado o críptico que se pretendió usar.

Esa conversación tenía un evidente designio maligno: el Coronel SADOVNIK, ARCANO 5, le recuerda (*"ya sabe"*) al Co. SÁNCHEZ RUBIANO, ARCANO 2, que se le deben aplicar las *instrucciones complementarias,* que son *terminantes,* esto es, *que si está la manga no aparezca el chaleco,* lo que traduce homólogamente, que el *destino final* es *que si está algo de ella, no aparezca ella*. Es decir, que se la oculte, que se la secuestre, que se la desaparezca.

El perito de la Dirección de Inteligencia de la Policía, aclaró que se consideraron varias interpretaciones de esas oraciones porque "*sencillamente sabíamos que era una orden irregular; analizamos lo que fue el término secuestrar, pero dentro del análisis fue descartado… el término asesinar también fue*

---

[146] "el seis", significa en este contexto, el jefe, el superior, así como Arcano 6 era el comandante de la Brigada General ARIAS, Paladín 6 era el comandante del Ejército General RAFAEL SAMUDIO, Coraje 6 era el Ministro de Defensa General MIGUEL VEGA URIBE. Véase que se estaba hablando de OTERO CIFUENTES, el "seis" de ellos, que era el jefe guerrillero del sector oriental del Palacio, o carrera séptima. El otro "seis" guerrillero, por el que preguntan, era ANDRÉS ALMARALES, en el sector occidental o de la carrera octava, del que se sabía que todavía estaba vivo y se encontraba con un grupo de 7 guerrilleros y unos 60 rehenes, en el baño entre segundo y tercer piso, había enviado como heraldo al magistrado ARCINIEGAS, y enseguida permitió la salida de las mujeres, entre ellas la guerrillera IRMA FRANCO, de la que en esta conversación Arcano 2, Co. SÁNCHEZ, le dice a Arcano 5, Co. SADOVNIK, que ya está identificada.

[147] CD 14 del presente expediente, archivo C2 L B, correspondiente al cassette original 2, lado B, de la grabación realizada por Pablo Montaña y aportada por Herbin Hoyos, desde el momento 3':18".

[148] C. 39 a. i.

*descartado porque sencillamente hubieran sido actividades que se hubiesen cumplido de* [f]*acto; pero entonces esa palabra se complementa cuando dice* ***'si está la manga que no aparezca el chaleco'****, que va acompañada en base a esta información que le está suministrando Arcano 2 a Arcano 5 sobre esta sujeto sobre la cual tenía inclinación y que ha sido verificada por el personal que lo asesoraba, entonces llegamos a la conclusión de que básicamente se está refiriendo a proceder irregularmente, siendo tácito dentro de lo que es la forma de desaparición de una persona,* delito que va *"más allá de asesinar a una persona, ocultar su cuerpo, que no sea encontrado, ese es el fin que persigue la desaparición porque es algo irregular, y como irregular de esa misma forma proceden los grupos al margen de la ley…"*

*"ARCANO 5",* dice, *"era el segundo comandante de la Brigada 13, encargado de realizar las diferentes coordinaciones entre lo que era Arcano 6, órdenes que emitía Paladín 6, que emitía en determinado momento Coraje 6, estas eran retransmitidas a Arcano 6 por medio de Arcano 5, órdenes que emitía Arcano 6 a Arcano 2, estas eran retransmitidas por Arcano 5 a Arcano 2, hacía como un puente de enlace bastante importante, yo creo que fue la persona con mayor participación radial dentro de lo que fue estas comunicaciones. Arcano 2 concentra a las personas para efectos de su identificación, por órdenes de Arcano 6 y Arcano 5, quien (es) uno de los mayores interlocutores en estas comunicaciones…"*

El juzgado a quo interpretó que las ***"instrucciones complementarias"*** y *"**terminantes**"* necesariamente debían provenir de un superior de *ARCANO 5*, pues si hubieran emanado de un subalterno, no se habrían llamado "*instrucciones".* Como el Co. LUIS CARLOS SADOVNIK, Arcano 5, era el segundo comandante de la Brigada 13 e inmediato subalterno del General ARIAS CABRALES, no le queda duda de que fue éste quien las emitió, o al menos sabía de qué estaban hablando.

Para esta Sala, esa interpretación se queda corta en posibilidades: las *instrucciones complementarias y terminantes* podían provenir no solo del General ARIAS CABRALES, sino que podían involucrar al anterior comandante interino de la Brigada (Coronel SADOVNIK), al anterior comandante titular, a todo el Estado Mayor de la Brigada, o a cualesquiera otros niveles superiores, o responder a una política ilegal y secreta, o ser un código de acciones *complementarias* en ciertas circunstancias; sin embargo, ninguna de esas

posibilidades fue objeto de prueba en este proceso, y a los jueces no nos está dado pronunciarnos por vía general sino solamente sobre el estricto tema propuesto por la Fiscalía, y solamente con la prueba legalmente allegada al proceso.

**En fin, en cuanto a la guerrillera IRMA FRANCO, el General ARIAS CABRALES permitió, porque no corrigió ni reprimió, inmediata ni posteriormente, al Coronel SADOVNIK, su segundo al mando, ni al Coronel SÁNCHEZ, por la reiteración y aceptación de las *instrucciones complementarias terminantes* con respecto a esos individuos, entre ellos IRMA FRANCO, de modo que *si está la manga no aparezca el chaleco*, y desde entonces no se ha vuelto a tener noticia de ella, por lo cual la Sala declara que la guerrillera IRMA FRANCO fue desaparecida forzadamente bajo control del Ejército.**

## 10.12 GUÍA GENERAL DE EVALUACIÓN PROBATORIA

Se reiteran algunos puntos generales de la valoración probatoria que hace esta Sala:

1. Esta sentencia parte de que no han sido identificados todos los restos humanos hallados en la escena, debido a la defectuosa manera como se hicieron los levantamientos y reconocimiento de elementos que los acompañaban, y a los graves errores en la entrega a familiares. Hay análisis pendientes e información por verificar como para poder afirmar a estas alturas que las demás víctimas que no fueron identificadas como saliendo vivas del Palacio, no están entre los restos humanos disponibles. Esta Sala no desconoce que esa tarea puede estar destinada a la cuasi-imposibilidad de obtener resultados concretos o definitivos, pero por ello mismo en algunos casos puede persistir la duda de si determinadas personas fueron objeto de desaparición forzada, lo que sí es el tema presente de esta sentencia.

Quedó registrado que Medicina Legal adelantó estudios por muestreo sobre un grupo de restos humanos exhumados de la fosa común del Cementerio del Sur, y que continúan los exámenes de esos restos. Sin embargo, en este contexto no es admisible un resultado por muestreo. Esos estudios son científicamente válidos para otros fines y en otros campos cuyos objetivos sean de contenido general para un determinado universo, mientras que en la investigación criminalística el objetivo es particular, concreto e

individualizado; la evidencia tiene que ser estudiada de manera concreta y personalizada porque su resultado es de carácter personal, y va a afectar los derechos de seres humanos únicos e inconfundibles, ya sean víctimas o sindicados. Por lo tanto, no se puede dejar de examinar ninguno de los elementos de restos, para eliminar la duda sobre el destino de los presuntos desaparecidos, como sí se logró descartar en el caso de ROSA CASTIBLANCO, identificados sus restos a través de ADN. Esa falta de investigación completa no fue superada oportunamente para la valoración en la sentencia de primera instancia; por lo tanto, cuando sea finiquitada, sus resultados pueden afectar en alguna medida la permanencia de la determinación de hechos probados en esta providencia.

2. En cuanto al sometimiento a peritazgo de los reconocimientos con base en grabaciones de salida de rehenes, el dictamen que invoca la defensa concluyó que no se puede elaborar una comparación morfológica porque el material es muy difuso; de allí se pretendería descalificar cualquier reconocimiento que se pretenda hacer de esos rehenes liberados.

Ante esto hay que precisar que el juez es perito de peritos. Eso significa que se puede apartar de ese dictamen, siempre que sustente con fuerza persuasiva una conclusión diferente. La fuerza persuasiva depende de la objetividad de los argumentos, y esa es la que ha logrado esta Sala a partir de la regla de experiencia enunciada en 9.3.5 y la aplicación del resumen de conocimientos de las ciencias auxiliares, de 9.3.2 a 9.3.4, a la evidencia documental disponible, todo ello plasmado en el video *Holocausto.*

3. La Sala no desestima, sino que por el contrario les da plena credibilidad, a los testimonios de las personas que se presentan a decir “Esa soy yo”, apoyadas en datos evidenciales y declaraciones de terceros que los confirman, en los casos de MARIA NELFI DÍAZ, a quien se toma por CRISTINA GUARÍN, y NUBIA STELLA HURTADO, a quien se toma por LUCY AMPARO OVIEDO.

4. Este Tribunal no comparte la posición del Procurador delegado, para quien hay OCHO personas efectivamente salidas vivas del Palacio y desaparecidas forzadamente (7.14). En los casos de CRISTINA GUARÍN, GLORIA LIZARAZO, HÉCTOR BELTRÁN y LUCY AMPARO OVIEDO, a quienes el Procurador reconoce como tales, no se ha encontrado evidencia suficiente para hacer esa inferencia más allá de toda duda razonable, como la requiere la ley.

## 10.13 CONCLUSIÓN SOBRE LOS HECHOS PROBADOS

Las declaraciones que se relacionaron al final de 10.11.1 arrojan información convincente de que en el Museo del 20 de Julio se separaba a los sospechosos y los pasaban al segundo piso, donde el testigo DE LA CRUZ vio a siete u ocho detenidos. Entre ellos estuvo por algún tiempo, equivocadamente, la empleada del Ministerio de Justicia MAGALYS ARÉVALO. De los demás solo se tienen los datos aportados por los ex-suboficiales TIRSO SÁENZ (punto 4 de 10.1.1 *supra*) y EDGAR VILLAMIZAR ESPINEL (punto 7 ib.), por lo que es posible afirmar que en predios de la Escuela de Caballería estuvieron algunas personas que después fueron desaparecidas, pero no se cuenta con evidencia convergente para identificarlas.

Vistas esas declaraciones, es importante hacer la siguiente declaración para sus familiares y para toda la sociedad:

El hecho de que esta sentencia no declare desaparecidas forzadamente a todas las víctimas así llamadas por la Fiscalía no implica negar definitivamente que hayan sido desaparecidas; sólo significa que de algunos no hay prueba suficiente, legalmente aportada al proceso, de que salieron vivos del Palacio bajo custodia de la fuerza pública.

Hay indicios plurales, mas no concluyentes, de que pudo haber ocho o nueve personas salidas vivas del Palacio y forzadamente desaparecidas, pero no hay seguridad de reconocimiento sino de cinco de ellas, como ha quedado expuesto en esta crítica probatoria.

A una condena penal no se puede llegar sin la precisión rigurosa de cuál evidencia específica es la base para las inferencias que, encadenadas, concordantes, convergentes y coincidentes, permitan declarar la existencia de la conducta, y la autoría y responsabilidad del acusado.

La Justicia es un servicio y un valor que a todos los asociados nos importa se dicte con base en Pruebas, esto es, con elementos evidenciales recolectados de acuerdo con la ley, con los que se pueda elaborar un razonamiento correcto de que el delito sí existió, como base para después atribuírselo a quien corresponda.

No es garantía, para nadie, que la Justicia penal se pronuncie porque *parece, se asume, se intuye, es muy probable,* que un hecho sucedió. El estándar de

prueba en Derecho penal es el más exigente: *superación de la duda razonable*. En el presente proceso no se llega a ese nivel con respecto a todas las víctimas atribuidas, pero sí hay información que permite afirmar que queda actividad investigativa pendiente de cumplirse, por lo cual se deberá continuar con la pesquisa.

Una vez apreciada la práctica probatoria y sopesados los alegatos de los sujetos procesales, la Sala afirma con seguridad superior a la duda razonable, que fue cometida la conducta punible de desaparición forzada de CARLOS RODRÍGUEZ, BERNARDO BELTRÁN, LUZ MARY PORTELA, DAVID SUSPES e IRMA FRANCO, mientras que con respecto a CRISTINA GUARÍN, HÉCTOR JAIME BELTRÁN, GLORIA STELLA LIZARAZO, NORMA CONSTANZA ESGUERRA, LUZ AMPARO OVIEDO Y GLORIA ANZOLA DE LANAO no se alcanza el nivel de conocimiento exigido por la ley para dictar una sentencia condenatoria.

## 11. TIPIFICACIÓN DE LA CONDUCTA, Y SU IMPRESCRIPTIBILIDAD

### 11.1 TIPO IMPUTADO POR LA FISCALÍA

Al resolver la situación jurídica del General ARIAS CABRALES luego de su indagatoria, la fiscalía instructora le atribuyó la realización del concurso de delitos de Secuestro simple agravado y desaparición forzada agravada.[149]

La segunda instancia, a cargo del Vicefiscal General de la Nación, determinó que los acontecimientos otrora tipificados como secuestro simple, hoy se adecúan al delito de desaparición forzada, porque este tipo recoge con mayor riqueza descriptiva el comportamiento. *"Los criterios de consunción y especialidad operan plenamente frente a los hechos bajo examen, pues más allá de que el delito de desaparición forzada reúna los elementos esenciales del supuesto fáctico del secuestro, lo relevante es que el juicio de desvalor de la desaparición subsume al del secuestro, de tal forma que este último no cobra autonomía respecto de la lesión al bien jurídico tutelado, esto es, la libertad individual".*[150]Consecuentemente, en la Resolución de acusación dijo:

[149]F. 169, c. 4 a. i.
[150]F. 6, c. segunda instancia.

> *"6. Esto nos permite aseverar, que existe un delito especial que absorbe el disvalor del delito de secuestro, a partir del año dos mil y por ende, será este el comportamiento que se ejecuta desde el año 2001 hasta hoy…"* [151]

Esta posición fue adoptada en la sentencia de primera instancia. Como este punto ha sido motivo de inconformidad por la defensa, la Sala revisa a continuación esta línea argumental, y la confirmará.

## 11.2 EL TIPO PENAL APLICABLE EN LA FECHA DE INICIACIÓN DE LA CONDUCTA

En noviembre de 1985, cuando cuatro empleados de la cafetería y una guerrillera salieron, bajo el control del Ejército Nacional, del Palacio de Justicia recuperado por las fuerzas legítimas del Estado, regía el Código Penal expedido por Decreto Ley 100 de 1980, donde al proteger el bien jurídico de la Libertad individual, se disponía:

> ***CAPITULO I. DEL SECUESTRO***
>
> ***ARTICULO 268. SECUESTRO EXTORSIVO. El que*** *arrebate, substraiga, retenga u* ***oculte a una persona*** *con el* ***propósito*** *de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años.*
>
> ***ARTICULO 269. SECUESTRO SIMPLE. El que*** *con* ***propósito distinto*** *a los previstos en el artículo anterior, arrebate, sustraiga, retenga u* ***oculte a una persona,*** *incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años.*

Está probado y verificado por esta Sala que cuatro empleados de la cafetería salieron vivos y quedaron bajo control del Ejército Nacional. Está probado y aceptado por la defensa que la guerrillera IRMA FRANCO salió viva del Palacio de Justicia el 7 de noviembre de 1985 (cfr. 6.9.11); está probado que ella estuvo en el segundo piso del Museo del 20 de Julio bajo custodia de un soldado del Ejército Nacional, por orden de su superior, hasta el momento en que otro oficial asumió su control.

A partir de esos momentos se formulan alternativas, como las de que si los empleados fueron sacados en un vehículo artillado hasta la Escuela de

[151] F. 191, c. 7 a. i.

Caballería, o si IRMA FRANCO fue sacada en un campero Nissan Patrol de color azul y capota beige, o de color verde billar, o en una camioneta verde, según variadas percepciones de testigos, y si fue llevada a la Brigada 20, o a la Escuela de Caballería. Pero lo único cierto es que desde entonces no se sabe nada de ellos, pese a que estaban bajo la custodia del Ejército que debía aplicarles especiales medidas de protección si los consideraba sospechosos de ser rebeldes.

Eso significa que esas personas fueron *ocultadas* desde esa fecha, y siguen siendo ocultadas hasta el día de hoy, lo cual corresponde a la descripción del artículo 269 del Código Penal citado. No se ha exigido por su libertad algún provecho o utilidad, por lo cual su ocultamiento tiene un *propósito distinto* al del secuestro extorsivo, de modo que la conducta se tipificaba como Secuestro simple. Después el legislador previó que era posible que ese delito lo cometiera un servidor público, e introdujo la agravación de la pena en su caso, por lo cual a partir de su vigencia se cometió el delito de secuestro simple agravado.

Naturalmente en ese ocultamiento sí hay un propósito, porque como enseñaba WELZEL, en general toda conducta humana tiene una finalidad.[152] Pero en este caso no es el de obtener un provecho o utilidad, ni lograr una acción u omisión de alguien, ni obtener resultados propagandísticos para una causa, por lo cual no era un secuestro extorsivo.

El único propósito restante de ese secuestro es un mal entendido cumplimiento del deber funcional de la fuerza pública. Se debe proteger en nombre del Estado el orden constitucional y los derechos, honra y bienes de los asociados, pero esa protección por medio de la eliminación del contrincante, mediante su ocultamiento, no es un mecanismo legalmente aceptado en el manejo de las relaciones políticas dentro de un Estado de Derecho.

Está probado que el Presidente de la República, doctor BELISARIO BETANCUR, a través del General VÍCTOR DELGADO MALLARINO, Director de la Policía, ofreció a los comandantes guerrilleros un juicio justo por jueces civiles si ponían fin a la incursión. Esa era una medida legalmente aplicable, aun cuando

[152]WELZEL, HANS. El Nuevo Sistema del Derecho Penal, 1951. Editorial Biblioteca de Filosofía, Buenos Aires, 2006. Página 41: *La acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por tanto, un acontecer "final" y no solamente "causal".* …

no se entregaran sino que fueran capturados, por lo cual haber ocultado a una guerrillera y a unos sospechosos, a partir de ese momento fue una violación de la ley y de la palabra empeñada por el comandante supremo de la fuerza pública de acatar la Constitución y la ley, y dentro de ellas los tratados internacionales sobre derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

## 11.3 TRANSFORMACIÓN DEL TIPO PENAL DE SECUESTRO EN EL DE DESAPARICIÓN FORZADA

Como se siguió ocultando a los retenidos, permanecieron secuestrados hasta cuando esa fue la descripción penal de la conducta. Pero el 7 de julio de 2000 entró a regir la Ley 589, por la cual se adicionó el capítulo de la protección de la libertad individual en el Código Penal, para introducir a continuación del secuestro la tipificación de la desaparición forzada:

> ***ARTICULO 268-A. Desaparición forzada**. **El** particular **que** [~~perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley~~][153]**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 veinticinco (25) a cuarenta (40) años, multa de quinientos (500) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.*
>
> *A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquel, y realice la conducta descrita en el inciso anterior.*
>
> ***ARTICULO 268-B. Circunstancias de agravación punitiva.** La pena prevista en el artículo anterior será de **cuarenta (40) a sesenta (60)** años en los siguientes casos:*
>
> *1. Cuando la conducta se cometa por **quien ejerza autoridad** o jurisdicción. …*

[153] Entre corchetes, declarado inexequible.

Enseguida fue adoptado el nuevo Código Penal por la Ley 599 de 2000, la que con las modificaciones de pena por la introducción posterior del sistema oral acusatorio queda de la siguiente manera, según la versión oficial de la Secretaría del Senado de la República:

> ***165. DESAPARICION FORZADA.****<Aparte tachado INEXEQUIBLE. Inciso CONDICIONALMENTE exequible. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El particular que ~~perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley~~[154] 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 trescientos veinte (320) a quinientos cuarenta (540) meses, multa de mil trescientos treinta y tres punto treinta y tres (1333.33) a cuatro mil quinientos (4500) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de ciento sesenta (160) a trescientos sesenta (360) meses.*
>
> *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.*
>
> ***ARTICULO 166. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA.****<Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> La pena prevista en el artículo anterior será de cuatrocientos ochenta (480) a seiscientos (600) meses de prisión, multa de dos mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (2666.66) a siete mil quinientos (7500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses, siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias:*
>
> *1. Cuando la conducta se cometa por quien ejerza autoridad o jurisdicción.*
> …

Es muy fácil, al comparar el nuevo artículo 165con el 269 antiguo, encontrar que son idénticos en sancionar el ocultamiento de una persona, sustrayéndola del amparo de la ley. También en el secuestro simple se presenta la negativa a

[154] Aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-317-02 de 2 de mayo de 2002, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández. El resto del inciso se declara EXEQUIBLE, 'bajo el entendido que no es necesario el requerimiento para dar información o de la negativa a reconocer la privación de la libertad, sino que basta la falta de información sobre el paradero de la persona'.

reconocer dicha privación, y a dar información sobre su paradero, por tiempo corto, largo o indefinido. Eventos de esa clase fueron, por ejemplo, el ejercicio indebido de la patria potestad por uno de los padres, también castigado por muchos años como secuestro, o los secuestros para fines eróticos o sexuales que en ocasiones se prolongan indefinidamente, incluso con eventual aceptación de su estado por la víctima –sin que ello significara que el delito no se cometió-, como ha sucedido en todo el mundo.[155]

Pero como la práctica de secuestrar personas y no dar razón de ellas se convirtió progresivamente en una forma frecuente de ejercicio ilícito de poder político en diferentes latitudes del mundo, se hizo necesario que desde el ámbito internacional se promoviera la persecución específica de esa conducta, a la que se le puso el nombre propio de desaparición forzada, y se comenzó a someterla a penas mucho más drásticas.

Así, es claro que el género Secuestro, además de ser simple o extorsivo, presenta ahora otra especie, la desaparición forzada; todas son violaciones del derecho a la Libertad individual, pero ésta más dañina y por lo tanto merecedora de pena más gravosa.

Esta Sala no encuentra acertada la tesis de que la ausencia de información sobre el paradero de la víctima sea el criterio distintivo entre el Secuestro y la desaparición forzada, pues antes de la nueva norma también se presentaba el Secuestro simple sin información subsiguiente. Un secuestro simple donde se da información del paradero de la víctima, si no se le pone fin, sigue siendo un secuestro.

Los retenidos en este caso, entonces, fueron sometidos a secuestro simple desde el 7 de noviembre de 1985, y como continuó su ocultamiento hasta el 7 de julio de 2000, hasta esta fecha ese fue el delito cometido. A partir de ese día la misma situación comenzó a llamarse desaparición forzada, porque desde entonces rigió una nueva ley que mantuvo la descripción típica esencial, el ocultamiento, y la adicionó con riqueza de detalles que estaban implícitos pero no eran novedosos en la tipicidad estricta anterior, solo que ahora quedaron enunciados textualmente en la norma: en el secuestro también se *somete a otra persona a privación de su libertad, seguida de su ocultamiento y de la*

[155]Véanse por ejemplo los casos de los secuestradores Marc Dutroux en Bélgica, Wolfgang Priklopil y Josef Fritzl en Austria, Brian David, Philip Garrido y Ariel Castro en Estados Unidos.

*negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley;* es posible que en algún momento el autor reconozca ese ocultamiento, dé información de que la tiene secuestrada, pero sin duda durante ese tiempo la ha sustraído del amparo de la ley.

En el nuevo tipo, desaparecida forzadamente una persona, también es posible que sobrevenga información de que se la ha tenido desaparecida, y que termine ese desaparecimiento porque se la devuelve viva al amparo de la ley, o se informe su deceso o el paradero de sus restos, como repetidamente se presenta en la actualidad en los procesos de Justicia y Paz en Colombia.

Una persona sometida a secuestro simple puede morir en ese cautiverio y no llegarse a saber que el autor no se proponía una desaparición forzada. También puede una persona ser sometida a desaparición forzada, pero creerse que es víctima de secuestro simple.

Es más, la desaparición forzada no se diferencia del secuestro porque esté protegiendo un bien jurídico diferente al de la libertad individual: no aparece como uno de los crímenes de guerra o Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, en el nuevo título que protege el bien jurídico de los derechos de las personas en los conflictos armados, contenidos en los artículos 135 a 164 del Código Penal.

Hasta ahí no hay diferencia sustancial en la estricta descripción típica entre el antiguo Secuestro simple sin información del paradero del secuestrado, y la desaparición forzada del nuevo tipo. Al Secuestro y la desaparición forzada los diferencia en realidad el contexto socio-político en el que suceden; aunque no aparece ningún elemento normativo descrito en la ley, la historia de cómo se llegó a tipificarlo da cuenta del contenido político que tiene, especialmente en la lucha ilegal contra la subversión o el terrorismo. Es el contexto de lucha política o ejercicio del poder por medios ilícitos lo que realmente importa para entender la similitud y diferencia de estos dos tipos penales, aunque en la descripción típica no se le haga mención alguna.

La consciencia pública sobre la realidad de secuestros simples y agravados, no extorsivos, dentro de un contexto de lucha política ilícitamente adelantada, tan prolongados en el tiempo que hicieran posible asumir que estas víctimas nunca iban a regresar, pero sin la posibilidad de afirmar que estuvieran

muertos, hizo necesario adoptar la nueva norma, con pena más gravosa, como medio de prevención general frente a ese nuevo fenómeno delictivo.

Si el legislador no hubiera adoptado el nuevo tipo, los autores seguirían incurriendo en Secuestro simple agravado.

En el caso presente, por el *principio de especialidad*, al haber una mayor riqueza descriptiva en el nuevo tipo en cuanto a la prolongación del ocultamiento en el tiempo, además del contexto político en el que comenzó a ejecutarse la conducta, al no haberse dado noticia del paradero de los secuestrados, se comenzó a cometer el delito de su desaparición forzada a partir del 7 de julio de 2000.[156]

La Corte Constitucional, con la Sentencia C-580 de 2002, declaró exequible la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de Belem do Pará, pero ya el legislador había hecho honor a su contenido mediante las Leyes 589 y 599 de 2000.

En consecuencia, no existe la antinomia de los artículos 165 y 166 del Código Penal con la Constitución de 1991, ni la hubo con la Constitución de 1886, por violación de la ley sustancial interna vigente al momento de los hechos, ni de los pactos del bloque de constitucionalidad que obligan a su observancia, como pretende la defensa en los puntos 6.1 a 6.5.

## 11.4 CONDUCTA ACTIVA DE EJECUCIÓN PERMANENTE: IMPROCEDENCIA DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

El secuestro y la desaparición forzada son conductas activas, no omisivas (como sería por ejemplo la omisión de socorro) para quien actúa materialmente. Pero las conductas activas se pueden cometer por acción o por omisión, por lo cual se estudiará a continuación la forma como fue realizada en este caso. Ahora bien, para entrar a estudiarla, se requiere tener la jurisdicción para ello, y que esta no haya decaído por ejemplo porque la acción haya prescrito.

El Secuestro y la desaparición forzada son conductas de ejecución continua durante el tiempo que el autor lo determine y no sea interrumpido por una

[156] Respuesta al punto 6.4 de la Defensa.

causa externa, por lo que se llaman *delitos de ejecución permanente.* Son imposibles un secuestro o una desaparición forzada instantánea. Esto tiene la consecuencia de que sólo con el último acto de ejecución termina la comisión del delito. En el momento en que se deje de ocultar a los secuestrados o desaparecidos se dejará de cometer el delito.

Dentro de la legislación penal colombiana, solo a partir de ese momento final, si pasara tanto tiempo como la pena máxima aplicable, la ley podría dejar de perseguir al autor, diciendo que no lo puede castigar porque ya prescribió la acción penal. En el Código Penal de 1980 se establecía:

> ***Artículo 20. Tiempo del hecho punible.*** *El hecho punible se considera realizado en el momento de la acción o de la omisión, aun cuando sea otro el del resultado.*
>
> *La conducta omisiva se considera realizada en el momento en que debió tener lugar la acción omitida.*
>
> ***Artículo 83. Iniciación del término de prescripción.*** *La prescripción de la acción empezará a contarse, para los hechos punibles instantáneos, desde el día de la consumación,* ***y desde la perpetración del último acto, en los tentados o permanentes.***

El Código Penal de 2000 ratifica que la ejecución del delito tiene lugar mientras dure la conducta activa u omisiva, por lo cual el término de prescripción de la acción penal solo podrá contarse a partir de la cesación de esa conducta:

> ***Artículo 26. Tiempo de la conducta punible.*** *La conducta punible se considera realizada en el tiempo de la ejecución de la acción o en aquel en que debió tener lugar la acción omitida, aun cuando sea otro el resultado.*
>
> ***Artículo 84. Iniciación del término de prescripción de la acción.*** *…*
>
> ***En las conductas de ejecución permanente*** *o en las que sólo alcancen el grado de tentativa,* ***el término comenzará a correr desde la perpetración del último acto.***
>
> *En las conductas punibles* ***omisivas*** *el término comenzará a correr* ***cuando haya cesado el deber de actuar.***

Los actos ejecutivos de la desaparición forzada de cinco personas probada en este proceso, no han cesado; no hay todavía un último acto, como ordenaba

el artículo 83 del Código Penal de 1980 y lo ordena hoy el artículo 84-2, para que se pueda comenzar a contar un término de prescripción de la acción penal.

En el delito de desaparición forzada, teniendo en cuenta sus elementos típicos *ocultamiento, negativa a reconocer la privación de la libertad, negativa a dar información sobre su paradero, sustracción del amparo de la ley,* el último acto ejecutivo será el de dar noticia de lo realmente sucedido y de la ubicación de las víctimas, lo que sus familiares y la sociedad tienen derecho a esperar.

En el orden jurídico internacional, ante las cortes y tribunales internacionales, los crímenes contra la humanidad, lesivos del derecho de los conflictos armados o de los derechos humanos, son imprescriptibles; pero cuando son juzgados en Colombia operan las reglas internas sobre prescripción, porque se aplica el *tratamiento diferente* reconocido por la Corte Constitucional.[157]

No se trata, pues, de si la acción penal derivada de este delito es imprescriptible en el orden jurídico interno colombiano, sino de que no se ha realizado el presupuesto fáctico para invocar la aplicación de la norma que establece la extinción de la pena por prescripción.[158]

Como el tema de la supuesta prescripción de la acción penal por el secuestro cometido en 1985, así como el de la pena que le corresponde, ha sido de especial invocación, abierta o sugerida, en los alegatos de los sujetos procesales, debe quedar claramente establecido que la interpretación expuesta por esta Sala, además de lógicamente coherente, es la que ha sido desarrollada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el derecho comparado con el orden interno de países destacados

---

[157]La imprescriptibilidad de la acción o de la pena tienen *tratamiento diferente:*
C-578/02, **"4.19. Resumen de los principales tratamientos diferentes.**

> … Luego de analizar el contenido del Estatuto de Roma, la Corte encontró que algunas de sus disposiciones establecen tratamientos diferentes a los previstos en nuestro ordenamiento constitucional, los cuales fueron expresamente autorizados por el Acto Legislativo No. 02 de 2001, siempre que se refieran a materias sustanciales y éstas surtan efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en el Estatuto. Entre dichas disposiciones se destacan las siguientes:
> …
> 4) El artículo 29 del Estatuto establece la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional. Esta disposición consagra un tratamiento diferente al previsto en nuestro ordenamiento constitucional en el artículo 28 de la Carta. Tal tratamiento especial sólo será aplicable por la Corte Penal Internacional cuando ejerza su competencia complementaria para investigar y juzgar cualquiera de los crímenes previstos en el Estatuto, así la acción penal o la sanción penal para los mismos haya prescrito según las normas jurídicas nacionales. Este tratamiento especial fue expresamente autorizado por el constituyente derivado a través del Acto Legislativo 02 de 2001."

[158] Respuesta al punto 6.5 de la Defensa.

y de organismos multilaterales. En efecto, en sentencia 31407, del 5 de agosto de 2010, M.P. María del Rosario González, dijo la Corte:

> *"… encuentra la Colegiatura que tratándose de delitos permanentes cuya comisión comenzó en vigencia de una ley, pero que se postergó hasta el advenimiento de una legislación posterior más gravosa, se impone aplicar esta última normatividad, de acuerdo con las siguientes razones:*
>
> *Primera, no tienen ocurrencia los presupuestos para dar aplicación al principio de favorabilidad por vía de la ultraactividad de la norma vigente para cuando inició el comportamiento, pues dicho principio se aplica cuando dos legislaciones en tránsito legislativo o coexistentes se ocupan de regular de manera diferente, entre otros casos, las consecuencias punitivas de un mismo comportamiento determinado, de modo que se acoge la sanción más beneficiosa para el procesado.*
>
> *Siendo ello así, palmario resulta que no opera el mencionado principio tratándose de delitos permanentes, pues el tramo cometido bajo el imperio de una legislación benévola, no es el mismo acaecido en vigencia de una nueva ley más gravosa, en cuanto difieren, por lo menos en el aspecto temporal, así se trate del mismo ámbito espacial, pues el tiempo durante el cual se ha lesionado el bien jurídico objeto de protección penal en vigencia de la nueva legislación más severa, es ontológicamente diferente del lapso de quebranto acaecido bajo el imperio de la anterior normatividad más benévola.*
>
> *Segunda, si en materia de aplicación de las normas penales en el tiempo rigen los principios de legalidad e irretroactividad, en virtud de los cuales, la ley gobierna los hechos cometidos durante su vigencia, es claro que si se aplicara la norma inicial más beneficiosa, se dejaría impune, sin más, el aparte de la comisión del delito que se desarrolló bajo la égida de la nueva legislación más gravosa. …*
>
> *Cuarta, obsérvese que si a quienes comenzaron el delito en vigencia de la ley anterior se les aplicara la ley benévola de manera ultraactiva con posterioridad a su derogatoria, obtendrían un beneficio indebido, pues si otras personas cometieran el mismo delito en vigencia de la nueva legislación se les impondría esa pena más grave, trato desigual que impone corregir la inequidad, con mayor razón si en virtud del principio de proporcionalidad de la pena, el delito cuya permanencia se haya extendido más en el tiempo debe tener una sanción superior a la derivada de un punible de duración inferior.*

*Quinta, si uno de los propósitos de la lex previa se orienta a cumplir con la función de prevención general de la pena, en el entendido de que cuando el legislador dentro de su libertad de configuración normativa eleva a delito un determinado comportamiento está enviando un mensaje a la sociedad para que las personas se abstengan de cometer tal conducta, so pena de estar llamadas a soportar la sanción anunciada, no hay duda que el aumento de punibilidad de un delito como producto de la política criminal del Estado, supone para quienes se encuentran en tal predicamento dos posibilidades:*

*Una, dejar de cometer la conducta antes de que empiece a regir la nueva punibilidad, v.g. liberar al plagiado en el delito de secuestro, abandonar el alzamiento en armas en el punible de rebelión, o dejar el grupo acordado para cometer delitos en el ilícito de concierto para delinquir, respondiendo únicamente de conformidad con la pena establecida en la ley para tal momento vigente.*

*La otra, continuar con la comisión del delito permanente dentro de su autonomía y posibilidad efectiva de determinación, pero, desde luego, asumiendo los nuevos costos punitivos más gravosos dispuestos por el legislador, pues no se aviene con una política criminal coherente que el incremento de penas para los delitos permanentes ya iniciados no se traduzca efectivamente en su imposición, con lo cual se estimularía la prolongación en el tiempo de tales comportamientos con la correlativa afrenta persistente para el bien jurídico objeto de tutela. …*

*En este sentido ha expuesto la doctrina nacional:*

*Cuando "la acción se realiza en tiempo de diversas vigencias legales, no hay en verdad razón alguna, ni técnica ni humanitaria, para ultractivar una ley favorable pese a que el agente continuó cometiendo el hecho bajo una nueva ley más gravosa para él, que tampoco bastó para intimidarlo o disuadirlo. Tal posición equivale a dejar impune la parte del hecho ejecutado bajo la nueva ley, solución absolutamente inequitativa con respecto a quienes hayan comenzado a realizar el hecho después de expirada la vigencia de la ley anterior, resultando así injustamente favorecido el delincuente que más ha perseverado en el mantenimiento o la reiteración de la consumación".*[159]*…*

[159] [números de pie de página no originales] Fernández Carrasquilla Juan. Derecho Penal Fundamental. Volumen I. Temis. Bogotá. 1986. Págs. 127 y 128.

*La Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto del delito permanente de desaparición forzada de personas señaló en fallo del 26 de noviembre de 2008 en el caso TiuTojin contra Guatemala:*

> *"Por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en el derecho penal interno, si se mantiene la conducta delictiva, la nueva ley resulta aplicable".*

*En sentido similar dijo la misma Corte en fallo del 23 de noviembre de 2009, en el caso Rosendo Padilla Pacheco contra Estados Unidos Mexicanos:*

> *"El Tribunal reitera, como lo ha hecho en otros casos, que por tratarse de un delito de ejecución permanente, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en el Estado, la nueva ley resulta aplicable por mantenerse en ejecución la conducta delictiva, sin que ello represente una aplicación retroactiva".*
>
> *"(…) Al respecto, cabe reiterar que por tratarse de un crimen de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor en el derecho penal interno, si se mantiene la conducta delictiva, la nueva ley resulta aplicable" (subrayas fuera de texto).*

*Impera resaltar que si la nueva ley se aplica cuando el comportamiento no era considerado antes de su vigencia como delito, con mayor razón habrá que hacerlo cuando en la legislación anterior tenía el carácter de punible, pero su sanción era menor.*

*De conformidad con lo expuesto, concluye la Sala en primer lugar, que* ***cuando se trata de delitos permanentes iniciados en vigencia de una ley benévola pero que continúa cometiéndose bajo la égida de una ley posterior más gravosa, es ésta última la normativa aplicable,*** *pues en tal caso no se dan los presupuestos para acoger el principio de favorabilidad, sino que opera la regla general, esto es, la ley rige para los hechos cometidos durante su vigencia. …"* (Se resalta).[160]

[160]La Corte Suprema reitera esta interpretación en la sentencia 40.559 del 17 de abril de 2013.

**La Sala estima que la reiterada publicidad que se le da a la supuesta prescripción de la acción por este delito y a la improcedencia de la continuación del juicio por esa razón, es contraria al derecho fundamental del público a estar veraz e imparcialmente informado.[161] La simple explicación de que el delito no se ha dejado de cometer y por lo tanto no puede prescribir, es fácilmente entendible incluso para las personas no dedicadas al estudio del Derecho.**

## 12. FORMAS DE REALIZACIÓN DE LA CONDUCTA TÍPICA:

### POR *ACCIÓN* O POR *OMISIÓN*

Establecido que la conducta activa imputada de desaparición forzada existió en cinco de las víctimas, procede determinar si el acusado intervino por acción o por omisión, lo que se hará en éste acápite, y posteriormente si actuó individual o colectivamente, de manera directa o indirecta, en el número 13.

La doctrina ha avanzado en interpretaciones que resultan claras y suficientes para el entendimiento de las formas de intervención de las personas en las conductas punibles, en desarrollo de la escueta descripción de la ley vigente que dice:

> ***ARTÍCULO 25. ACCIÓN Y OMISIÓN.*** *La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.*
>
> ***Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal.*** *A tal efecto, se requiere que el agente* ***tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido,*** *o que se le haya encargado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o la ley.…*

[161]Constitución Política de Colombia, artículo 20: "*Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y* ***recibir información veraz e imparcial****, y la de fundar medios masivos de comunicación. …"*

## 12.1 LA ACCIÓN

La ley no entra en mayor descripción de lo que es la *acción* porque como acto positivo u observable es entendido intuitivamente sin mayor dificultad.

Comúnmente es fácil entender que una persona comete un delito cuando realiza actos positivos, externamente visibles, separables e identificables, que se representan en verbos rectores de los tipos penales. Partimos de que se tiene como autor responsable a quien -siendo penalmente imputable-[162] realiza una conducta individual, porque ejerce el dominio de *su propia acción*, de principio a fin, en el sentido de que la ideación, la preparación y la ejecución del ilícito están todas bajo su voluntad, por ejercicio de su capacidad de autodeterminación.

Para imputar por acción el delito atribuido al General ARIAS CABRALES en el presente caso tendría que encontrarse una instrucción u orden específica, expresada por él mismo, en el sentido de que determinadas personas o grupos de personas fueran desaparecidas. Ella no es identificable en lenguaje claro y llano dentro de sus intervenciones en las comunicaciones radiales de que se dispone, ni en otros medios de prueba, aunque algunos giros sí permiten intuirlo. O alternativamente, tendría que poderse probar que fue autor, emisor, escritor, productor, de las instrucciones complementarias terminantes para aquella clase de individuos; esto podría afirmarse con algún nivel de seguridad, mas no lo aprecia la Sala como suficientemente probado para dictar una sentencia condenatoria. En lugar de ello, lo que sí se encuentra es su acción negativa, *su omisión* de realizar acciones positivas para impedir esas desapariciones, acciones que legalmente le correspondían y se esperaban de él en forma de expresión tajante y contundente de que de ninguna manera se fueran a aplicar *instrucciones complementarias terminantes* que pudieran desembocar en la vulneración de derechos de los ciudadanos enemigos o sospechosos de ser enemigos. Por lo tanto, se hace necesario presentar a continuación un resumen del concepto de *omisión* y sus efectos en el Derecho penal.

[162]Es decir, si tiene la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta y puede determinar su voluntad de acuerdo con esa comprensión cuando la ejecuta, aspectos que no se ponen en duda en el presente caso. Artículo 33 del Código Penal.

## 12.2 LA OMISIÓN, Y EL DELITO POR OMISIÓN

Que la omisión es causa de un resultado delictivo es una afirmación válida como concepto jurídico, o normativo, o del *deber ser*, diferente al concepto de la causalidad física que se identifica fácilmente en la acción positiva, propia ésta del mundo del *ser* que estudian las ciencias naturales. Por eso es necesario tener claro desde un comienzo que en el ámbito jurídico a las omisiones y a las acciones se les imputan consecuencias, mientras en el mundo natural solo las acciones positivas producen resultados.

Cómo entender que *no hacer algo* es la causa de un resultado, por ejemplo, que no intervenir oportunamente para que no sea desaparecida una persona, sea la base de una condena penal, es un tema largamente discutido en el Derecho penal. Haremos un rápido recuento de ese debate.

### 12.2.1 EL CONCEPTO DE OMISIÓN EN LA DOCTRINA INTERNACIONAL

#### 12.2.1.1 TEORÍA CLÁSICA

Para no retrotraernos demasiado, tengamos en cuenta solamente que hacia 1850 la doctrina penal, en clásicos como FRANCESCO CARRARA, definía el delito como:

> *"La infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, que resulta de un* ***acto externo*** *del hombre,* ***positivo o negativo****, moralmente imputable y socialmente dañoso*"[163] (Se resalta).

El acto externo del hombre podía ser *positivo o negativo*, en el sentido de que se podía presentar como una *acción* o como una *omisión*, pero siempre considerado como un *acto*. Este además debía ser *moralmente imputable,* con lo cual se introduce el aspecto interno, estructural del individuo, de la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) y de la culpabilidad efectiva basada en el *libre albedrío*.[164]

[163] CARRARA, FRANCESCO. Programa de Derecho Criminal. Tomo I. Bogotá, Temis, 1996. Pág. 43.
[164] AGUDELO BETANCUR, NODIER. Grandes Corrientes del Derecho Penal. Escuela Clásica. Editorial Nuevo Foro Penal, Medellín, 1996. Pág. 20, ss.

La presencia en esta definición de los conceptos *"infracción de la ley del Estado", "promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos",* y *"socialmente dañoso"* no deja duda sobre su concepción funcional del derecho penal, como un sub-sistema social plenamente activo y vivo, pensamiento que desarrolla a lo largo de su Programa. Sin embargo a los clásicos no les era ajeno el estudio estructural, como disección de cada uno de los elementos a tener en cuenta en la conducta individual, como que aún hoy se utilizan las definiciones y elaboraciones, por ejemplo, de FEUERBACH (1810) sobre conceptos básicos que se pretendía encontrar en la conciencia o libre albedrío del individuo, como el dolo de primer grado, el dolo eventual, la imprudencia, la autoría intelectual o material, etc.[165]

MAGGIORE (1935) recogía la idea de que los delitos de omisión "se distinguen en dos categorías: delitos de omisión *propia* y de omisión *impropia,* llamados también *delitos de comisión por omisión*… aquellos en los que la omisión realiza un resultado prohibido por la ley (por ejemplo, la muerte de un hombre). … **En resumen, pues, el delito de *comisión por omisión* y el delito de *comisión*, tienen en común el causar el resultado deseado por el culpable**; pero se diferencian por cuanto dicho resultado se realiza no mediante una acción, sino mediante una omisión".[166]

Es claro, entonces, que en esa concepción clásica del delito ya se aceptaba que la omisión era *causa* del resultado, de modo que la causalidad era un concepto jurídico, no necesariamente igual a la causalidad física u ontológica.

### 12.2.1.2 ESTRUCTURALISMO: POSITIVISMO, CAUSALISMO, FINALISMO

Por la misma época de Carrara, como efecto tardío de la Ilustración y el florecimiento de las ciencias naturales en los años 1700, se comenzó a extender al campo social y jurídico el método de los naturalistas, que es el de la observación de los fenómenos, la disección de los objetos de estudio, la determinación de la forma de cada uno de sus componentes, como estudio

[165]Como se registra en la nota al pie217, adelante.

[166]MAGGIORE, GIUSSEPPE. Derecho Penal. Temis, Bogotá, 1954, Volumen I, páginas 245, 299. En estos pasajes cita a autores más antiguos que ya tenían clara esa diferencia: FLORIAN, VANNINI, PAOLI, 1911, 1916.

estructural del objeto, para después tratar de entender con base en ello su fisiología, su funcionamiento como un sistema.

Quisieron los positivistas estudiar el delito y el Derecho penal con el método y los principios de las ciencias naturales, y por ello buscaban la causa física de cada resultado delictivo, a pesar de que Kant ya había aclarado que la causa en el mundo natural no es la misma que en el mundo social o en el campo normativo. En éste no siempre se llega a los mismos resultados cuando a una situación se le imprime el mismo estímulo. En el mundo natural rige el principio de *causalidad,* mientras en el mundo normativo rige el principio de *imputación convencional*, es decir, las conductas tienen las consecuencias que el legislador les asigne. Esas imputaciones varían según el desarrollo político de las sociedades, mientras que las causas naturales llevan siempre a los mismos resultados.

Los causalistas en el Derecho penal necesitaban encontrar en cada conducta individual delictiva un movimiento físico, nervioso o muscular, que explicara el efecto de transformación en el mundo exterior que se sancionaba por la ley. Para ellos, la omisión de conducta era la nada, y la nada no podía producir nada (*ex nihilo nihil fit,* de la nada no se sigue nada), con lo cual quedaba en serio entredicho el ejercicio de la jurisdicción en los casos de omisión. Se intentaron teorías sobre el movimiento corporal, sobre el concepto de energía y su transferencia como medio para llegar a la lesión del bien jurídico. Se hacía necesario encontrar un concepto genérico, que incluyera tanto a la acción como a la omisión, por el cual se pudiera atribuir responsabilidad al autor por el resultado delictivo. Se ensayó el de *capacidad de acción*, de modo que la conducta sería la actividad o la pasividad corporal comprendidas en la capacidad de dirección finalista de la voluntad. Con esta fórmula podríamos decir que cuando se ejerce (con voluntad) la capacidad de acción, estamos ante un delito por acción, y cuando no se ejerce (con voluntad) la capacidad de acción estamos ante un delito por omisión.

Pero este entendimiento seguía ligado a la definición de elementos estructurales internos del ser humano, la voluntad y su decisión de ejercerla o no ejercerla, con lo cual el ejercicio de la jurisdicción seguía enfrentado a la auscultación de los insondables abismos de la psiquis, y la atribución de responsabilidad penal aparecía como algo hasta cierto punto arbitrario, discrecional o voluntarista del juez.

El finalismo no desarrolló un avance en este aspecto, pues decir que la acción tiene una finalidad o que la omisión tiene una finalidad sigue siendo un enigma a resolver en lo más profundo del entendimiento del individuo sindicado de haberla albergado en su recóndito interior.

### 12.2.1.3 TEORÍA INTEGRAL

La otra forma de abordar el problema es reconocer desde el comienzo que la asignación de pena a una conducta humana es un acto de imputación, convencional y acordado por el legislador como un mecanismo de dirección y control de la sociedad, como lo reconoce la teoría contemporánea donde el funcionalismo vuelve a ganar su posición. Independientemente de las estructuras y fisiología de las características humanas individuales, la sociedad -por medio de sus órganos de dirección política- establece a cuáles conductas les asigna cuáles consecuencias. Así, la acción y la omisión son valoradas normativamente para entenderlas como formas de cometer delitos. No se trata de una causalidad natural, sino de una causalidad atribuida, normativa, jurídica, convencional, adoptada por el legislador.

El desarrollo doctrinal de estos conceptos fue lento y progresivo. El profesor SILVA SÁNCHEZ enunció (1986) que la omisión es el juicio de imputación típica de la no realización de una prestación positiva estimada *ex ante* como necesaria para la salvaguarda de un bien jurídico. Desde al análisis normológico, parte de que hay normas primarias de mandato y de prohibición y sus contenidos pueden tomar formas preceptivas o prohibitivas. El concepto de *comisión* se vincula a que existe un contenido material prescriptivo de *no intromisión en la esfera jurídica ajena*, y homólogamente el mandato de *omisión* se vincula a que existe un contenido material prescriptivo de *prestación positiva*, un *hacer*.[167]

En nuestro concepto, esta es una visión plenamente integral porque aúna los elementos estructurales y funcionales del Derecho penal (no se queda en lo estructuralista, causalista, finalista o funcionalista), porque elabora su argumento desde el punto de vista de la interrelación del autor con la

[167] SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. El delito de Omisión. Editorial Biblioteca de Filosofía, Buenos Aires. 2ª edición, 2006. Página 184 y ss.

sociedad: *intromisión en la esfera jurídica ajena*, no desde el punto de vista interno de los componentes de la conducta individual del autor. **Tanto la *comisión* activa como la *comisión por omisión* son un juicio de imputación legal, no una resultante de la causalidad natural.**

A su vez, el profesor LACRUZ LÓPEZ define el comportamiento omisivo como (1) *la no realización de una actividad finalista* (2) *por quien tenía la capacidad de realizarla.* El primer elemento (*no realización de una actividad finalista*) implica que se trata de una finalidad específica que tiene valor social o interrelacional; se vierte en esta definición el concepto de sistema social y jurídico en funcionamiento dentro del cual se desempeña el actor, con todas sus facultades, competencias, derechos y obligaciones. El segundo elemento (*por quien tenía la capacidad de realizarla*) además del aspecto estructural – disposición y habilidad física del actor para realizar la tarea- implica los conceptos funcionales de conocimiento o cognoscibilidad del objetivo finalístico de la actividad esperada, y de la exigibilidad o expectativa en cabeza del actor.[168] Precisa LACRUZ LÓPEZ que en el aspecto subjetivo del comportamiento omisivo basta con que el autor hubiera tenido la posibilidad de representarse el objetivo de la actividad que no realizó.

Esa exigibilidad de conducta no es un requisito adoptado *a posteriori;* ha sido reconocido desde antiguas épocas del derecho penal. Véase no más este recuento de JIMÉNEZ DE ASÚA:

> ***"1068.*** *EL DEBER DE ACTUAR. Ya hemos dicho (retro, núm. 1066) que la acción esperada ha de poder ser exigida para constituir omisión punible. En efecto, si hemos contestado a la pregunta de cómo puede causarse algo omitiendo, mediante la afirmación de que ello se debe a que se deja de hacer la acción que se esperaba, es porque la acción que pensamos y esperamos puede exigirse. Con ello se responde a otro interrogante, que surge al hablar de la conducta esperada y que se omite: ¿Cuándo hemos de considerar como omisión que importa al Derecho punitivo, el acontecimiento humano que contrariando esa esperanza, no ejecuta la acción pensada que hubiera podido impedir el resultado? Repitámoslo: por ser exigida en el caso concreto. Ya dijo CARRARA que "el delito de pura inacción no puede concebirse más que en el caso en que otra persona tenga derecho exigible a la acción omitida, porque también los delitos de*

[168] LACRUZ LÓPEZ, JUAN MANUEL. Comportamiento Omisivo y Derecho Penal. Editorial Dykinson, Madrid, 2003. Página 395 y ss.

*inacción están sometidos al principio fundamental de que no puede existir delito donde no se viola un derecho" (Programa, vol. I, 3, pág.64)"*[169]

## 12.2.2 EL CONCEPTO DE OMISIÓN EN LA DOCTRINA NACIONAL ENTRE 1985 Y 2014

La conducta imputada al General ARIAS CABRALES tiene lugar a partir del 7 de noviembre de 1985, cuando era todavía novedoso el Código Penal de 1980, y continúa esa conducta hasta el presente bajo la Ley 599. Por ello es preciso considerar cómo la ley y la jurisprudencia colombiana han entendido la omisión a lo largo de este lapso.

### 12.2.2.1 ANTECEDENTES

La cultura jurídica penal de Colombia para esas fechas venía construida bajo el Código de 1936; en éste ya estaba previsto que se infringía la ley por acción o por omisión,[170] y ante la ausencia de normatividad más completa y detallada, doctrinantes como CARLOS LOZANO Y LOZANO enseñaron que la omisión se asemejaba a la comisión del delito ordinario, en el que se produce un resultado mediante una acción. Se consagraba así una máxima antigua del derecho*, "quien puede y no impide, realiza"* (*qui peut et n'empeche, péche)*. Era necesario declarar responsabilidad penal en estos casos pues de lo contrario se sacrificaría el interés social y se autorizarían los más inicuos atentados so pretexto de rendir un extremo homenaje al principio *nullum crimen sine lege prœvia,* si se entendía que por no estar tipificada cada omisión no se podía castigar su resultado*.* El avance de la humanidad traía una depuración de la moralidad social que incluía el aumento de la imposición por ley de actos positivos a los individuos, para beneficio social y salvaguardia de los derechos tutelados, e imponía que se debía castigar su omisión.[171]

---

[169]LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA. Tratado de Derecho Penal, Tomo III, 3ª edición. EDITORIA LOSADA, Buenos Aires, 1965. Página 419. Para una más profunda consideración, véanse en este tomo, números1058 a 1076, págs. 383 a 473.

[170]***Artículo 11.*** *Todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable, salvo los casos expresamente exceptuados en este Código.*
*Se infringe la ley penal por acción o por omisión.*

[171]CARLOS LOZANO Y LOZANO. Elementos de Derecho Penal, citado por JUAN CARLOS FORERO RAMÍREZ, El Delito de Omisión en el Nuevo Código Penal. Bogotá, Legis, 2002. Pág. 81.

Para LUIS CARLOS PÉREZ la conducta negativa que vulnera un precepto que obliga a hacer, es omisión simple o pura. Reiteraba la diferencia con los llamados *de comisión por omisión,* "cuya esencia es una inactividad física con resultados iguales a los de la verdadera acción: la madre que se abstiene de alimentar a su hijo, provocándole la muerte. Estas infracciones no son omisivas en el preciso significado de la expresión, sino activas, y no requieren, como las omisivas puras, una obligación preceptuada por la ley o reglamento".[172]

### 12.2.2.2 CÓDIGO PENAL DE 1980

Frente a las precedentes influencias clásicas (Carrara) y del positivismo, se presentaban los avances de la dogmática neokantiana y finalista, tendencia dentro de la cual se adoptó el Código Penal de 1980; sin embargo conservó las siguientes previsiones:

> ***Artículo 19. Acción y Omisión.*** *El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión.*
>
> ***Artículo 21. Causalidad:*** *Nadie podrá ser condenado por un hecho punible, si el resultado del cual depende la existencia de éste, no es* ***consecuencia de su acción u omisión.***
>
> ***Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo.***

Estaba ya establecido, entonces, que el resultado delictivo puede ser consecuencia de la omisión punible, a pesar de que la tradición causalista entonces predominante la considerara una contradicción insoluble ("*la nada no es causa de nada"*). Con esta ley, no evitar un resultado, pudiendo, es un hecho punible si se tiene el deber jurídico de evitarlo. Así ingresó a la legislación el concepto del deber jurídico de garantía, o de evitación de un resultado lesivo, que a partir de entonces comenzó a tomar forma doctrinal en nuestro medio.

ALFONSO REYES ECHANDÍA (eximio penalista colombiano, presidente de la Corte Suprema de Justicia sacrificado en estos hechos) acogía la necesidad de distinguir la omisión propia (cuando la ley asigna expresamente una pena a la conducta de omitir el ejercicio de una acción específica), de la impropia, donde

[172]LUIS CARLOS PÉREZ. Manual de Derecho Penal. Temis, Bogotá. 5ª edición 1976. Pág. 84.

ésta es la simple inactividad como medio para lograr un resultado susceptible de obtenerse ordinariamente mediante una conducta positiva, *"como cuando la madre decide ocasionar la muerte de su hijo recién nacido, absteniéndose de alimentarlo. Se dice en estos casos que el autor incurre en delito de comisión por omisión"*.[173] Más específicamente enseñaba:[174]

> *"Conducta típica omisiva. La conducta típica puede consistir también en una omisión, vale decir, en un no hacer cuando se estaba jurídicamente obligado a hacer. Como en la modalidad del comportamiento positivo, en este también es necesario hacer referencia a su contenido sicológico y material. Es claro que estas dos expresiones deben entenderse en sentido relativo, ya que la omisión es básicamente una actitud negativa de nuestra volición.*
>
> *El nuevo C.P. se refiere específicamente a este fenómeno al señalar que "cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo"*
>
> *Sobre este particular señala SCHÖNE siguiendo a KAUFMANN: Antes de ser ejecutada la acción del hombre tiene que representarse el objetivo de la acción y desde allí hacia atrás en el pensamiento, seleccionar los medios de consecución del fin. Por consiguiente, es un presupuesto para que se llegue a una acción, una representación de un objetivo, desde el cual pueda partir el proceso de planeamiento, la posibilidad de reconocer los medios de la acción y la posibilidad de realización física de lo planeado. Con otras palabras: lo que convierte en omisión a la no ejecución de una determinada acción es la capacidad de acción concreta referida a la acción ausente, con los componentes físicos y síquicos nombrados. O formulado todavía de otra manera: a la omisión pertenece la finalidad potencial"*[41]
>
> *41 WOLFGANG SCHÖNE, "Acción, omisión y conducta", en Revista de Derecho Penal y Criminología, Vol. I, núm. 2, Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1978, pág. 11.*

Subrayamos ese aparte para que posteriormente se pueda comparar y encontrar cómo está de cercano con las posiciones de la doctrina más aceptada actualmente.

Expone JUAN CARLOS FORERO RAMÍREZ cómo la equivalencia estructural entre acción y omisión ha sido abordada de diferentes maneras, y mientras

[173] REYES ECHANDÍA, ALFONSO. Derecho Penal. Temis, Bogotá, reimpresión 1990.
[174] REYES ECHANDÍA, ALFONSO. Obras Completas, Volumen I. Temis, Bogotá, 1998. Página 375.

autores tradicionales como LUIS CARLOS PÉREZ y contemporáneos como FERNANDO VELÁSQUEZ entienden que el artículo 21-2 del Código Penal de 1980 sí se refería a las omisiones impropias, otros consideran que ese artículo era fundamento sólo para la omisión propia, pues en ellos el juicio de reproche tiene como fundamento el no evitar el evento cuya producción se tenía el deber jurídico de impedir, y el homicidio –por ejemplo- no es un tipo de omisión propia sino de acción o de omisión impropia.[175]

### 12.2.2.3 CÓDIGO PENAL ACTUAL, LEY 599 de 2000.

El Código Penal actual, Ley 599 del 2000, avanzó de manera importante en el tratamiento de la omisión y de la comisión de los delitos por omisión, al establecer:

> ***Art. 9. Conducta Punible.*** *Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado. …*
>
> ***Art. 10. Tipicidad.*** *La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal.*
>
> *En los tipos de* ***omisión*** *también* ***el deber tendrá que estar consagrado*** *y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley.*
>
> ***Art. 25. Acción y omisión.*** *La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.*
>
> ***Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido,*** *o que se le haya encargado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo,* ***conforme a la Constitución o la ley.*** … (Se resaltó).

En el caso del General ARIAS CABRALES resulta directamente aplicable este inciso segundo, porque era una alta autoridad del Estado, y como alta autoridad tenía el deber jurídico de impedir el resultado de Secuestro o de desaparición forzada de ciudadanos rebeldes o sospechosos de rebelión

[175] JUAN CARLOS FORERO RAMÍREZ. Op. cit., loc. cit.

retenidos en el combate; estaba en posibilidad de impedirlo y no lo hizo; por la Constitución y la ley tenía la vigilancia de la fuente de riesgo de Secuestro o desaparición forzada que significaban las palabras de sus inmediatos subalternos sobre *instrucciones terminantes especiales para esos individuos* y que *si estaba la manga no apareciera el chaleco.*

La comisión de una conducta punible por omisión está entonces mejor enmarcada dentro de la normatividad hoy vigente en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la posición de garante que se adquiera por el encargo constitucional de vigilar las fuentes de riesgo, o por la configuración específica de alguna de las situaciones fácticas contenidas en esos numerales, dentro de la regulación general que implica:

-Tener a su cargo la protección concreta del bien jurídico, o que se le haya encargado de protegerlo,
- Tener el deber jurídico de evitar un resultado típico,
- Tener la posibilidad de evitar ese resultado,
- No evitarlo.

Este artículo 25 permite precisar que por una parte hay una generalidad de situaciones en los que puede ser configurada la comisión por omisión, aplicable por tanto a cualquier clase de delitos, como la desaparición forzada, mientras que hay otras situaciones excepcionales –las de los numerales del parágrafo- en las que sólo se puede derivar responsabilidad si los bienes jurídicos afectados son los señalados taxativamente: vida, libertad personal y libertad sexual.

Por lo tanto la desaparición forzada de personas cometida por omisión del deber de garante es una imputación válida dentro de la ley hoy vigente, contra lo que pretende la Defensa en los puntos 6.1 a 6.4.

## 12.2.2.4 JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA SOBRE LA POSICIÓN DE GARANTE

La jurisprudencia colombiana se ha ocupado en algunas ocasiones de este concepto, tanto desde el punto de vista abstracto de la constitucionalidad de la figura como para casos concretos de su aplicación. La Corte Constitucional en sentencia SU-1184 del 13 de noviembre de 2001 dijo:

*"La posición de garante. Deberes de seguridad en el tráfico y deberes de salvamento. Si alguien tiene deberes de seguridad en el tráfico, lo trascendente para la imputación es si esa persona desplegó deberes de diligencia para evitar que el peligro creado excediera los límites de lo prohibido. …*

***Si se es garante, no interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa… Lo mismo acontece cuando en virtud de relaciones institucionales se tiene el deber de resguardar un determinado bien jurídico contra determinados riesgos.*** *El padre de familia incumple sus deberes de protección frente a su hijo, no solo cuando entrega el arma homicida; también lo hace cuando no evita que un tercero le ocasione una lesión mortal. En la actualidad se afirma que la técnica moderna y el sistema social hacen intercambiables la acción y la omisión…*

***Conclusión: si una persona tiene dentro de su ámbito de competencia deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos, en el juicio de imputación es totalmente accesorio precisar si los quebrantó mediante una conducta activa –v. gr. facilitando el hecho mediante la apertura de la puerta para que ingrese el homicida- o mediante una omisión –v. gr. no colocando el seguro de la entrada principal-.***

*En una grave violación de los derechos fundamentales, la conducta del garante que interviene activamente en la toma de una población, es similar a la de aquél que no presta la seguridad para que los habitantes queden en una absoluta indefensión.* ***En virtud del principio de igualdad, cuando la acción y la omisión son estructural y axiológicamente idénticas, las consecuencias deben ser análogas. Si la conducta es ajena al servicio, también deberá serlo el comportamiento omisivo…"*** (Se resaltó).

Una sentencia ilustrativa de cómo se llegó a la norma vigente se encuentra en el radicado No. 25536 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 27 de julio del 2006, de donde se extracta:

*"La posición de garante es la situación en que se halla una persona, por la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico evitable. Cuando quien tiene esa obligación la*

*incumple, y con ello hace surgir un evento lesivo que podía ser impedido, abandona la posición de garante.*

*En sentido restringido, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución o la ley a actuar* ***se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado lesivo que podía ser impedido.*** *Es el concepto que vincula el fenómeno estudiado con los denominados delitos de comisión por omisión, impropios de omisión o impuros de omisión.*

*En sentido amplio, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo importante es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de lo que se espera de ella, porque defrauda las expectativas sociales sobre su comportamiento.*

*La legislación penal colombiana sigue este criterio restringido, con fundamento principal en que los artículos 1° y 95-2 de la Constitución Política, que enuncian el principio de solidaridad, y con base en ellos el artículo 25 del Código Penal expresa en cuáles casos es predicable la posición de garante, siempre con referencia a la omisión impropia.*

*El artículo 25 consta de dos partes:*

*La primera —incisos 1° y 2°—, responde al primer paso en la evolución del concepto, a la inicial y más tradicional posición de garante; se relaciona directamente con la persona a la que se puede imputar la realización de una conducta cuando tiene el deber jurídico de impedir un resultado jurídico y no lo evita, pudiendo hacerlo. Es decir, apunta a los delitos de comisión por omisión.*

*Esa primera fase quiere decir que la imputación solamente puede ser consecuencia del incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Constitución o por la ley al autor del hecho que está obligado a resguardar específicamente un bien jurídico. Así, cuando se tiene el deber jurídico de obrar y no se actúa, el autor rompe la posición de garante. …*

*Para decirlo de otra manera, existe posición de garante en todos aquellos eventos en los cuales, frente a cualquier bien jurídico, la persona tiene la obligación constitucional o legal de actuar y no lo hace, pudiendo y debiendo hacerlo (primera hipótesis); y existe posición de garante en los*

*casos en que, frente a esos bienes jurídicos particularmente mencionados, la persona asume voluntariamente la protección real de otra o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio, mantiene una estrecha comunidad de vida con otras, emprende la realización de una actividad riesgosa con otros individuos, o crea con antelación una situación antijurídica de riesgo cercano para el bien jurídico correspondiente.*

*El Código Penal actual trae expresamente consagrada la cláusula general de equiparación entre acción y omisión, pero quedan totalmente abiertas las posiciones de garante. …*

*En la definición adoptada por el Código Penal, fue acogida la definición genérica de la "posición de garante", en cuanto dice que se entiende por tal que el agente tenga a su cargo la protección de un concreto bien jurídico, o la vigilancia de una fuente de riesgo "conforme a la Constitución o a la ley". … "*(Se resaltó)

Por otra parte, la doctrina ha sistematizado progresivamente este concepto; por ejemplo, relata FERNANDO VELÁSQUEZ que es dominante la *Teoría de las funciones* según la cual la posición de garante se deriva de dos situaciones: a) cuando la persona tiene el deber de proteger los bienes jurídicos de los riesgos que puedan afectarlos, como en los casos de deberes surgidos de las relaciones familiares o de ámbitos de convivencia, de la comunidad de riesgo en actividades de participación concertada, y de asunción voluntaria de esa protección, b) cuando la persona tiene el deber de proteger determinadas fuentes de riesgo, por comportamientos precedentes suyos (injerencia), por riesgos creados por otras personas bajo su influencia (subordinados, dependientes); y finalmente, por el deber de control de fuentes de riesgo que operan en el ámbito propio de dominio del agente, como en los casos del controlador aéreo, el cuidador de una planta de energía atómica o de sustancias radiactivas, el jefe de seguridad obligado a mantener las máquinas en perfecto estado de funcionamiento, el dueño del animal fiero, etc.[176]

Es decir, si alguna duda quedara de la atribución material y formal específica de deberes de garantía al General (r) ARIAS CABRALES, por disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, bastaría con una aplicación

[176]VELÁSQUEZ V., FERNANDO, Derecho Penal. Parte General. Comlibros, Bogotá, Cuarta edición, 2009. Página 666.

sistemática de los deberes de garantía para fundamentar la imputación objetiva del resultado que aquí se declara.

## 12.3 LA OMISIÓN ATRIBUIBLE AL ACUSADO COMO SU HECHO: NO HABER IMPEDIDO LA EJECUCIÓN DE LAS INSTRUCCIONES COMPLEMENTARIAS TERMINANTES

Quedó establecido que el acusado General ARIAS CABRALES fue comandante efectivo de la operación militar de recuperación del Palacio, y que en medio de ella no reaccionó ante la reiteración de las *instrucciones complementarias terminantes* sobre los individuos sospechosos de ser guerrilleros, concretadas en la expresión de que *si está la manga, que no aparezca el chaleco.*

Se podría pretender ingenuamente que estos giros de la conversación, sobre las *instrucciones complementarias terminantes* y sobre *la manga* y *el chaleco*, son inocuos, neutrales, o insignificantes. Por ello la Sala procede a examinar, aunque parezca repetitivo, 1. Los principios y leyes de la guerra, como contexto global, y 2. La práctica del combate en el Palacio, contexto específico en el que suceden estas comunicaciones.

### 12.3.1 LOS PRINCIPIOS Y LAS LEYES DE LA GUERRA

La operación de recuperación del Palacio fue un combate dentro de una guerra legítima contra la subversión. El General ARIAS CABRALES sabía que la teoría de la guerra se representa en el manejo de cada combate, como lo enseña Clausewitz. Sabía que el objetivo más inmediato de la guerra es *derrotar al enemigo*.

> "*Si hallamos pues que los pueblos civilizados no dan muerte a los prisioneros, no destruyen las ciudades y los campos, es porque la inteligencia se mezcla más en su dirección de la guerra, y les ha enseñado medios más eficaces de empleo de la fuerza que esas brutales manifestaciones del instinto".*[177]

[177]Carl von Clausewitz. De la Guerra. Editorial La Esfera de los Libros. Madrid, 2005. Capítulo I. Qué es la Guerra, 4. Extrema aplicación de la Violencia. Pág. 19.

Esa teoría enseña que el objetivo es ***dejar indefenso al enemigo***, pero que el objetivo final es político, porque "*la guerra es una mera continuación de la política por otros medios".*[178] También sabía que derrotar o dejar indefenso al enemigo tiene un significado diferente a exterminarlo, suprimirlo o desaparecerlo, porque **su aniquilamiento significa ponerlo en estado de que no pueda proseguir la lucha**:

> *"Declaramos a este respecto que, en lo sucesivo, al emplear la expresión "aniquilación de las fuerzas armadas enemigas" sólo entenderemos esto".*[179]

En esa tónica se desarrolla todo el tratado de Clausewitz, biblia y fuente obligada en la formación y práctica militar de los ejércitos modernos inmersos en un Estado de Derecho.

Las leyes de la guerra (de obligatorio e innegable conocimiento por los oficiales militares superiores) establecen la facultad del Estado de usar legítimamente la fuerza para **reducir** o **someter** a quienes por fuera de la ley pongan en peligro su seguridad y subsistencia. El General ARIAS CABRALES sabía que las leyes y costumbres de la guerra entre naciones se aplica también a los conflictos armados internos como parte de un núcleo duro de derecho vigente; que, por el Acuerdo de San Petersburgo de 1868, la única finalidad legítima que puede proponerse el Estado es el *debilitamiento* de las fuerzas militares del enemigo, hasta su sometimiento, pero no su exterminio;[180] que según el Convenio de La Haya de 1907, los beligerantes no tienen un derecho ilimitado en cuanto a los medios de perjudicar al enemigo;[181] en fin, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en vigencia para Colombia desde el 23 de marzo de 1976, en su artículo 4º permite a los Estados Partes suspender la obligación de respetar ciertos derechos, pero nunca los derechos a la vida, a la personalidad jurídica, o la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes (entre otros).[182]

---

[178]Ib., núm. 24, página 31.
[179]Ib., Capítulo II, Fin y Medios en la Guerra. Pág. 34.
[180]Compilación de Instrumentos Internacionales, publicación de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, séptima edición actualizada, 2007. pág. 523.
[181]Ib., pág. 529.
[182]Ib., pág. 32.

El PLAN TRICOLOR de 1983, adoptado en esa época como política y guía de las Fuerzas Armadas para reaccionar ante la eventual emergencia de ataques al Estado colombiano, preveía:

> *"El Ejército con el mando operacional de otras Fuerzas Institucionales y el control operacional de organismos de seguridad del Estado, conducen operaciones antisubversivas en su jurisdicción para* ***destruir*** *los grupos alzados en armas con el propósito de mantener el orden interno, garantizar la Soberanía Nacional y las instituciones patrias".*[183]

Entonces, ***destruir*** debía ser entendido, dentro de la doctrina militar, como el objetivo de **poner al enemigo en estado de imposibilidad de seguir la lucha.** Dentro de los pueblos civilizados, y Colombia se pretende uno de ellos, habría sido ilícita una política que estableciera el mandato de *destruir* en el sentido de *exterminar* al enemigo y a todo el que obstaculice el logro del objetivo.

Al desarrollar una operación militar con la meta de *destruir al enemigo* como política*,* sin dar instrucciones a los subalternos de que eso significa *someter* pero no *exterminar*, se violan los principios del Derecho de los Conflictos Armados que imponen el tratamiento humanitario, la distinción entre civiles y combatientes, la protección de civiles y combatientes vencidos, la precaución, la proporcionalidad de la respuesta, la prohibición de no dar cuartel, entre otros.

El PLAN TRICOLOR era, entonces, una *política* que tenía que ser explicada por los oficiales superiores mediante *instrucciones* para que los mandos medios e inferiores no lo tomaran como *órdenes* de exterminio físico del enemigo, pues eso iría contra el orden jurídico internacional –que para esa época ya enarbolaba el respeto a los Derechos Humanos como política promovida incluso por países como Estados Unidos- y por ende también se violaría la Constitución Nacional.

[183] Folio 179 c. 27 de a. de i. Aunque numerosos pasajes del PLAN TRICOLOR fueron tachados para evitar su copia en el informe rendido a la fiscalía instructora, ese enunciado se lee en"Misión del Ejército". En otro aparte se lee: "*(3) Teniendo en cuenta que las actividades de los grupos subversivos se desarrollan al margen de la ley y su actitud es abiertamente delictiva, no podrán concederse treguas, ceses de fuego o suspensión de operaciones…"* (folio 183), lo cual es abiertamente violatorio del Derecho de los Conflictos Armados. Esa directiva puede explicar el porqué de muchas conductas indebidas observadas a lo largo de la operación.

## 12.3.2 LA PRÁCTICA DEL COMBATE EN EL PALACIO

El General RAFAEL SAMUDIO MOLINA fue muy claro en explicar que el PLAN TRICOLOR, indefectiblemente contaba en todos y cada uno de sus niveles y para cada fuerza, con anexos, por ejemplo sobre Inteligencia y Contrainteligencia, Operaciones, etc., cada uno con su distintivo, dentro del que era esencial un Anexo X, sobre ASUNTOS CIVILES, donde se contenían las instrucciones para el manejo de la población civil, el respeto a los Derechos Humanos y el Derecho de Gentes (porque en esa época no era común utilizar el término Derecho Internacional Humanitario).

El General SAMUDIO MOLINA pidió insistentemente que se allegara el PLAN TRICOLOR con todos sus anexos como prueba esencial para demostrar que actuó conforme a la ley. La Fiscal instructora le explicó que se pidieron esos anexos pero la respuesta definitiva del Ejército fue la de imposibilidad de encontrarlos y suministrarlos.[184] Esa ausencia, sin embargo, no es óbice para afirmar que los oficiales superiores sabían de su existencia y de su contenido obligatoriamente aplicable en todas sus operaciones.[185]

En la parte del PLAN TRICOLOR que el Ejército permitió conocer dentro de este proceso no se recibió el Anexo X, Asuntos Civiles, que debe incluir las previsiones sobre la eventual existencia de rehenes, el tratamiento y manejo que habría de dársele a la población civil; pero aunque no se disponga de él, es claro que no podía sino desarrollar los principios y normas del DIH y que los oficiales superiores sabían que estaban sujetos a él.

En el fragor del combate para la recuperación del Palacio, la alta superioridad ordenaba actuar sin demora alguna y de manera contundente; no se dejaba campo alguno a la posibilidad de diálogos ni negociaciones. En sus intervenciones dentro de la operación son insistentes los altos mandos sobre la exigencia de resultados inmediatos, decisivos, esto es, eficaces en la *destrucción* del enemigo. El Presidente decidió **no intervenir**[186] en la dirección del operativo militar, ni para determinar la forma de manejo o rescate de

[184]CD 9, capítulo II, 00h: 07': 27".

[185] El General ARIAS CABRALES dijo a la Comisión de la Verdad que el Plan Tricolor no tenía previsiones sobre el manejo de rehenes. Informe Final…, Capítulo VIII, número 31, página 360.

[186] Declaración del presidente del Senado de la República, ÁLVARO VILLEGAS MORENO, en Informe del Tribunal Especial de Investigación. F. 52 c. 40 a. de i.

rehenes; las fuerzas militares se sintieron con carta abierta para destruir al enemigo, en el menor tiempo posible, sin que la suerte de los rehenes o la causación de destrozos fuera obstáculo, pero el comandante de la operación no precisó el alcance del significado de *destruir al enemigo*. Se explican así los pasajes de las comunicaciones militares que se presentan a continuación:[187, 188]

> *...*
> ***Arcano 3:*** *R, Arcano 6 eh… Acorazado 6 va a disparar el rocket sobre el QTH ya informado, cambio.*
> ***Arcano 6:*** *R, eh… ¿sobre qué piso, sobre qué piso?, siga.*
> ***Arcano 3:*** *R, entre el sótano y el segundo, por la escalera del parqueadero, cambio.*
> ***Arcano 6:*** *¿En qué… en dirección qué: occidente-oriente, o qué? siga.*
> ***Arcano 3:*** *En dirección occidente-oriente, cambio.*
> ***Arcano 6:*** *R, entonces, para yo retirar el personal que tengo aquí eh… porque estamos en… en la parte superior, estamos en la parte superior en el sector precisamente en el… vértice nororiental, siga.*
> ***Arcano 3:*** *R, R, van a dispararlo de occidente a oriente entre el sótano y el segundo piso, sobre… a la altura del ascensor, cambio.*
> ***Arcano 6:*** *Eh, bueno, ahí en el segundo piso hay personal* [militar]*, en el segundo piso hay personal de Alfa 6 y hay personal también de Mano Yuca Fracica, en el segundo piso en el sector suroriental y casi nororiental, para que tengan las prevenciones del caso, siga.*
> ***Arcano 3:*** *R estoy QSL, ya se coordinó con… con Acero 6 y sí, ya se ubicó la… el personal, cambio.*
> ***Arcano 6:*** *QSL, que prosiga entonces.*
> ***Arcano 3:*** *R, eh… a su orquesta, QAP.*
> *…*
> ***Arcano 3:*** *R, Acorazado entonces va a disparar un rocket sobre… a la altura del tercer piso en el costado eh… noroccidental, cambio.*
> *…*

---

[187] Cuadernos 35 y 36 anexos de Instrucción, que contienen la transcripción completa de las comunicaciones radiales militares interceptadas por los ciudadanos Pablo Montaña y Mike Forero Nougés, aportadas por intermedio de los periodistas Herbin Hoyos y Ramón Jimeno; hay un peritazgo sobre estas comunicaciones en cuaderno 39 ídem.

Los indicativos en estas comunicaciones corresponden así: CORAJE 6 es el Ministro de Defensa, General VEGA URIBE; PALADÍN 6 es General SAMUDIO MOLINA, comandante del Ejército; ARCANO 6 es General ARIAS CABRALES, comandante de la Brigada, en el frente de combate; ARCANO 5 es Co. SADOVNIK, Jefe de Estado Mayor de la Brigada, situado en el mando atrasado; ARCANO 2 es Co. SÁNCHEZ RUBIANO, jefe de inteligencia, en el Museo Casa del Florero; ARCANO 3 es Co. HERNÁNDEZ LÓPEZ, jefe de operaciones, quien tuvo el esfuerzo principal el día 7;Azabache 6 es Co. PLAZAS VEGA, comandante de la Escuela de Caballería, quien tuvo el esfuerzo principal el día 6; Mano Yuca Fracica es Mayor (My) Fracica, dependiente de la Escuela de Artillería; Carlos Tango Rojas es Capitán (Ct) Rojas; Acero *parece ser* comandante de Escuela de Artillería, Alguacil 6 *parece ser* comandante de Policía Militar.

[188] Lenguaje usual en comunicaciones de radio y militares: QSL: entendido, acuso recibo. QTH: sitio, posición. QTR: hora exacta. QAP: quedo atento. QRZ: quién llama. R: recibido. TKS: Gracias. IMPULSAR: enviar. INCLINACIÓN: referencia, información sobre alguien. HACER PANTALLA: presentarse personalmente. LINEA DE 500: llamada telefónica por la red fija. ORQUESTA: orden. OFRENDA: operación.

> ***Arcano 3:*** *QSL, Arcano 6, entonces que Acorazado 6 eh… dispare el rocket, cambio.*
> ***Arcano 6:*** *R, pero plenamente seguro de que no tenemos tropas allí en ese sector y especialmente en el segundo que está eh… Mano Yuca Fracica y está eh… Arcano 22, siga.*
> ***Arcano 3:*** *R, eh… Arcano 22 parece que está en el costado eh… nororiental, cambio.*
> ***Arcano 6:*** *QSL.*
> *[…]*
> ***Arcano 22:*** *Arcano 6 de Arcano 22, se va a disparar del costado suroriental hacia el norte, cambio.*
> ***Acero 6:*** *Arcano 6, Acero 6, cambio.*
> ***Arcano 6:*** *Siga, Acero 6.*
> ***Acero 6:*** *Recibido y QSL ya se ordenó, se orquestó al tercer piso al Carlos Tango Rojas, para que inicie la presión, hay dos eh… GOES que están por la parte alta del techo con él, con el producto hecho de las explosiones se está moviendo la gente y estos últimos disparos parecen que están tratando de… de neutralizar en gran parte las posiciones que tenían estos, ventajosas, cambio.*

Se ordenaba el disparo de rockets contra un reducto de guerrilleros, en el baño del segundo piso sector noroccidental, donde se sabía que mantenían unos sesenta rehenes. Hubo preocupación, legítima, por las propias fuerzas, mas no por la población civil, en violación del principio de distinción.

> *[…]*
> ***Paladín 6:*** *Arcano 6 de Paladín 6, deme situación actual, cambio.*
> ***Arcano 6:*** *R, situación eh… se continúa tratando de forzar el acceso, …* [explosiones]*, se han utilizado dos cargas dirigidas, se utilizó una composición C con resultados negativos, estamos colocando otro tipo de explosivos porque es el control que tiene absolutamente sobre el acceso y al terminar ese acceso parece que hay un mezanine, un sistema de baños donde tienen un grupo de rehenes y al parecer hay cinco individuos que son los que controlan la operación y quienes los están custodiando, cambio.*
> *[…]*
> ***Arcano 6:*** *… se continúa, con explosivos tratando de abrir la brecha por la escalera; sin embargo, se han aplicado ya cuatro cargas, no ha sido posible porque el material tiene mucho refuerzo tal vez por lo que está junto a los ascensores, entonces vamos a… tratar de eh… abrir del segundo piso hacia abajo, cambio.*
> *[…]*

En esta visión de la táctica, el aniquilamiento debe lograrse en el mínimo tiempo posible:

> ***Paladín 6:*** *Bueno, sigue siendo crítico el tiempo para presentar por cumplida la misión y tomado totalmente el objetivo, eh… de manera que espero, yo sé que las demás unidades están comprometidas, de Arcano me están escuchando, les pido, les exijo máximo esfuerzo, estamos contra el tiempo, siga.*
> *[…]*
> ***Arcano 5:*** *Eh, que insiste Paladín 6 en agilizar… el desenlace de la ofrenda, que le está urgiendo Coraje 6 e insiste en eso, cambio.*
> ***Arcano 6:*** *QSL, QSL, se está presionando, se está presionando, hay en este momento tres pelotones y una compañía de contraguerrillas comprometida en la operación, uno en cada piso y haciendo el máximo de presión, cambio.*
> *[…]*
> ***Arcano 5:*** *Bueno, Comandante, estamos urgidos de que esa situación se defina, cambio.*
> ***Acorazado 6:*** *R, QSL, Arcano 5, aquí estamos metiéndole todo lo que tenemos, estamos metiéndole granadas, rockets, acabamos de meter una buena carga vamos a ver qué… qué paso, estalló hace… hace 30 segundos y pues parece que se bajaron al segundo piso de acuerdo a lo que, a lo que se puede allá eh… puede ubicar Arauca, cambio.*
> *…*

Los oficiales superiores sabían que el orden jurídico les obligaba a facilitar y respetar la intervención de los organismos humanitarios como la Cruz Roja y a proteger a los rehenes como población civil. Sin embargo lo impidieron, y trataron de ocultar la petición de intervención que hacían los subversivos y rehenes, entrando en ridículas contradicciones dentro de una misma conversación, para negar lo innegable:

> … (hablando del magistrado Arciniegas, quien había salido del reducto del baño con una petición de Cruz Roja y la lista de los rehenes)
>
> ***Arcano 6:*** *No, él estaba con el personal [rehenes], lo hicieron bajar hacia donde estaba el personal [guerrilleros] del que controla la escalera, entonces de allí empezaron* ***a gritar que la Cruz Roja…*** *de que necesitaban eh…* ***que viniera la Cruz Roja*** *y se les dijo que entonces que enviaran a alguien, dijeron que iban a enviar a un magistrado y les ordenamos que bajaran uno por uno con las manos en alto, pero el único que bajó fue él, de manera que lo rescatamos, pero él no habló de ningún tipo de… de por lo menos mientras estuvo acá en el área no habló absolutamente nada en cuanto a condiciones o a exigencias, cambio.*
> ***Paladín 6:*** *Correcto, mire ¿ni…* ***ni dijo que necesitaban atención médica humanitaria****?, siga.*
> ***Arcano 5: Negativo****, únicamente eh… refirió de que habían eh… tres de los individuos que estaban allí haciendo frente, que tenían algunas heridas, en un brazo uno, otro en una pierna y el otro que tenía alguna herida de*

*mayor gravedad en otra pierna, pero él no habló de eso, parece, ya cuando habló con Arcano 2 eh…* ***como que le manifestó que necesitaban que un periodista y un representante de la Cruz Roja****, cambio.*

*…*

***Arcano 5:*** *Eh, quiere Paladín* ***que se dilate un poquitico el acceso de Martínez,*** **[el delegado de la Cruz Roja]** ***eh… que lo ponga a coordinar*** *bien sea aquí o bien sea con Ejército, cambio.*

***Arcano 6:*** *R, entendido.*

*…*

***Paladín 6:*** *Arcano, ¿han tenido… voces, gritos, alguna cosa de los rehenes?*

***Arcano 6:*** *No,* ***a veces grita esta gente que necesita la presencia de la Cruz Roja,*** *pero de inmediato la complementan con disparos, pero de rehenes todavía no se ha escuchado nada claro, siga.*

***Paladín 6:*** *¿Alguna otra cosa especial?, siga*

***Arcano 6:*** *Negativo, Paladín 6.*

***Paladín 6:*** *R, yo creo que quedaron* ***completamente claras las instrucciones que yo le di sobre la Cruz Roja,*** *¿ha habido alguna solicitud?, siga.*

***Arcano 6:*** *Negativo, ellos llegaron al área, digamos que administrativa, en el sector de la Casa de Florero y dijeron que estaban ahí en disponibilidad* ***por si acaso lo requerían, pero no han forzado ninguna situación ni han hecho requerimiento de entrar.***

*…*

***Paladín 6:*** *R, entendido, que no han llegado los de la Cruz Roja, eh… por consiguiente eh… estamos* ***con toda la libertad de operación y jugando contra el tiempo, por favor apurar, apurar a consolidar y acabar con todo,*** *y consolidar el objetivo, siga. (…)*

*Acabar con todo, limpieza*, *aniquilar, fumigar,* etc., son giros que corresponden a *destruir* en el sentido de *exterminar,* y sin otra explicación se han escuchado de los comandantes en estos hechos.[189]

En los oficiales había legítima preocupación y sospecha de que algunos guerrilleros se camuflaran de rehenes y en la huida evadieran la detención, o de que algunos rehenes en realidad fueran guerrilleros, y los retuvieron:

***Arcano 5:*** *R, eh… ¿tiene algún dato Arcano 6 sobre bajas de la chusma? cambio.*

***Arcano 6:*** *R, eh… verificadas, verificadas únicamente cuatro, únicamente cuatro. Eh… parece que dentro del personal que se sacó como rehenes*

[189]Un militar, posiblemente subalterno, dio orden de matarlos a todos, no dejarlos vivos. Cfr. Declaración de ROBERTO CEPEDA, empleado de LEGIS rescatado en el primer grupo, refiriéndose al trato que se les daba en especial a quienes decían ser estudiantes del Externado, EDUARDO MATSON y YOLANDA SANTODOMINGO: *"… Por las voces estilo militar, cuando estaban* [*h*]*ostigando a los dos muchachos, alguno de ellos, de los militares, dijo que no había que dejarlos vivos, que había que matarlos a todos. …"*F. 172 c. 46 A de a. de i.

*había algunos que se infiltraron intentando pasar, esos eh…* ***los tiene en este momento Arcano 2*** *y se está haciendo la averiguación, de todas maneras eh… la Policía va a verificar a través de guantelete si ese personal utilizó algún armamento, siga.*
***Arcano 5:*** *R, eh… Acero 6 había informado que había contabilizado 18 bajas, eh… Paladín 6 quiere que se le confirme este dato, cambio.*
*[…]*

Los oficiales conocían que sus subalternos estaban aplicando instrucciones de exterminio:

***Acero 6:****Bueno, ya se golpeó las… las… ya se está recuperando aquí material y eh****… los fumigados… está todo el personal prácticamente acabado,*** *entonces estamos únicamente aquí para salvedad de las bombas que hayan puesto aquí sobre las puertas, para eso necesitamos las linternas,* ***de resto el personal está totalmente fumigado,*** *cambio.*

***[…]***

**El General ARIAS CABRALES [Arcano 6], personalmente, encontró guerrilleros vivos, "moribundos", "muertos prácticamente ya", los que después aparecieron muertos:**

***Arcano 6: Nosotros encontramos cuatro eh… ya moribundos y Violeta que estaba también allí disparando un revólver, esos… esos están muertos prácticamente ya, cambio.***[190]

***Alguacil 6:*** *QSL, porque faltaría entonces uno, eh… un hombre y una mujer, un hombre y una mujer, y la información se tomó del personal que se evacuó eh… hacia el sector dos que estamos controlando, cambio.*
***Arcano 6:*** *Fuera de esos, de los cuatro y la mujer…*
***Alguacil 6:*** *La… la información dice que eran cinco y uno, entonces faltaría una mujer y un hombre, cambio.*
***Arcano 6:*** *…y fueron dados de baja… intentaron y se… entonces tenemos dos… tres y Violeta, entonces tenemos en total ocho, cambio.*
***Alguacil 6:*** *R, serían esos porque es la información que dan de seis eh… hombres, dos mujeres, cambio.*
***Arcano 6:*** *Eso, R, eso en lo que dice al día, al día de hoy. En cuanto al día de ayer sí se encontraron las 17 armas del personal que estaba ayer parapetado en el cuarto piso, cambio.*
***…***

[190]CD 14 archivo C 1 L B, correspondiente a Cassette 1 Lado B grabado por Pablo Montaña, momento 20':05".

**Alguacil 6 le informó al General ARIAS CABRALES de la existencia de la mujer guerrillera evacuada y retenida, y ordena su aislamiento:**

> ***Alguacil 6: Arcano 6****, eh… la…* ***la mujer evacuada*** *que fue* ***la interrogada*** *indicaba que en el lugar en donde irrumpieron se encontraban ahí cinco y dos facinerosos, cinco hombres y dos mujeres, y fue la información en… en este momento… y el que estaba comandando toda la operación, y al mismo tiempo confirmaron que lo que usted estaba interrogando con antelación* [la muerte de Reyes Echandía] *fue un hecho violento en el primer día, o sea, en el día de ayer, cambio.*
>
> *[…]*

El General ARIAS CABRALES ordenó la coordinación con otros niveles de jerarquía, como la Dirección Nacional de Inteligencia, DINTE, comandada por el Coronel IVÁN RAMÍREZ QUINTERO, y el manejo especial a los sospechosos no identificados:

> ***Arcano 6:*** *Recomendación especial, mantener los no heridos y* ***los que aún no se han podido identificar plenamente****,* ***aislados****, la DINTE los va a apoyar con material de clasificación, cambio.*
>
> ***R.*** *QSL.*

Y es aquí donde se concreta que la guerrillera retenida ha sido identificada por los rehenes rescatados, y el jefe de estado mayor reitera las *instrucciones complementarias terminantes* para esa clase de individuos:

> ***Arcano 2:*** ***No hemos podido identificar sino una que está plenamente identificada por las personas acá,*** *cambio*
> ***ARCANO 5:*** *R.* ***Ya sabe, las instrucciones complementarias a estos individuos son terminantes,*** *cambio.*
> ***ARCANO 2: R. QSL, Arcano 5.*** [191]

La continuidad de esta conversación entre ARCANO 6, ARCANO 5, ARCANO 2, sobre las instrucciones complementarias terminantes, es incuestionable.

> *…*
>
> ***Arcano 2:*** *… del mezanine de donde hubo el combate y de donde salieron las personas, eh, eh… en este momento se encuentran siete individuos guerrilleros, los únicos que quedaron allá fueron ellos, luego no hay*

[191] Folio 82, c. 35 a. de i, transcripción de comunicaciones aportadas por Ramón Jimeno; CD 16, segmento 8; CD 14, archivo C 1 L B, correspondiente al cassette original 1, lado B, de la grabación realizada por Pablo Montaña y aportada por Herbin Hoyos, desde el momento 26'50". Los extractos principales se incluyen en el archivo magnético anexo a esta sentencia.

*problema según lo que informa la gente acá de […] personal distinto a los guerrilleros, cambio.*

*[…]*

***Arcano 6:*** *…de los individuos que* ***tenemos acá de los cuales hay tres, tres que están en muy malas condiciones, heridos,*** *se recuperaron las armas que tenían, que portaban unos fusiles M-16 y nos queda únicamente un… una verificación en el cuarto piso, cambio.*

*[…]*

No dejan de filtrarse informaciones equivocadas o falsas que generan imprecisiones duraderas hasta el presente:

***Paladín 6:*** *R, sí, porque inclusive tenemos una información de que* ***Otero se nos salió*** *con la cédula de un muerto, pero… pero bueno, y* ***Almarales está herido y que lo llevaron ahorita a una unidad de P. M.****; en fin ya, estamos en eso, estamos en la parte también mucho más compleja, diría yo, también, que es esta limpieza, identificación, manejo de todas estas cosas, siga.*

*[…]*

***Arcano 5:*** *Arcano 2, Arcano 5, Otero está con cédula falsa, parece que lo tiene usted allí entre el personal, cambio.*

***Coraje 6:*** *Un conductor que yo le doy el nombre posteriormente, cambio.*

***Arcano 5:*** *Está QSL. La foto de Luis Francisco Otero Cifuentes está en la primera página de El Tiempo, cambio.*

***Arcano 2:*** *R y QSL, lo conocen y no está dentro de los que tenemos acá, cambio.*

***Arcano 5:*** *R, está QSL ¿y el… el seis, uno de los seis de estos sujetos, eh?, cambio.*

***Arcano 2:*** *No, negativo, únicamente pudimos obtener inclinación sobre una sujeto, sobre* ***una sujeto que es abogada*** *y que* ***ya fue reconocida*** *por todo el per… todo el personal, cambio.*

***Arcano 5:*** ***Esperamos que si está la manga no aparezca el chaleco, cambio.***

***Arcano 2:*** *Recibido y QSL.*[192]*…*

¿Quiénes "esperamos"? Sus superiores. ¿Cuáles superiores? El Comandante de Brigada y el Segundo Comandante de Brigada, jefe de estado mayor, por lo menos. ¿Qué esperamos? Que cumpla las *instrucciones complementarias terminantes* para esta clase de individuos. ¿Qué clase de instrucciones? Las que desarrollan la política de destrucción del enemigo. ¿Cómo se destruye a

[192] Ib., F. 84; [192]CD 14 del presente expediente, archivo C 1 L B, correspondiente al cassette original 2, lado B, de la grabación realizada por Pablo Montaña y aportada por Herbin Hoyos, desde el momento 3'18"y CD 16 archivo C5 LB correspondiente al cassette original 5 lado B, de la grabación realizada por Mike Forero Nougés y aportada por Ramón Jimeno.

los enemigos? Legalmente: ponerlos en condiciones de derrota. Ilegalmente: *Que si está la manga, no aparezca el chaleco.* Que si aparece una parte de ellos, no aparezcan ellos. Desaparecerlos.

Los Generales y Coroneles sabían, y estaban obligados a saber, que la política de *destrucción* requería instrucciones diferentes a la desaparición forzada; requería que los subalternos supieran que no era lícito exterminar, eliminar, suprimir, limpiar, fumigar o desaparecer al enemigo, para que no fuera una política ilícita ante el Derecho de Gentes que regía por mandato expreso de la Constitución y la ley vigente, y por lo tanto esas instrucciones debían precisar que **la política del PLAN TRICOLOR podía tener sólo el objetivo de dejar indefenso al enemigo, ponerlo en condiciones de no poder continuar la lucha, mas no de exterminarlo o desaparecerlo.**

**En este proceso no hay prueba de que el General ARIAS CABRALES haya intervenido en el diseño de una política ilícita, o en la preparación de las *instrucciones complementarias terminantes* ilícitas; pero sí está probado que, bajo su mando efectivo, con su conocimiento y aquiescencia, permitió que su segundo al mando reiterara a su Estado mayor esas *instrucciones complementarias terminantes* para con esos individuos componentes del enemigo. Por los resultados, contenidos en la Determinación de los Hechos Probados (10.), se sabe que esas instrucciones se convirtieron en órdenes de desaparición forzada que cumplieron otros subalternos.**

Se ha pretendido por la Defensa (6.7) que el General ARIAS CABRALES buscó la protección y cuidado de los rescatados, especialmente de los sospechosos de ser parte del enemigo. Sin embargo, al revisar las intervenciones en las que se refiere a personas rescatadas, no se escucha propiamente un interés por cumplir con los mandatos del DIH de proteger a la población civil ni a los combatientes vencidos, sino el de asegurarse de que entre los rescatados no se infiltraran guerrilleros -preocupación por demás legítima-; es enfático en requerir de su subalterno de inteligencia, ARCANO 2, el debido control de la situación, pero como se ha demostrado, no buscaba que esos guerrilleros fueran puestos a disposición de la justicia, lo que no sucedió con ninguna persona sospechosa.

## 12.4 EL ACUSADO ES AUTOR POR OMISIÓN

El marco conceptual expuesto, traído al caso concreto, permite recordar que en varios apartes de esta providencia y de la de primera instancia ha quedado establecido que el General ARIAS CABRALES, como comandante de la operación de recuperación del Palacio, hizo gala del ejercicio efectivo del mando, como lo preveía el PLAN TRICOLOR.[193] No podría ser de otra manera porque lo que caracteriza a las fuerzas militares es la observancia estricta del conducto regular en la escala de jerarquía legalmente establecida. Aún en las organizaciones civiles, públicas o privadas, este es un principio esencial de la administración, y la administración adquiere su mayor significado cuando la tarea que se desarrolla implica la diferencia entre la vida y la muerte, de modo que no se puede poner en duda que el General administraba o comandaba con total seriedad y dominio pleno de las decisiones más cruciales en su ámbito de dominio. Es más, por ser el Ejército Nacional la fuerza más reconocida dentro de todas las organizaciones presentes en el teatro de operaciones, las demás debían someter y sometieron su acción a las directrices del General ARIAS CABRALES, como lo preveía el PLAN TRICOLOR. Afirmar lo contrario sería incluso una ofensa al reglamento y al honor militar del comandante, pues significaría que su rango y función no eran respetadas por subalternos y superiores, lo que no puede ser ni se puede aceptar en un ejército profesional.

Se relató, por ejemplo, en 5.11 *in fine*, cómo el mensaje que hacia el final de la operación llevaba el magistrado ARCINIEGAS BAEDECKER al gobierno, no pasó del Comandante de la Brigada en ese momento*,* dado que *el General ARIAS CABRALES tomaba las determinaciones*, aseveración del Co. PLAZAS VEGA que secunda el Co. SÁNCHEZ RUBIANO, en versión rendida el 17 de noviembre de 2006.

También se relató que al doctor CARLOS MARTÍNEZ SÁENZ, Presidente del Servicio de Socorro de la Cruz Roja, encargado por el Jefe de Estado para intentar un diálogo con los guerrilleros el 7 de noviembre, el Coronel PLAZAS VEGA le pidió esperar un momento de calma porque el enfrentamiento *lo hacía imposible, "*prudencia" que también le ordenó el General ARIAS

[193]Las diferentes fuerzas se ponen a disposición del Comandante de la Brigada, como lo reconoce el General Director de la Policía, Víctor Delgado Mallarino. Cfr. F. 15 c. 12 a. causa.

CABRALES, por iniciativa del General SAMUDIO MOLINA, según se transcribió en 12.2.2. Cuando finalmente le permitieron acercarse, con megáfono en mano intentó entregar el mensaje de que el Presidente *ofrecía a los ocupantes del Palacio la garantía de sus vidas* y *el adelantamiento de una investigación judicial con todas las garantías procesales a cambio de que dejaran en libertad al personal retenido,* ante lo cual solo se *escuchó una ráfaga de ametralladora*, cuando los subversivos estaban aniquilados, y *minutos después cesó el fuego, descendió un grupo grande de soldados que dieron parte al General de haber cumplido la misión.*[194]

Registró también la primera instancia a partir de numerosos testimonios que el General ARIAS CABRALES fue el efectivo comandante de la operación de recuperación del Palacio;[195] que ejerció el mando como correspondía a su rango y función; que sus directos subalternos estaban en continua comunicación con él y daban cumplimiento a sus instrucciones; que recibía la información progresiva del acontecer no solo de sus tropas sino de otras fuerzas como del comandante de la Policía, aunque no hubiera línea directa de mando entre ellos; que daba parte adecuado a sus superiores. Todo esto desvirtúa la pretensión tardía del acusado de desconocer su responsabilidad o derivarla a subalternos u otras unidades o fuerzas.

Las comunicaciones traídas al juicio demuestran el contacto permanente entre el General ARIAS CABRALES desde el Palacio y su subalterno SÁNCHEZ RUBIANO, el B-2, en su posición en el Museo, por lo que no es admisible la excusa de que el subalterno actuara autónomamente, fuera de la línea de mando. Se escucha la completa coordinación entre ARCANO 6, ARCANO 5 y ARCANO 2, como debía ser, sobre la salida e identificación de rehenes, próxima a las comunicaciones de ARCANO 5 a ARCANO 2 en las que le recuerda que *las instrucciones complementarias para esa clase de individuos son terminantes,* y que de la abogada identificada *si está la manga, no aparezca el chaleco.*

Sin embargo, mediante oficio 0299 CGFM-ESG-DI-701 del **16 de marzo de 1988** al Procurador General de la Nación, el General ARIAS CABRALES manifestó:

> *No me enteré del contenido de la conferencia a la que hace alusión en el numeral 3º, pues no escuché tal comunicación entre los interlocutores con los indicativos Arcano 5 y Arcano 2. … No recibí información sobre la*

[194]F. 120, c. 46 a. i.

[195]F. 176 a 189 sentencia de primera instancia.

*persona a la que hace referencia ni podría inferir, en caso de haber oído la conferencia, que se tratara de alguien con una profesión determinada (abogada)…*

**No es verosímil, y por lo tanto no es creíble, que el General de la República que ejerce el control efectivo de la operación militar que comanda, ignore una orden trascendental en la operación como esa, reiterada por su Jefe de Estado Mayor al Jefe de Inteligencia. Menos aún se puede aceptar que si existen *instrucciones complementaria*s para cierta clase de enemigos, no sean conocidas por el comandante; por el contrario, si existen es porque el comandante personalmente las expidió, o porque las adoptó de consuno con su Estado Mayor, o porque las impuso un nivel superior y él ordenó su obedecimiento. En cualquiera de esos casos, es autor de la conducta que llevó al resultado final.**

A lo largo de los años reiteradamente respondió el General acusado que ante la afirmación de que había personas desaparecidas en las instalaciones de la Brigada 13, en los días siguientes a los hechos y por requerimiento de su superior indagó con todas las unidades para obtener respuesta de si se tenía alguna persona retenida, y con su respuesta negativa expidió la comunicación enfática de la inexistencia de personas civiles en esa condición de retención.[196] Por lo tanto el tema de los desaparecidos no le fue extraño ni desconocido tampoco en los días inmediatamente subsiguientes a los hechos, cuando aún hubiera podido poner fin a las conductas que desembocaron en desaparición de esas víctimas.

El ejercicio debido del mando militar le imponía al General ARIAS CABRALES reaccionar inmediatamente para *prevenir,* en el sentido de *evitar* la violación de derechos de los sospechosos retenidos, como los de la abogada guerrillera que sus oficiales subalternos le informaban estaba retenida e identificada, porque las autoridades –todas, incluidos él y sus subalternos- están instituidas para proteger los derechos de los residentes en Colombia (artículo 19 de la Constitución Nacional de 1886 vigente en esa fecha), y los guerrilleros sólo podían ser dados de baja legítimamente en combate, o capturados y puestos a disposición de la justicia. Los empleados de la cafetería, sospechosos de ser guerrilleros, eran sólo eso, sospechosos; tenían el status de *población civil no interviniente en las hostilidades*, o en último caso, serían combatientes

[196]F. 67, c. 19 a. i.

sometidos (en gracia de discusión pues no hay indicios de ello, fuera de la abogada guerrillera), todos con derecho a la protección y al trato humanitario por las autoridades, por estar reducidos y bajo el control de una de las fuerzas combatientes. Por su parte, cuando la abogada guerrillera estaba retenida y bajo vigilancia militar en el segundo piso del Museo, ya no era combatiente armada, sino vencida y desarmada, con lo cual adquirió la condición de *persona protegida* e imputable de graves delitos, con derecho a un juicio con todas las garantías procesales.

El *deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica* (art 25 del Código Penal), en el caso del General ARIAS CABRALES, se concretaba en el deber de realizar acciones como dar órdenes alternativas esperadas que se derivan del simple análisis racional de la función militar, pero que además con claridad están discriminadas en el Derecho de los Conflicto Armados,[197] en las acciones de **evitar** la violación de derechos de los rehenes desde el mismo momento en que escuchó, percibió, se enteró de la orden ilícita, desautorizando al subalterno con una contraorden eficaz para que a ningún otro subalterno inferior en la cadena de mando le quedara duda de que esa orden no se podía cumplir sin transgredir la Constitución, la ley común y la ley militar. Esa era la forma necesaria para **corregir** sobre la marcha el mecanismo ilegal instigado desde su jefatura de estado mayor.

En algunos casos la causación del resultado mediante una omisión es cuestionada porque, se dice, como máximo se podría alegar que *tal vez* la acción omitida habría evitado el resultado pero no se llega a una *probabilidad rayana en la certeza* como para dictar una sentencia condenatoria.[198] En el caso del General ARIAS CABRALES, en cambio, no cabe ni la mínima duda de que sus órdenes habrían sido cumplidas con todo el rigor militar; la orden de no aplicar *medidas complementarias terminantes a esos individuos* habría garantizado su entrega a los jueces para el debido juzgamiento y la noticia a sus familiares sobre su retención.

Sobre el deber de garantía de derechos que le incumbía al General ARIAS CABRALES, se tiene que en vigencia de la Constitución Nacional de 1886, cuando sucedieron los hechos del Palacio, el artículo 19 establecía:

[197]En el capítulo 14, adelante, se profundizará sobre la validez de su aplicación para este caso concreto.
[198]Véase, por ejemplo, ENRIQUE GIMBERTNAT ORDEIG, La Causalidad en la Omisión Impropia y la llamada "omisión por comisión". Rubenzal Culzoni, Buenos Aires, 2003. Págs. 29 y ss.

> *"Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y asegurar el respeto recíproco de los* ***derechos naturales,*** *previniendo y castigando los delitos".*[199]

El artículo 121, al regular el *estado de sitio*, ordenaba:

> *"En los casos de guerra exterior, o de conmoción interior, podrá el presidente, previa audiencia del Consejo de Estado y con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella. Mediante tal declaración quedará el presidente investido de las facultades que le confieran las leyes, y, en su defecto, de las que le da el* ***Derecho de Gentes****, para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento. …"*

La Constitución Política de 1991, en el inciso segundo del artículo segundo, ordena:

> *"Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares."*

Pero además, para los militares hay norma específica, por la naturaleza de su función. El Derecho Internacional Humanitario es el Derecho de la Guerra o de los Conflictos Armados, actual forma del Derecho de Gentes. Se lee en el artículo 214:

> *"Los Estados de excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones:*
>
> *… 2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales.* ***En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario****. …"*

Aun si no hubieran existido leyes positivas para controlar el ataque de la subversión, las autoridades civiles y militares, subalternas del Presidente, no podían actuar en desconocimiento del Derecho de Gentes sin vulnerar el máximo marco jurídico permitido para su superior, pues a ninguna autoridad le está concedida mayor facultad que a su comandante supremo.

[199]Como lo cita el Informe final de la Comisión de la Verdad sobre los hechos del Palacio, página 332.

Como se ve, se ha mantenido consagrada de manera concreta la posición de garante de los altos dignatarios del Estado. No hay discusión con respecto al carácter de autoridad pública que ostentaba el General ARIAS CABRALES, de manera que el ejercicio de su función quedaba incuestionablemente enmarcado en la previsión del artículo 25 del Código Penal, como garante por Constitución y por Ley de los derechos de todas las personas sometidas a esta normatividad, en el pasaje citado:

> ***"Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo,*** *quedará sujeto a la pena contemplada en la respetiva norma penal. …"*

Es válido imputarle a una persona como delito no haber realizado una conducta cuando tenía la capacidad de realizarla, tanto porque objetivamente las circunstancias externas se lo permitían o imponían, como porque subjetivamente estaba en posibilidad o deber de saber que le era exigible esa intervención.[200] Si bien en la teoría muchas veces es difícil encontrar los casos en que esto se cumpla, el presente es el ideal para la verificación de esos requisitos para la imputación correcta de una omisión.

Como en el caso del General ARIAS CABRALES la imputación se dirige específicamente a la vulneración del derecho de la libertad personal (aunque se infiere que se ha vulnerado el derecho a la vida) y dada su función de comandante militar tenía el deber de garantía de proteger los derechos de las personas rescatadas del Palacio, no queda duda de que la atribución de autoría a título de *comisión por omisión* se ajusta a la ley vigente tanto en el momento en que se inició la ejecución de la conducta como mientras continuó bajo la norma actual, más expresa y detallada.

El alegato defensivo de que se le está aplicando una figura jurídica que a la sazón no existía (6.2 supra), queda así desvirtuado.

**En el caso del Palacio de Justicia, todas las personas sometidas al orden jurídico colombiano, incluso los sospechosos y los guerrilleros vencidos, tenían derechos exigibles reconocidos por la Constitución y la ley, y los comandantes militares, como autoridades de la República, tenían el deber de protegerlos, tanto como a la población civil, según lo impone la función**

[200] LACRUZ LÓPEZ, op. cit., Páginas 490 y ss.

**concreta de protectores de los derechos establecida en la Constitución Nacional.**

**El General ARIAS CABRALES, como oficial superior del Ejército Nacional, sabía que tenía el deber de garante o protector de derechos, y estaba obligado a saberlo; a él en esas circunstancias concretas le era exigible dar una orden o realizar una acción de protección, y no lo cumplió. Tenía ese conocimiento cuando escuchó la reiteración de las *instrucciones complementarias terminantes* aplicables *a esos individuos,* y ni en ese momento ni en ningún tiempo posterior actuó como se lo imponían la Constitución y la ley sobre este asunto. No lo hizo porque era quien había impartido las instrucciones terminantes, o porque compartía que se hubieran impartido, pues como comandante no podía ignorar su existencia.**

**Por lo tanto, la Jurisdicción declara que el acusado General ARIAS CABRALES fue autor, mediante su abstención de evitar o reprimir oportunamente las *instrucciones complementarias terminantes a estos* individuos, difundidas por su jefe de Estado Mayor con respecto a la guerrillera y los sospechosos capturados, y por ello le atribuye la autoría, cometida por omisión, del delito de desaparición forzada, agravada por su condición de autoridad.**

## 13. NÚMERO DE AUTORES Y MODO DE INTERVENCIÓN EN LA CONDUCTA PUNIBLE

Se fijará a continuación el aspecto de la cantidad de personas –singular o plural- que pueden operar o cooperar en la comisión de un delito, y la calificación que deben recibir cuando actúan en grupo, según el modo -directo o indirecto- que adopte la realización.[201]

[201]Mucho de la confusión y con frecuencia debates abstrusos sobre las formas de realización de las conductas punibles se debe a la falta de una precisión conceptual previa con base en categorías básicas como número, modo, tiempo y lugar, por lo que en este caso preferimos definir previamente esos puntos fácticos de partida para justificar la construcción teórica. Véase por ejemplo el recuento crítico de cómo en un mismo caso las diferentes instancias de la Fiscalía, la Procuraduría, el Juez, el Tribunal y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema emplean entremezclada y sucesivamente las figuras de coautores determinadores, coautores mediatos, determinadores, autores mediatos en aparatos organizados de poder y coautores impropios, en KAI AMBOS, Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente. GTZ, FGN y otros, Bogotá, 2007. Página 163 y ss.

## 13.1 AUTORÍA INDIVIDUAL

En el primer inciso del artículo 29, el Código Penal prevé la comisión del delito por una sola persona responsable:

> ***ARTICULO 29. AUTORES.*** *Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento.*

*"Es autor"* designa la autoría individual, que a su vez puede ser realizada de dos formas: directa o indirecta: por sí mismo, o por medio de otra persona.

### 13.1.1 AUTORÍA DIRECTA

Lo más frecuente en toda sociedad es que un delito sea cometido por una persona contra una víctima, caso en el cual no es difícil formular el reproche punitivo. Pero la realidad es cada vez más compleja, por ejemplo por la cantidad de personas que intervengan, por la forma en que actúen, por la cantidad de delitos que cometan, por la cantidad de víctimas, o por el colectivo que causen. Todo ello impone la elaboración de conceptos que la representen adecuadamente.

El punto de partida es que se tiene como autor a quien realiza un hecho por sí mismo, según éste artículo 29, sin olvidar que previamente se ha definido que puede hacerlo por acción o por omisión, según el artículo 25 del Código Penal.

El autor individual, siendo penalmente imputable, ejerce el dominio de *su acción*, totalmente, en cuanto todos los pasos previos y concomitantes a la ejecución del ilícito están bajo su voluntad con capacidad de autodeterminación.

### 13.1.2 AUTORÍA INDIRECTA O MEDIATA

En la segunda parte de la primera oración del artículo 29 CP se prevé la autoría individual mediata, en el sentido de realizar la conducta *"utilizando a otra*

*persona como instrumento".*[202]Por ejemplo, una determinada persona concibe la ejecución de los elementos típicos de una desaparición forzada mediante unas *instrucciones complementarias terminantes*, y logra que otra u otras las ejecuten.

Los "instrumentos" no son responsables del resultado cuando al realizar los elementos del tipo penal no tuvieron la libre autodeterminación de su voluntad –requisito esencial para ser imputable-,[203] ya sea porque son inimputables (incapaces de determinar su voluntad según su comprensión) o porque fueron sometidos al error, fuerza o dolo que la ley reconoce como causales de ausencia de responsabilidad penal.[204]

Al hablar de *instrumento* se entiende que se trata de una persona que no tiene conocimiento o conciencia propia de la realización del tipo delictivo; ciertamente en ese caso se utiliza a una persona como un verdadero objeto, un instrumento ciego, totalmente ignorante del significado y consecuencia de su acción física que lleva a un resultado objetivamente típico. En ese caso es autor mediato el que utiliza al otro como instrumento, de modo que la ideación, los actos preparativos, el dolo, y por lo tanto la responsabilidad, son de su cargo, mientras que los actos ejecutivos esenciales son realizados por el instrumento ciego, éste sin responsabilidad penal.

Pero se entiende también como *instrumento* a quien realiza la conducta objetivamente típica bajo coacción o miedo insuperables, aunque tenga conocimiento y consciencia de su acto. En ese caso también hay *autoría mediata,* de quien ejerce la *determinación* de la voluntad ajena. El instrumento pierde la capacidad de autodeterminación de su conducta, hasta el punto de que la voluntad vulneradora de la ley no se radica en él, sino en el autor mediato –determinador de la conducta típica-.[205]

---

[202]El uso de esta palabra, *instrumento,* de indudable sentido metafórico, es fuente de confusión innecesaria. Se superaría con decir directamente "*por interpuesta persona*", verdadero sentido de la norma.

[203]Código Penal, artículo 33.

[204]Código Penal, artículo 32.

[205] Por otra parte, el artículo 30 reza:

> ***PARTÍCIPES.*** *Son partícipes el determinador y el cómplice.*
> *Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.* …Y el artículo 33 dice*:*
> ***INIMPUTABILIDAD.*** *Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, …*

Salta a la vista que la ley y la jurisprudencia utilizan el concepto de determinación o autodeterminación de manera confusa por ambivalente: si una persona se autodetermina, es responsable. Si una persona no puede

## 13.2 AUTORÍA COLECTIVA: COAUTORÍA

El segundo inciso del artículo 29 del Código Penal dice:

> *Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte. …*

En la doctrina se ha abordado el tema de la coautoría y la participación accesoria en la realización de la conducta delictiva mediante la definición de los elementos presentes en el comportamiento de los cooperantes, de donde han resultado muy variadas teorías que se acostumbra ordenar como subjetivas, objetivas –formal o sustancial, y de dominio del hecho.

Las teorías **subjetivas** se guían por criterios interiores o síquicos, como la intención, el motivo, el dolo, el interés, la voluntad, y pueden hacer coautor a todo el que comparte el propósito criminal común; de elementos externos tienen en cuenta que los coautores hayan compartido propósitos y actitudes como *querer el hecho como propio*, tener el *animus auctoris*, por donde llegan a considerar que basta la contribución a su ejecución con el deseo de que sean

---

determinarse, por ejemplo porque es determinada por otra, debe ser inimputable. Pero para aplicar el artículo 30, explica la jurisprudencia colombiana, el determinador no es propiamente quien suprime la capacidad de determinación de un ejecutor, sino que solo lo induce, le propone, sugiere, instiga, induce, le fomenta o siembra la idea. El así "determinado" conserva el dominio de su hecho, pues puede apartarse en cualquier momento de la idea criminal que se le ha sembrado y por lo tanto es responsable.
Con mayor precisión el llamado por la ley "determinador"debería llamarse *inductor, instigador, proponente* o palabra similar que no induzca a confusión.Este inductor objetivamente no tiene el dominio del hecho, pero el legislador lo considera plenamente responsable del resultado y le impone la misma pena del autor directo, porque realiza el componente subjetivo del tipo conjuntamente con el ejecutor. El así "*inducido*" tambiénresponderá como autor, porque conservó el dominio del hecho.
El verdaderamente *determinado* en su voluntad, es el que ha sido convertido en el *instrumento*previsto en el artículo 29, y será absuelto por presencia de una causal excluyente de su responsabilidad (por falta de autodeterminación), las del artículo 32 del Código Penal: 8ª, *obrar bajo insuperable coacción ajena*, o 9ª, *obrar impulsado por miedo insuperable.* Por supuesto, si esta coacción o miedo no son insuperables, el "instrumento" conservó la capacidad de determinarse y por lo tanto deberá responder por su conducta.
Una mejor descripción legal sería la de que el determinador y el inductor también son autores, y dejar limitado el concepto de *partícipes* para la contribución o complicidad.

consumados y en efecto se consuman los delitos que constituyen el fin último de la empresa criminal.[206,207]

La teoría **objetiva-formal** responde en principio a un concepto restringido de autor: es autor quien ejecuta *por sí mismo*, directa y personalmente, el hecho típico. Es objetiva porque el sujeto tiene que haber realizado directamente la conducta o parte de ella. Y es formal porque sólo quien lleva a cabo el comportamiento descrito en la ley se considera como autor. Tomada literalmente llevaría a dejar por fuera los conceptos de autor "mediato" y del "intelectual" coloquialmente conocido, y no ofrece un criterio para diferenciar

---

[206] La teoría **subjetiva** es la base con la cual se construye una forma de coautoría: la empresa criminal común (Joint Criminal Enterprise, JCE). *"La doctrina de la empresa criminal común… se basa en la idea de que un grupo de individuos, que no necesitan pertenecer a ninguna estructura administrativa, militar, económica o política, acuerdan libremente cometer de manera conjunta uno o más delitos. Sin embargo, a diferencia de los supuestos de conspiración*[concierto]*, el mero acuerdo para delinquir no es suficiente para que surja responsabilidad penal. La doctrina de la empresa criminal común exige también que tras el acuerdo inicial se ejecute el propósito criminal común.*
*En este sentido, la Sala de Apelaciones del TIPY… ha señalado que los conceptos de conspiración y pertenencia a organización criminal difieren de la doctrina de la empresa criminal común porque ésta es una forma de participación en la comisión del delito. Así, según la Sala de Apelaciones, el concepto de conspiración sólo requiere la existencia de un acuerdo para cometer el delito, con independencia de que dicho acuerdo sea posteriormente ejecutado o no, mientras el concepto de pertenencia a organización criminal requiere solamente la pertenencia voluntaria a una organización que de hecho lleva a cabo actividades criminales. …*
*Para convertirse en participante en una empresa criminal común, no es suficiente mostrarse de acuerdo con el propósito criminal común, sino que es también necesario contribuir a su ejecución con el deseo (dolo directo de primer grado) de que sean consumados los delitos que constituyen el fin último de la empresa criminal o el medio a través del cual se pretende realizar el fin último de aquella.*
*Considerando que, como la CCP I ha afirmado en su decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (párrafo 327), existe una estrecha interrelación entre (i) el criterio para distinguir entre autoría y participación y (ii) el criterio para dar contenido al concepto de coautoría –pues se trata en ambos casos de manifestaciones del concepto de autor que haya sido adoptado-, se podrá concluir que la jurisprudencia de los tribunales ad hoc se ha inclinado por un criterio subjetivo para distinguir entre autores y partícipes si se puede demostrar que el concepto de autoría elaborado por la misma se base en la doctrina de la empresa criminal común. …"*
Posteriormente se adoptó el Estatuto de Roma, en el que se supera la teoría subjetiva de la autoría, se adoptan varios criterios sucesivos, una teoría sustancial-subjetiva y residualmente la empresa criminal conjunta. Téngase en cuenta que los tribunales internacionales son completamente autónomos y en consecuencia sus cuerpos de normas y teoría son independientes. Véase: HÉCTOR OLÁSOLO. El Desarrollo en Derecho Penal Internacional de la Coautoría Mediata. En: Derecho Penal Contemporáneo, LEGIS, No. 27, abril-junio de 2009, página 71 y ss., especialmente notas 27, 29. (HÉCTOR OLÁSOLO es letrado de la Corte Penal Internacional, profesor titular de la Universidad de Utrecht, Holanda, y de la Universidad del Rosario, Colombia).

[207]Esta Sala no acoge una teoría subjetiva excluyente: en primer lugar porque la realidad fáctica del caso concreto se distancia mucho de la descripción citada como para permitir declarar su configuración, y en segundo lugar porque plantea problemas argumentativos y probatorios que no serían aceptados en nuestro orden jurídico, como son los de identificar, probar y declarar la existencia *del propósito criminal común,* y la *contribución a su ejecución con el deseo de que sean consumados los delitos que constituyen el fin último de la empresa criminal,* frente al principio *cogitationis nemo pœnam patitur* [los pensamientos no son punibles], como ya en 1868 lo registraba ENRICO PESSINA (EUGENIO CUELLO CALÓN, Elementos de derecho Penal, Reus, Madrid, 1936, p. 490). La acción o la omisión deben ser probadas por sus resultados externos, objetivos, y con las evidencias que ellos dejan se debe elaborar el argumento de la sentencia. Por ejemplo, no se podría sostener una sentencia cuyo argumento central fuese solamente que el General acusado compartía el objetivo de desaparecer personas, que quiso la desaparición como un hecho suyo propio, o que en la desaparición tuvo el ánimo de autor. Sin embargo, no se puede afirmar que se deba desechar toda consideración subjetiva en la toma de decisión sobre la autoría; el objetivismo también sería una visión parcial, por principio insuficiente.

entre autor y partícipe, pues sólo acude a la mayor o menor intensidad de la contribución causal de uno y otro. A partir de esas dificultades comenzó a desarrollarse un concepto más amplio de autor y de autoría mediata, dándole un significado más amplio al concepto de *ejecución* del hecho. Como desde muy antigua doctrina se tenía aceptado como autor al que se sirve de otra persona, como instrumento, y comete mediante ésta el acto de ejecución, se acepta que la *ejecución* del hecho típico va más allá de la simple realización física de los elementos que propone la teoría formal-objetiva, abriendo paso así a la solución de casos que, de otro modo, quedarían impunes. Por ello finalmente los autores y la jurisprudencia que defienden la teoría formal-objetiva admiten sin discusión la autoría mediata como una forma de la autoría.

Las teorías **objetivas-sustanciales** se orientan a reconocer criterios predominantemente objetivos externos en los temas de fondo, como la esencialidad del aporte para el resultado, o la simultaneidad de la cooperación, o la preponderancia de la causalidad síquica, o la relación de coordinación o subordinación (supremacía o no supremacía) entre los intervinientes.

Ahora bien, tanto en la teoría como en la resolución de casos concretos se entremezclan profusamente los diferentes criterios, tanto objetivo formales y sustanciales como los subjetivos, de manera que no es de esperarse una puridad de fórmulas generales.

Con base en las anteriores interpretaciones se han desarrollado las teorías del **dominio del hecho,** en las que el debate se dirige a definir qué se entiende por tener su dominio, para reconocer como autor a quien se le pueda atribuir tenerlo. No es una discusión pacífica ni acabada, pero hoy en día es generalmente utilizada en el que se crea su mejor entendimiento para explicar la motivación de la decisión judicial. Aquí se la acoge en el sentido de que dominar el hecho significa que el autor tiene el poder de decidir si se realiza o no se realiza la conducta ilícita, y lo expresa externamente, mediante acción u omisión.

Combinando la anterior clasificación de las situaciones de autoría con la teoría dominante sobre el dominio del hecho, podemos afirmar que por este medio se asegura que responda penalmente:

1) quien tiene dominio de la acción propia –cuando actúa individual y directamente-,
2) quien tiene dominio de la voluntad ajena –cuando actúa individualmente en forma indirecta, por interpuesta persona,
3) quien participa del dominio conjunto *del hecho conjunto* -cuando actúa en un colectivo y aporta al resultado de manera importante-, y
4) quien tiene el mando dentro *de una organización jerárquica* –cuando actúa en el colectivo y deja la ejecución del hecho en manos de subalternos-.

Dentro de ese marco conceptual, se observa en la ley colombiana que el giro "*Son coautores"* del segundo inciso del artículo 29 del Código Penal implica siempre un número plural autores, independientemente del modo como realicen la conducta, directa o indirectamente. Siguiendo este orden, se llega necesariamente a la siguiente subdivisión, no usual en la doctrina: coautoría directa o inmediata, y coautoría indirecta o mediata.

### 13.2.1 COAUTORÍA DIRECTA

A partir del texto legal (*Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte)* en la doctrina actual se ha venido interpretando que sólo hay coautores cuando no hay diferencias de jerarquía estricta entre ellos, y cada uno -en pie de igualdad con los otros- acepta hacer un aporte individual para un plan delictivo común. Sin embargo, la realidad es más rica en posibilidades y ello impone ampliar el concepto para que pueda darle su debida explicación.

No hay dificultad en entender que se llame coautores *propios* a quienes realizan, cada uno, todos los elementos del tipo, y se llame coautores *impropios* a los que aunque no realicen, cada uno, todos los elementos del tipo, adoptan un plan criminal común de distribución de tareas y hacen un aporte para obtener el resultado.[208] En este caso, todos conservan, en

[208]Sin embargo, algunos autores consideran que esta es una diferenciación inapropiada o inútil. Véase KAI AMBOS, Imputación…, página 186: *"f) En relación con los fundamentos expuestos por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el caso "Machuca", no compartimos la decisión por cuanto consideramos que la coautoría es una sola. Que la clasificación entre coautoría propia e impropia es técnica y dogmáticamente incorrecta porque, so pretexto de responsabilizar a todos los participantes de una conducta delictiva para evitar la "impunidad", se da aplicación a un concepto extendido de autor sin que se presenten los verdaderos elementos objetivo y subjetivo de la coautoría."*

conjunto, el dominio del hecho porque acuerdan el plan criminal común, la distribución de funciones y los aportes de cada uno para la obtención del resultado, y no tienen una distribución jerárquica rígida entre ellos (es lo que se ha llamado el dominio funcional del hecho). En ambos casos son coautores directos.

Sobre el concepto de *coautoría impropia*, que aquí identificamos como **autoría colectiva directa**, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, el 4 de enero de 2008, M.P. ÁLVARO PÉREZ PINZÓN, dice:

> *La Sala… en decisión del 9 de septiembre de 1980, expresó:*
>
> *"El fenómeno de la coparticipación criminal, entendido como realización conjunta del hecho punible, comprende la intervención de autores, coautores y cómplices…Son coautores aquellos autores* ***materiales o intelectuales*** *que conjuntamente realizan un mismo hecho punible, ya sea porque cada uno de ellos ejecuta simultáneamente con los otros o con inmediata sucesividad idéntica conducta típica (Pedro, Juan y Diego hacen sendos disparos de revólver sobre Juan y lo matan), ora porque realizan una misma y compleja operación delictiva con división de trabajo, de tal manera que cada uno de ellos ejecuta una parte diversa de la empresa común.*
>
> > *"…serán coautores quienes a pesar de haber desempeñado funciones que por sí mismas no configuren el delito, han actuado como copartícipes de una empresa común –comprensiva de uno o varios hechos- que, por lo mismo, a todos pertenece como conjuntamente suya" (M.P. Alfonso Reyes Echandía).*
>
> *Esta posición de la Corporación, expresada cuando comenzaba la vigencia del Código Penal de 1980, ha sido mantenida y repetida en forma unánime. Con el tiempo, al primer supuesto (Pedro, Juan y Diego hacen sendos disparos de revólver sobre un tercero y lo matan), se le denominó "coautoría propia", en tanto que al segundo (los agentes activos realizan una misma actividad ilícita con reparto de tareas) se le llamó "coautoría impropia", en atención a que cada cual actúa por su lado, pero todos aportan para el propósito común. Por esta circunstancia se hacía, y se hace, referencia a la "división funcional de trabajo"…*
>
> *Dijo la Sala el 11 de julio del 2002, dentro del proceso radicado con el número 11.862:*
>
> > *"No se puede dejar de recordar que los actuales desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales se orientan por reconocer como característica de la denominada coautoría impropia, que cada uno de los sujetos intervinientes en el hecho punible no ejecutan*

> *integral y materialmente la conducta definida en el tipo, pero sí lo hacen prestando contribución objetiva a la consecución del resultado común en la que cada cual tiene dominio funcional del hecho con división de trabajo, cumpliendo acuerdo expreso o tácito, y previo o concurrente a la comisión del hecho, sin que para la atribución de responsabilidad resulte indispensable que cada interviniente lleve a cabo o ejecute la totalidad del supuesto fáctico contenido en el tipo o que sólo deba responder por el aporte realizado y desconectado del plan común, pues en tal caso, una teoría de naturaleza objetivo formal, por ende, excesivamente restrictiva, sin duda muy respetuosa del denominado principio de legalidad estricto, no logra explicar la autoría mediata ni la coautoría, como fenómenos expresamente reconocidos en el derecho positivo actual (art. 29 de la ley 599 de 2000), los cuales a pesar de no haber sido normativamente previstos en la anterior codificación, no pueden dar lugar a entender que no fueron objeto de consideración o que el sistema construyó un concepto de autor distinto del dogmáticamente establecido" (M.P. Fernando Arboleda Ripoll)."*[209]

La coautoría impropia, o coautoría funcional por dominio funcional del hecho, tiene entonces como elementos la existencia de un *acuerdo común*, la *división de tareas,* la *esencialidad del aporte* y la *ausencia de jerarquía interna estricta.*[210]

Esta forma de coautoría a la vez es **DIRECTA**, en el sentido de que cada uno de los coautores ejerce por sí mismo el dominio pleno sobre su propia voluntad para cumplir una parte del plan criminal común y para realizar el aporte personal que ha aceptado para asegurar la obtención del resultado criminal, de manera que no lo hace por obediencia a una organización.

### 13.2.2 COAUTORÍA INDIRECTA o MEDIATA

Los hechos imputados por la Fiscalía en el presente proceso exponen la relación de estricta jerarquía vertical descendente entre el acusado General ARIAS CABRALES, sus inmediatos subalternos que reiteraron las instrucciones

[209]Posición reiterada en Sentencia 31748, del 9 de agosto de 2010.
[210]No se debe tomar este último elemento de manera absoluta, pues sin duda aún dentro de un grupo de iguales que acuerdan un plan delictivo, existe alguna forma de liderazgo aceptado consensualmente como condición para el éxito de la empresa criminal.

complementarias terminantes, y quienes ejecutaron físicamente la conducta de desaparición forzada.

Esas características ponen de presente que se debe enunciar una categoría diferente de coautoría, la que pueda recoger específicamente la existencia de subordinación estricta entre los diferentes niveles de coautores, donde los niveles inferiores cumplen órdenes pero no participan en el diseño o adopción de la política, plan o designio criminal, ni en la definición de las instrucciones que permitirán llevarlo a la realidad.

El hecho de que no haya sido bautizada previamente con este nombre propio, *coautoría indirecta o mediata*, solo informa que el desarrollo dogmático es incipiente y se debe profundizar para darle el debido tratamiento punitivo a fenómenos delictivos de esta clase.

Al igual que en la autoría individual, es posible que la autoría colectiva se realice por acción o por omisión, a través de "instrumentos", personas no imputables o responsables, o a través de ejecutores responsables, lo que se expone a continuación.

### 13.2.2.1 A TRAVÉS DE INSTRUMENTOS NO RESPONSABLES: POR ERROR, FUERZA, DOLO O UTILIZACIÓN DE INCAPACES

Desde el punto de vista teórico, nada se opone ni es exótico plantear que eventualmente varios coautores puedan acordar un plan criminal común y no lo lleven a cabo personalmente sino a través de una o varias personas puestas en error o ignorancia de que su acción positiva o negativa está configurando un tipo penal. Piénsese no más en las órdenes de comprar o vender acciones que ejecutan los corredores de bolsa, muchas veces cumpliendo órdenes de superiores en sus empresas y sin conocer que ciertas transacciones individuales hacen parte de un plan defraudatorio general. O cuando una política es legal pero en su desarrollo hay mandos medios que encuentran la manera de derivar beneficios ilícitos en su aplicación.

Esta forma de acción es cada vez más presente por la complejidad progresiva de la sociedad; en ella el dominio conjunto del hecho se transforma en dominio de la voluntad de otros a través del dominio de la organización. En ese caso, la acción de los ejecutores inmediatos no es por sí misma típica, o no están en

posición o en el deber de saber que esa acción aparentemente neutra puede ser delictiva; no estarán sujetos a responsabilidad penal alguna, mientras los organizadores del plan (y dominadores de la organización desde su rango hacia abajo hasta el nivel de los ejecutores) responderán plena y colectivamente.

También puede un grupo directivo organizar la utilización de incapaces para la ejecución de designios criminales, como sucede en los casos de reclutamiento ilícito de menores dentro de los conflictos armados, o el sometimiento por la fuerza o el engaño, diferente a la simple ausencia de información del ejemplo de los corredores de bolsa.

### 13.2.2.2 A TRAVÉS DE INSTRUMENTOS RESPONSABLES: LOS "APARATOS ORGANIZADOS DE PODER"

Resta entonces considerar el caso en que los autores realizan la conducta a través de otras personas que no son instrumentos ciegos, sino personas que conservan su conocimiento y voluntad; ejecutores que no son "instrumentos" sin conocimiento, sino autores responsables porque actúan con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta, al punto de que comparten con el superior el objetivo criminal porque lo aceptan o se adhieren a él, y por ello les es atribuible el resultado a título de dolo directo.

Los autores indirectos o mediatos en este caso tienen un poder de mando, *de jure* o *de facto*, sobre los ejecutores inmediatos. Esta forma de autoría implica la existencia de una relación interna de estricta jerarquía formal –que no se presenta en la coautoría directa-.

Dependiendo de la rigidez de la organización, la ubicación en el escalón superior, en los escalones intermedios, o en el de ejecutor, no es imposible que alguno conserve algún dominio de su propia acción y hasta el codominio de la organización en algún grado. Alguno de ellos puede intentar frustrar, entorpecer, modificar, suspender o interrumpir la ejecución del plan delictivo, o incluso plantear la reconsideración de llevarlo a cabo, pero su renuencia no garantiza que el resultado no se obtendrá; por el contrario, es más frecuente que si algún miembro de la cadena duda o falla en la ejecución de su papel, sea víctima fatal de la misma organización, y sea remplazado por otro de los ejecutores que están dispuesto a cumplirlo, como repetidamente se ha comprobado en casos de la jurisdicción de Justicia y Paz en Colombia.

Si un eslabón intermedio o un ejecutor no sigue adelante con el plan, porque interpone la no obediencia debida a la orden ilegal, o simplemente se niega a realizar lo que de él espera, está negando su pertenencia a la organización delictiva; pero si luego de dudarlo persiste en el cometido, es plenamente responsable.

Se ve entonces que en esa estructura criminal se presenta una situación de *coautores mediatos,* con variados niveles de jerarquía y de capacidad de decisión, quienes deben responder porque adoptan un plan criminal, o porque aceptan, tácita o expresamente, un plan criminal ya establecido en niveles superiores.

Esta es la forma común de funcionamiento de los grupos criminales organizados, en los que se presentan diferentes grados de estructuración interna, de permanencia y de reglas de comportamiento. También es la forma de acción de grupos que tiene origen en una organización legítima pero que para determinados objetivos deciden actuar por fuera de las normas. Ambos responden a los llamados por la doctrina *Aparatos organizados de poder.*

En torno a esta forma de autoría mediata hay posiciones discrepantes que la confunden con las figuras de *coautoría, instigación* o *complicidad*, pese a no darse la relación horizontal o la relación directa o periférica que las caracteriza.

En comparación con la coautoría directa, falta una *resolución común hacia el hecho*, presupuesto de cualquier "comisión conjunta". En la autoría colectiva mediata, el *"autor tras el autor"* y el *ejecutor* normalmente no se conocen, no acuerdan nada conjuntamente ni tampoco se consideran a sí mismos como portadores de decisiones de igual rango. La ejecución de una conducta, como la que se presenta en el caso en cuestión, se basa en la aceptación de una *orden* y no en una *decisión conjunta*. Para el autor mediato en la cúspide esto es distinto: él es la figura central dominante del delito dispuesto o permitido por él mismo; el ejecutante, si bien es responsable como autor directo debido a su dominio de su acción, no puede disputar al dador de la orden dominio de la organización.[211]

Puede haber varios niveles de mando desde la cúpula, en los niveles intermedios, hasta llegar al nivel menor que es el del ejecutor (de quienes no

[211]CLAUS ROXIN: *La Autoría mediata por dominio en la organización*. En: Problemas Actuales de Dogmática Penal, ARA Editores, Lima, 2004, página 223 y ss, citado por aquella Corte.

se ocupa esta sentencia). En todo caso, ese poder de mando se manifiesta siempre en línea vertical descendente, lo cual será determinante para la atribución de una autoría mediata en cabeza de los diferentes eslabones en la cadena de mando del aparato de poder.

El dominio de la organización se ejerce desde el nivel estratégico superior involucrado, y será distinto del que detenta el mando intermedio; quien se encuentra en la cúspide de la jerarquía tiene un dominio total del aparato, mientras que quien ocupa la posición intermedia tiene la posibilidad de impartir órdenes sólo para el sector subalterno de la organización que le compete. El dominio de la acción, del acto de ejecución, a su vez, es completo en el ejecutor, aunque este no tiene dominio sobre la organización. La reprochabilidad de la conducta se incrementa cuanto más se aleja del nivel de ejecución y más se acerque al nivel superior del aparato de poder organizado, porque significa mayor intensidad del dolo mediante la combinación del designio criminal y la utilización del poder que representa su posición en la jerarquía.[212]

Es importante la precisión acerca de las formas de expresión del poder de mando: la gradación entre *Política, Instrucción* y *Orden* como disposiciones vinculantes de mayor a menor grado de jerarquía. La *orden* es el mandato que dispone la realización de un hecho o misión y que debe cumplir el subordinado en atención a la posición y jerarquía funcional de quien la transmite. Las órdenes *formales* se suelen encontrar en disposiciones, directivas y mandatos. Por su efectividad *material*, pueden ser señales, expresiones, gesticulaciones, acciones concretas o expresiones afines de distinta índole. También pueden expresarse a través de signos o gestos, o más aún, con la ausencia de señal alguna, porque todas esas son formas de expresión humana.

Tratándose de la realización de actos ilegales, lo normal es que las órdenes no consten en escrito o grabación, y cuando constan, aparecen en lenguaje figurado, críptico o cifrado, como sucedió en este caso. La abstención de dar órdenes formales o sustanciales, como el silencio cuando la acción esperada

[212]Sin embargo, para esta Sala, la responsabilidad del ejecutor no puede ser menor que la de autor directo, y nunca la de cómplice, porque no se limita a dar una contribución o ayuda sino que realiza por sí mismo el hecho.

es la emisión de contraórdenes, es una forma de autoría de la conducta delictiva, es comisión por omisión cuando se tiene posición de garante.[213]

## a. INGRESO DE LA FIGURA *APARATOS ORGANIZADOS DE PODER A LA TEORÍA PENAL*

Se registra este concepto a partir de 1963, cuando CLAUS ROXIN ofrece una solución dogmática a los problemas de autoría que surgían en el debate sobre cómo debía imputarse a los personajes de órganos centrales de mando en dos casos destacados,[214] quienes aunque no ejecutaban los delitos realizados, sí los programaban, planificaban y decidían, lo que hacía posible identificar un dominio de la voluntad distinto a los tradicionales supuestos basados en la coacción, el error o la utilización de inimputables.

ROXIN tuvo en cuenta que los implicados estuvieron integrados en un aparato de poder organizado y que los delitos que les fueron atribuidos respondían a designios y órdenes de los órganos centrales de dichas estructuras. Los mandos intermedios y el órgano central de la estructura de poder que ordenó

[213]La comprensión de la procedencia de la comisión por omisión de la autoría mediata, individual o colectiva, ha sido motivo de dificultades, posiciones contrapuestas y largos debates doctrinarios. Véase por ejemplo, que JESCHECK y WEIGEND registran en su Tratado de Derecho Penal, Parte General, Editorial Comares, Granada, 1996, página 725:

> "2. También es objeto de *discusión* la cuestión relativa a si una autoría mediata puede ser cometida por **omisión.** Una parte de la doctrina afirma la posibilidad de apreciarla cuando alguien no evita la acción punible del instrumento en contra de su deber de garante.[47] Por ejemplo, en un establecimiento sanitario el enfermero omite impedir que un enfermo mental ataque a otro paciente. Lo correcto es, sin embargo, situar en un primer plano a la opinión contraria[48] que para estos casos acepta una teoría mediata por omisión, debido a que el deber de vigilancia del enfermo convierte a su cuidador en garante de que aquél no dañe a nadie.
> [47] Así, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 547;*Blei*, Allg. Teil pág. 260, *Engelsing,* Eigen händige Delikte pág 42; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil p. 48 núm. 95; *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 706.
> [48] Así, *Grünwald,* GA 1959, pág. 122; *Armin Kaufmann,* Unterlassungsdelikte pág. 294; *Roxin,* Täterschaft und Tatherrschaft pág. 471; *Schönke/Schröder/Cramer*, p. 25 núm 55; *SK (Rudolphi)* p.13 núm.33; *Sowada,* Jura 1986, pág. 410; *Welzel,* Lehrbuch pág. 206; *Stratenwerth* Allg. Teil I núm. 1066."

[214]Se trataba de los casos de Eichmann y de Staschynski. Adolf Eichmann fue un funcionario administrativo alemán en tiempos de la Segunda Guerra Mundial; tuvo a su cargo la Oficina Central para la Migración Judía, cuya función era perseguir, seleccionar y capturar judíos para trasladarlos a los diversos campos de concentración, pero directamente no había intervenido en la ejecución de persona alguna. Al finalizar la guerra se refugió en Argentina, donde vivió con una identidad falsa; allí fue capturado por agentes de los servicios secretos israelíes, quienes lo trasladaron a su país; fue condenado como autor de los homicidios cometidos. BOGDAN STASCHYNSKI, agente secreto extranjero, eliminó a tiros, en Alemania, a dos exiliados. Fue condenado como cómplice, porque *no obró por propio impulso, sino que cometió el delito en interés de su mandante.* La Corte peruana cita: ROXIN, CLAUS. *Sobre la Autoría y Participación en el Derecho Penal.* En: Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho. En Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa. Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, página 56.

su ejecución poseían distintas formas de dominar el hecho, pero no eran excluyentes entre sí. Mientras unos tenían el *dominio de la organización, e*s decir, la posibilidad de influir y controlar la realización del evento delictivo, desde su respectivo nivel funcional, otros conservaban en sus manos el *dominio de la acción*, esto es, la producción material del hecho punible. Esto hacía de los primeros unos verdaderos autores mediatos, ya que el dominio del hecho por el superior se basa en que puede, a través del aparato que está a su disposición, producir el resultado, incluso la garantía de mayor seguridad que en el dominio a través de coacción y error, que eran hasta entonces los casos reconocidos de autoría mediata.

Con el tiempo, esta tesis fue acogida por los tribunales argentinos que tuvieron a su cargo el juzgamiento de los miembros de las Juntas Militares que gobernaron ese país entre los años 1976 a 1983, y por el Tribunal Supremo Federal de Alemania para condenar a los integrantes del Consejo Nacional de Defensa de la antigua República Democrática Alemana por los homicidios cometidos en las inmediaciones del Muro de Berlín.

En el juicio a miembros de las juntas militares de Argentina, relata BERTONI,[215] los jueces se encontraron ante el problema de que los acusados no habían "estado presentes", como lo requería su jurisprudencia, cuando fueron cometidos los hechos que se tuvieron por probados. Los jueces debían justificar la responsabilidad penal de los miembros de las juntas militares, y lo hicieron interpretando los conceptos de autoría y participación que derivaban de la legislación vigente al momento de los hechos. Había que establecer si los procesados que emitieron tales órdenes eran o no eran responsables de los delitos imputados, y en su caso bajo cuál forma, teniendo especialmente en cuenta que ninguno de ellos habría realizado personalmente las acciones prescritas en los tipos penales. La acusación atribuía responsabilidad en carácter de *autores mediatos,* derivada del Código de Justicia Militar y del Código Penal, donde se extiende la pena prevista a quienes hubieran *determinado* a otro a cometerlo. Dijo la sentencia:

> *"… a juicio del Tribunal, para establecer el modo de participación de los procesados carece de importancia el determinar la eventual*

[215] En: Los Caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos. Lima, IDEHPUCP, 2007. págs. 25–36. (EDUARDO BERTONI es miembro de la Comisión Preparatoria de las "Reglas de Procedimiento" y "Elementos de los crímenes" para el Estatuto de Roma; Teaching Fellow del Human Rights Institute, Columbia University School of Law.)

*responsabilidad de los ejecutores. Ello es así, pues sean o no responsables quienes personalmente realizaron los hechos, los enjuiciados mantuvieron siempre el dominio sobre estos y deben responder como autores mediatos de los delitos cometidos."*

Los jueces de Perú tuvieron que realizar similares y crecientes consideraciones en los casos de los líderes del grupo subversivo Sendero Luminoso y del expresidente de la República Alberto Fujimori; aplicaron las diferentes figuras teóricas de atribución de la autoría, como son las de coautoría impropia y de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, dentro de la característica dificultad propuesta por la escasez de descripción de las normas sustanciales sobre autoría y participación en el derecho penal.

La Corte Suprema de Justicia de Perú, en sentencia del 7 de abril de 2009,[216] condenó al expresidente Fujimori por homicidio y otros delitos contra numerosas personas, realizados por integrantes del Destacamento Colina (Casos Barrios Altos y La Cantuta) y del Servicio de Inteligencia del Ejército (Caso Sótanos del SIE), como responsable a título de autoría mediata por dominio de la organización, porque desde la cúspide del Estado impartió las órdenes para la ejecución de los hechos.

Además de tener establecido que la *autoría mediata* se concreta cuando el hecho punible se realiza por medio de otro, reconoció que uno de los supuestos de expresión de la autoría mediata se presenta cuando un superior aprovecha los sujetos que se le encuentran subordinados en un aparato organizado de poder, de tal suerte que por esa vía mantiene objetivamente el dominio del hecho –autoría mediata por dominio de la organización–; que esta última se sustenta en dos elementos esenciales: la existencia de un aparato de poder estructurado y la predisposición de los ejecutores; que el acusado tuvo una intervención vertical en los delitos imputados, en los que se dio una división de funciones y una línea jerárquica en la organización, en cuya cúspide se encontraba.

También en Colombia el texto de la ley es muy escueto, como hemos visto, lo que ha llevado a la proposición de variadas y a veces confusas formas de interpretarlas. En esta providencia se procura sistematizarlas, siguiendo el

[216]Véase Corte Suprema de la República de Perú, Sala Penal Especial, expediente N° AV 19-2001, sentencia de 7 de abril de 2009, hechos de Barrios Altos, La Cantuta y sótanos SIE. Sus fundamentos fueron confirmados en el fallo de segunda instancia, Corte Suprema de la República de Perú, Sala Primera Penal Transitoria, expediente N° AV 19-01-2009, sentencia de 30 de diciembre de 2009.

sendero propuesto por la doctrina internacional para distinguir entre las distintas formas de intervención en el hecho, y precisándolas cuando se hace necesario.[217]

## b. POSICIÓN DISCREPANTE

Varios autores hacen reparos a esta forma de explicación de la autoría. Por todos, podemos citar que JAKOBS no la comparte,[218] quien considera que Fujimori, como Eichmann, no dominaba instrumentos (organizaciones) con forma de seres humanos, sino que trabajaba con personas responsables, aunque corruptas. Este era un autor intelectual, como lo conocía la doctrina desde Feuerbach (1830),[219] o un inductor equiparable a autor.

Afirma JAKOBS que los ejecutores en el aparato no son instrumentos, porque actúan de manera responsable; por lo tanto el que da la orden no es autor mediato, porque no puede decidir en último lugar sobre la realización del tipo. Para fundamentar la coautoría en estos casos, desecha la crítica de que en el autor intelectual falta el dominio de la acción en la realización del tipo; en realidad, dice, en toda coautoría ese dominio solo está en una fracción de los coautores, pero el coautor responde por toda la ejecución porque su aporte parcial lo hace co-responsable de la totalidad de la obra.

---

[217] Para abundar en este concepto, téngase en cuenta la intervención del Magistrado de la Corte suprema de Justicia Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS el 25 de noviembre de 2009 en Madrid, España: "En consecuencia para atribuir a una persona la realización de un hecho delictivo en calidad de autor mediato por dominio de la organización no se necesita probar el dominio del hecho concreto, esto es, el control del curso causal del delito cometido (por ejemplo, el control directo sobre el asesinato de los nueve estudiantes y un profesor de la Universidad de la Cantuta). Solo se necesita probar el control de la fuente de riesgo, el aparato de poder. Tampoco se necesita probar la orden directa de cometer los delitos concretos, dado que el hombre de atrás también puede ser imputado por la omisión de controlar el aparato de poder pudiendo y debiendo hacerlo. Finalmente, tampoco se necesita probar que el hombre de atrás quiso que los actos ilícitos se realizaran. Nos basta con demostrar que el hombre de atrás conocía el aparato de poder organizado y sus actividades ilícitas y decidió que el mismo continuara con las mismas", citando a IVÁN MONTOYA VIVANCO, La autoría mediata por dominio de la organización a propósito del caso Fujimori, en: Realidad y Tendencias del Derecho Penal en el siglo XXI. Derecho Penal, Tomo III, Editorial Temis y Universidad Javeriana, Bogotá, 2010, página 300.

[218]GÜNTHER JAKOBS. Sobre la Autoría del Acusado Alberto Fujimori Fujimori. En: LA AUTORÍA MEDIATA, editores KAI AMBOS e IVÁN MEINI. Editorial Ara, Lima. Páginas 104 y ss.

[219]Es interesante que Jakobs reivindica la diferenciación entre autoría intelectual y autoría física que ofreciera FEUERBACH, como forma de coautoría. Dentro del entendimiento que se hace en esta sentencia, también podría enunciarse que lo que se da en este caso es una autoría intelectual, sin que el uso de esta figura le restara rigor jurídico o dogmático a la decisión; es decir, la adopción de categorías para explicar los fenómenos es puramente convencional, y solo se debe buscar que sea útil e ilustrativa.

En su opinión todo esto no es más que el viejo problema de la accesoriedad en la conducta punible, nada diferente al problema de la participación. El autor intelectual es un coautor de los autores físicos, y no solo por el empleo de un aparato organizado de poder.

Por otra parte, contra la aplicación para estos casos de la coautoría, se ha dicho que falta la resolución común para el hecho. Pero, dice, la secuencia *"yo, superior, ordeno que un subordinado asesine a X"*, hasta *"yo, subordinado, asesino a X en cumplimiento de esa orden",* puede ser una manera de determinación común del hecho. Es una división del trabajo puramente objetiva, sin que el superior sepa si está incitando, o a quién está incitando. Si una persona intermedia mantiene a la víctima en el lugar donde después el ejecutor cumple su tarea sin saber siquiera que ese intermedio ayudó en algo, de todas formas el intermedio responde si su aporte ha sido significativo. Si ese aporte tiene un significado social para el éxito de la ejecución, responde aunque no haya habido una determinación común para el hecho.[220]

Es decir, quien presta un aporte para que pueda ser utilizado en la comisión de un delito, participa en ese delito; también lo comete quien actúa con base en ese aporte, aunque lo valore como algo originado naturalmente. En el caso de Fujimori, para él era evidente que otras personas, responsables, iban a anudar sus comportamientos a esas órdenes, y a los ejecutores les era claro que un superior había dado la orden. A todos, tanto a los intermedios como a los ejecutores, se los puede considerar conjuntamente dentro de un acuerdo común, *"acuerdo que al fin y al cabo tampoco es obligatoriamente necesario para la coautoría"*.[221]

Esta manera de entender el problema tiene la ventaja de destacar la igualdad jurídica de los partícipes, y no se queda en la dinámica de lo realizado fácticamente por cada uno. En su concepto, la figura de la autoría mediata mediante el uso de un aparato de poder organizado deja de lado esa dependencia objetiva y recíproca entre todos ellos en los delitos de organización.

[220]Jakobs admite así la coautoría aunque no haya acuerdo común para la realización de la conducta.
[221]Op. Cit., pág. 111.

Pero Fujimori tenía además la connotación de ser no un simple jefe de banda, sino la de un garante de los derechos de las víctimas. Por ello responde como garante que no cumplió sus deberes, y como autor, porque los deberes eran personalísimos de él. No solamente toleró los hechos, sino que los co-organizó, como actividad funcionarial [oficial], no privada. Su delito es de infracción al deber, nombre bajo el que se esconden varios tipos: lesión del deber de no dañar, lesión del deber de procurar un determinado bienestar. Es decir, lesión de deberes negativos y de deberes positivos. Los deberes positivos son conocidos en las posiciones de garante, o en la responsabilidad del superior. No se limitó a organizar algo como coautor o como autor mediato mediante un aparato organizado de poder, sino que actuó como un servidor especialmente obligado.

En resumen, identificar a un interviniente como autor permite asignarle responsabilidad jurídica completa,[222] en la forma del inductor en el derecho alemán, o como autor intelectual y autor físico según la dogmática de la primera mitad del siglo 19.

El ilícito es realización de un tipo penal, la que no tiene que ser de propia mano si nos alejamos del paradigma del autor individual. La ejecución pertenece a cada persona que ha realizado un aporte con sentido social de que sea transmitido hasta la ejecución final.

Fujimori, mediante su comportamiento omisivo o activo, es autor de los delitos iniciados por él, o incluso únicamente tolerados por él. *"Las figuras jurídicas de la "coautoría" o de la "utilización de un aparato organizado de poder desvinculado del Derecho" no son necesarias para el enjuiciamiento de su conducta; más aún: se desvían de sus lesiones al deber funcionarial, de manera que ni siquiera nos sirven de ayuda."*[223]

JAKOBS, entonces, enuncia una forma de autoría diferente: *por alejamiento de un deber funcionarial,* es decir, por lesión de un deber. Pero eso hay que entenderlo dentro del cuadro dogmático convencional que comparte con ROXIN y otros autores extranjeros, donde incluyen las categorías mencionadas

[222]En el Derecho colombiano esto no significa dificultad alguna, si entendemos que la palabra *interviniente* en ese sentido se está usando como autor, coautor, autor mediato, coautor mediato, por acción o por omisión, determinador-inductor, que tienen todos la misma pena, mas no como el "interviniente" del artículo 30-4 C.P.
[223]JAKOBS, GÜNTHER, op. cit., Ibídem, página 114.

de *delitos por organización* y *delitos por lesión de deberes,* por ejemplo, donde entre los últimos caen los de infracción de los deberes de garante.

En concepto de esta Sala, estas son construcciones dogmáticas que poco efecto práctico pueden tener si no se les va a derivar diferencia punitiva, como no se les deriva actualmente en Colombia, pero sirven como medios alternativos para lograr una explicación coherente del asunto y para la aplicación uniforme del Derecho penal, por lo que esta Sala sí utilizará el concepto de *Aparatos organizados de poder*, pero con las precisiones necesarias que se expondrán adelante para que no se induzca en error de comprensión a los destinatarios.

## c. RECEPCIÓN EN COLOMBIA

La Corte Suprema de Justicia de Colombia acudió a la utilización del concepto de *autoría mediata a través de aparatos organizados de poder* en la sentencia 32.805, caso de responsabilidad penal de un civil, el ex senador Álvaro García Romero, quien conoció con anticipación y compartió o prohijó la masacre paramilitar que se preparaba en Macayepo, la que se verificó días después. Dijo en esa ocasión:

> *"En efecto, como ya ha tenido ocasión de referirlo la Corte[42], el aforado estaba en la cúpula de una estructura criminal integrada por un número plural de personas articuladas de manera jerárquica, quienes mediante división de tareas y concurrencia de aportes -los cuales pueden consistir en órdenes en secuencia y descendentes-, realizaron conductas punibles, fenómeno que es factible comprenderlo a través de la metáfora de la Cadena[43].*
>
> *Esa solución frente al fenómeno de la intervención de múltiples sujetos en la acción criminal se aproxima a las respuestas brindadas por la Corte en otros asuntos conocidos con anterioridad[44] y resulta cercana a expresiones recientes de la doctrina[45] y la jurisprudencia[46] foráneas aplicadas a fenómenos similares.*
>
> *La Sala ha precisado que cuando se trata de delitos cometidos por grupos paramilitares la responsabilidad se determinará de acuerdo con la prueba y podrá declararse, "… a título de autor[47] o de partícipe[48] según las particularidades de cada caso[49], supuestos que en todo caso no impiden la imputación del concierto para delinquir y los delitos ejecutados en desarrollo de lo acordado."*

*En la doctrina nacional se ha discutido la denominación jurídica que deben recibir las personas que participan de una organización criminal, como es el caso de las mafias de los narcotraficantes y los aparatos de poder organizados y dirigidos por paramilitares y organizaciones guerrilleras.*

*Los comentaristas proclaman que dichos individuos estrictamente no son coautores ni inductores y proponen que su responsabilidad se edifique a partir de la autoría mediata, teniéndose como fundamento de dicha responsabilidad el control o influencia que sobre la organización criminal ejercieron los superiores, de modo que los ejecutores son piezas anónimas y fungibles que realizan directamente la acción punible sin que siquiera conozcan a los jerarcas que ordenan el crimen.*

*No obstante, como en la autoría mediata se entiende que el ejecutor material es un mero instrumento y tal conceptualización no se corresponde con la que debería aplicarse tratándose de aparatos de poder organizados, se aboga por la aplicación de aquélla* ***con instrumento responsable****.*

*En esa dirección, el debate doctrinal y los desarrollos de la jurisprudencia foránea, unidos a la mejor solución político criminal del problema jurídico, llevan a la Corte a variar su jurisprudencia en punto a que la autoría mediata sólo se presenta, "… cuando una persona, sin pacto tácito o expreso, utiliza a otra como simple instrumento para que realice el hecho objetivamente típico. El fenómeno ocurre, entonces, cuando el 'hombre de atrás' es el único responsable, porque el instrumentalizado no realiza conducta, o despliega conducta que no es típica, u obra en concurrencia de una causal de no responsabilidad -excluyente de antijuridicidad o de subjetividad- o es inimputable"*[50]*.*

*Ciertamente, cuando se está ante el fenómeno delincuencial derivado de estructuras o aparatos de poder organizados*[51]*, los delitos ejecutados son imputables tanto a sus dirigentes -gestores, patrocinadores, comandantes- a título de autores mediatos, a sus coordinadores en cuanto dominan la función encargada -comandantes, jefes de grupo- a título de coautores; y a los directos ejecutores o subordinados -soldados, tropa, patrulleros, guerrilleros o milicianos-, pues toda la cadena actúa con verdadero conocimiento y dominio del hecho y mal podrían ser amparados algunos de ellos con una posición conceptual que conlleve la impunidad.*

*En estos supuestos la criminalidad puede incubarse dentro de* ***aparatos estatales*** *-casos EICHMANN, funcionario administrativo nazi encargado de ubicar, perseguir, seleccionar y capturar a los judíos que posteriormente eran llevados a los campos de exterminio, Juntas Militares que gobernaron Argentina entre 1976 y 1983, y Consejo Nacional de Defensa de la antigua República Democrática Alemana -disparos en el muro de Berlín-, o en* ***estructuras propiamente delincuenciales*** *-caso de la cúpula de Sendero Luminoso en la masacre de Lucanamarca -un grupo de hombres de dicha*

*banda asesinó a 69 campesinos en Santiago de Lucanamarca, región de Ayacucho-.52"*

**42** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de 2 de septiembre de 2009, radicación 29221.
**43***Ibídem*.
**44** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias de casación de 7 de marzo de 2007, radicación 23825 (Caso de la Masacre de Machuca); y de 12 de septiembre de 2007, radicación 24448 (Masacre de La Gabarra).
**45** HÉCTOR OLÁSOLO, «Reflexiones sobre la doctrina de la empresa criminal común en derecho penal internacional», Barcelona, Indret -Revista para el Análisis del Derecho, Universidad Pompeu Fabra, julio de 2009, quien advierte que la primera jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en los casos LUBANGA, KATANGA y NGUDJOLO, el artículo 25 (3) del Estatuto de Roma (ER): (i) acoge la teoría del dominio del hecho como criterio básico de distinción entre autoría y participación; y (ii) configura la forma de responsabilidad individual que más parece asemejarse a la doctrina de la empresa criminal conjunta (ECC) de las recogidas en el art. 25 del ER (aquella prevista en el párrafo (3)(d) del art. 25 del ER) como una forma residual de complicidad. Véase también, SILVANA BACIGALUPO SAGGESE, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, Editorial Bosch, 1998, p. 35 y ss.
**46** Véase sentencia contra ALBERTO FUJIMORI donde: (i) para atribuir la realización de un hecho delictivo por dominio de organización no se necesita probar el dominio del hecho concreto, esto es, el control del curso causal del delito cometido (por ejemplo el control directo sobre el desplazamiento o desaparición forzada de personas), sino demostrar el control de la fuente del riesgo, es decir, el aparato de poder; (ii) **no se necesita probar la orden directa de cometer los delitos concretos, dado que quien está en la cabeza de la cadena también puede ser imputado por la omisión de controlar el aparato de poder pudiendo y debiendo hacerlo.** Y, (iii) tampoco se necesita probar que el hombre de atrás quiso que los actos ilícitos se realizaran, porque basta con demostrar que el dirigente conocía el aparato de poder organizado y sus actividades ilícitas y decidió que continuara con ellas (Véase Corte Suprema de la República de Perú, Sala Penal Especial, expediente N° AV 19-2001, sentencia de 7 de abril de 2009, hechos de Barrios Altos, La Cantuta y sótanos SIE). Los anteriores fundamentos fueron confirmados en el fallo de segunda instancia (Ver Corte Suprema de la República de Perú, Sala Primera Penal Transitoria, expediente N° AV 19-01-2009, sentencia de 30 de diciembre de 2009).
**47** En el proceso adelantado contra los miembros de las Juntas Militares que gobernaron a Argentina (1976- 1983), el fiscal TRASSERA y la Cámara Federal imputaron autoría mediata con instrumento fungible pero responsable (Teoría de ROXIN y BACIGALUPO), pero la Corte Suprema de la Nación condenó por coautoría (Teoría de JAKOBS). En Chile, se aplicó la primera teoría contra los militares y los Directores de la DINA, y contra PINOCHET el encausamiento fue por comisión por omisión al tener calidad de garante. Y en Perú, se aplicó por primera vez la propuesta de ROXIN en la causa adelantada contra la cúpula de Sendero Luminoso por los

hechos de la masacre de Lucanamarca y más adelante -como ya se anotó- en la sentencia dictada contra el expresidente ALBERTO FUJIMORI.

**48** En la doctrina desarrollada por GIMBERNAT se considera que en los crímenes cometidos por una banda serán inductores quienes dan las órdenes, autores los ejecutores del hecho y cómplices los que transmiten el mandato.

**49** FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, «La concurrencia de personas en el delito y los aparatos organizados de poder. A propósito de los crímenes realizados por las estructuras criminales de los paramilitares colombianos», fotocopias, sin fecha, p. 35. **Es posible que respecto de los miembros de la autoridad se edifique responsabilidad penal a partir de la denominada omisión impropia, como ocurrió en las masacres de Tibú (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de 14 de noviembre de 2007, radicación 28017) y Mapiripán (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de 26 de abril de 2007, radicación 25889 y Corte Constitucional, sentencia SU-1184/01), oportunidades en las que se consideró que los miembros de la Fuerza Pública tenían posición de garante respecto de los bienes jurídicos de la población civil y, con ello, responsabilidad penal en la modalidad de comisión por omisión.**

**50** Por ejemplo, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de única instancia de 29 de septiembre de 2003, radicación 19734, reiterada en auto de única instancia de 10 de junio de 2008, radicación 29268.

**51** También referenciada como "dominio del hecho a través de aparatos organizados de poder", "autoría a través del poder de mando" y "autoría por dominio de la organización", entre otros.

**52** CLAUS ROXIN, impulsor de esta modalidad de autoría mediata, precisa que ella se puede presentar tanto en delitos cometidos por órganos del Estado como por la criminalidad organizada no estatal, mas excluye los casos de criminalidad empresarial (*La autoría mediata por dominio en la organización*, en *Problemas actuales de dogmática penal*, Lima, Ara Editores, 2004, p. 238. (Se ha resaltado.)

En general se acepta fácilmente la existencia de la autoría mediata por actos positivos del acusado; un poco más complejo resulta el concepto de autoría mediata por actos omisivos. Sin embargo, recordemos que hemos registrado que para el Derecho las consecuencias de la acción y la omisión son equivalentes. Y hacemos énfasis en lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en las notas al pie 46 y 49: es posible, respecto de las autoridades, edificar la responsabilidad penal a partir de la *comisión por omisión,* en casos como los de las masacres de Tibú (sentencia 28017) y Mapiripán (sentencias 25889 y SU-1184/01), donde se consideró que los miembros de la Fuerza Pública tenían posición de garante respecto de los bienes jurídicos de la población civil y, aunque no se demostró su participación activa, pero sí que incumplieron sus mandatos de evitación, procede su responsabilidad penal en la modalidad de comisión por omisión.

## d. PRECISIÓN DE ESTA SALA: *ESTRUCTURAS ILÍCITAS CONFORMADAS DENTRO DE LOS APARATOS LEGÍTIMOS ORGANIZADOS DE PODER,* Y SU *PERMANENTE ALEJAMIENTO DEL ORDEN LEGAL*

Esta Sala encuentra necesario precisar el lenguaje y el significado de estos conceptos pues se han prestado para confusión y para la presentación distorsionada al público de las providencias que se han servido de ellos, como se observa en el argumento 6.7 de la defensa.

La experiencia histórica enseña que dentro de las instituciones establecidas por la ley, a las que les está reconocido el uso legítimo de la fuerza, se presenta en ocasiones el ejercicio ilícito de sus atribuciones por parte de grupos, *ad hoc* o con alguna permanencia, conformados entre sus componentes.

Un *Aparato Organizado de Poder* no es un concepto peyorativo, sino simplemente una descripción de cómo se realiza la función pública a través de organizaciones jerarquizadas, y se utiliza específicamente en el ámbito penal para señalar las instituciones que tienen legalmente autorizado el ejercicio de la coerción y la coacción, incluso con el uso de la fuerza y de las armas.

Eventualmente, dentro de las organizaciones legítimas, hay servidores públicos que optan por realizar actos preparativos, consumativos o encubridores de conductas punibles, conformando así una *estructura ilícita* dentro del aparato legítimo. Se pueden presentar muchas variaciones en sus características, como la permanencia de la estructura en el tiempo, la continuidad de las personas componentes, los niveles de la jerarquía involucrados, el grado de aceptación de los motivos, los objetivos, los mecanismos de acción, el nivel de detalle de la planeación, la frecuencia de su puesta en acción, la clase de ilícitos a realizar, entre otros.

Su existencia y características salen a la luz pública solo ocasionalmente, por sus resultados, y no son expuestos sino en la medida en que una investigación lo requiera y sea exitosa, o en que sus integrantes las revelen, por variedad de causas. Muchas veces permanecerán incógnitas.[224,225]

[224]Respuesta al punto 6.7 de la defensa.

[225]Recuérdese que la Brigada 20, o Brigada de Inteligencia, derivada del Batallón de Inteligencia Charry Solano, donde operó la DINTE, fue clausurada por petición u orden expresa de la legación diplomática de Estados Unidos, luego de retirarle la visa a su comandante General IVÁN RAMÍREZ, dentro de su proclamada política de respeto de los Derechos Humanos. De hecho, dentro de la estructura del Ejército Nacional, la Jefatura de Derechos Humanos es de creación relativamente reciente. Véase "Ejército desactiva la Brigada XX",

Por otra parte, también enseña la realidad –mundial y colombiana-, que se han creado organizaciones permanentes al margen de la ley con alto nivel de estructuración, con objetivos de manejo de poder político, o de componentes del poder político como son el control económico o territorial, llámense guerrillas, autodefensas, paramilitares, bandas criminales (bacrim), etc., los que en su totalidad son *aparatos ilícitos organizados de poder.*

No cabe duda de que la realidad obliga a adaptar las instituciones y su hermenéutica para la debida intervención de la jurisdicción, como nos lo demuestra aquí la necesidad de flexibilizar la interpretación que los mismos doctrinantes le han dado a su concepción original de esta figura jurídica. Por esa razón dijimos previamente que la realidad es el criterio de verdad (9.1.3, 1), y que la realidad es la que dicta las formas de entender las escuetas normas de la ley positiva sobre autoría mediata.

## e. SOBRE LA OMISIÓN COMO FORMA DE PONER EN MARCHA UNA ESTRUCTURA ILÍCITA DE PODER

Regresando a la cita 49 de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 32805, allí se cita al profesor FERNANDO VELÁSQUEZ sobre la concurrencia de personas en el delito y los aparatos organizados de poder; prevé que es posible edificar responsabilidad penal respecto de los miembros de la autoridad a partir de la denominada omisión impropia como ocurrió en los procesos por las masacres de Tibú (sentencia 28017) y Mapiripán (sentencia 25889 y Corte Constitucional, sentencia SU-1184/01), en las que se consideró que los miembros de la Fuerza Pública tienen posición de garante respecto de los bienes jurídicos de la población civil y, por ello, responsabilidad penal en la modalidad de comisión por omisión, al no haber evitado las masacres ejecutadas por lo paramilitares, habiendo debido y podido hacerlo.

En el mismo sentido, quedó registrado en el pie de página 46 de la misma sentencia, que en el contexto de la aplicación de la figura de Aparatos organizados poder como medio de ejercer la autoría mediata, dijo la Corte Suprema del Perú en el caso FUJIMORI:

---

afirmaciones del General Pedro Bonnet Locarno, Comandante de las Fuerzas Militares, en El Tiempo, 20 de mayo de 1998.

> *"… (ii) no se necesita probar la orden directa de cometer los delitos concretos, dado que quien está en la cabeza de la cadena también puede ser imputado por la **omisión** de controlar el aparato de poder pudiendo y debiendo hacerlo. …"*

Esta afirmación ha suscitado controversia y desacuerdo porque no se correspondería con el desarrollo dogmático de la figura de los aparatos organizados de poder, usualmente configurada para acciones positivas y no para omisiones. Consideran los contradictores que la autoría mediata por dominio de la organización no se configura mediante omisión ni ocurre en delitos de infracción de un deber jurídico exigible. ROXIN negaría la posibilidad de autoría por omisión en los delitos de infracción de deber:

> *"… Nuestras reflexiones nos conducen, en principio, al sorprendente resultado de que las consideraciones sobre el dominio del hecho, de entrada, no son pertinentes en los delitos de omisión: el omitente no llega a ser autor por su eventual dominio del hecho, sino por el quebrantamiento del deber de evitar un resultado…"*[226]

Sin embargo, se presenta el caso en que en una misma persona concurre el dominio del hecho por dominio de la organización (los comandantes de las fuerzas), donde cada uno domina el aparato bajo su mando, pero además de que controla el aparato quebranta sus deberes de evitación de resultados ilícitos porque conoce de instrucciones de ejecutar acciones contrarias a la ley y, pudiendo evitarlas a través de contraórdenes, no las evita; es decir, omite el deber de evitar el resultado desencadenado por otros, en este caso al no contraordenar lo comunicado por el Jefe de Estado Mayor, su subalterno Coronel SADOVNIK.

No hay que olvidar que la diferenciación entre las categorías "delitos de dominio" y "delitos de infracción de deber" fue presentada por el mismo autor de manera apenas tentativa,[227] derivada del punto de partida de que un extraño no podría ser coautor o autor mediato de un delito que requiriera sujeto activo calificado como funcionario público; pero la realidad nos enseña que muchas veces hay particulares que co-actúan o comandan fuerzas oficiales

[226]CLAUS ROXIN, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal. Marcial Pons, 6ª edición. Madrid, 1998, página 499.
[227]Ibidem, página 386.

en la realización de delitos,[228] por lo que esa diferenciación es puramente convencional, y en todo caso no se refiere a las potencialidades de los delitos de comisión por omisión.

Cuando se habla de *dominio de la acción,* se está en terrenos de la autoría directa (individual o colectiva), no en terrenos del *dominio de la voluntad* –autoría mediata a través de ejecutor no responsable-, ni menos aún en los terrenos del *dominio de la organización*, autoría colectiva mediata con ejecutor responsable, donde los autores tuvieron opción entre *dejar continuar* o *impedir* la ejecución de las instrucciones terminantes para con el enemigo.

> *"... Y esta idea es sorprendente porque justo en los delitos de omisión es donde doctrinal y jurisprudencialmente han recurrido con especial frecuencia a la idea de dominio del hecho; pero siendo así que el omitente, de tener la posibilidad de evitar el resultado, sobre la base de nuestra tesis aparecería, por lo general, como autor, la doctrina dominante tiende por el contrario a considerar cómplice al omitente cuando cooperan varios…"* [229]

No creemos aceptable que por el solo hecho de haber varios intervinientes se deba degradar su autoría a complicidad; este no puede ser un simple resultado numérico, sino que el contenido mismo de su conducta es el que debe calificar su intervención. Hoy no sería teoría dominante, y por lo menos no comparte esta Sala que un omitente de deberes de garantía sea considerado como un simple cómplice cuando se demuestra que estuvo en posición de evitar el resultado dañino y no lo hizo, al igual que no podría compartir la condena por sólo complicidad en el caso STASCHYNSKI aunque esa fuera la posición dominante de la época.

La discusión teórica sobre si en delitos de comisión puede haber autoría por omisión es diferente a la de si en los delitos por infracción de deber puede haber autoría por omisión.[230] Esta Sala no encuentra acertado que se identifique delitos de omisión con delitos de infracción de deber, porque ahí

---

[228]Se puede afirmar que en la gran mayoría de las guerras y conflictos internos se encuentran ejemplos de particulares, generalmente líderes políticos o de la economía, influyen, presionan, direccionan, e incluso comandan, dirigen, o deciden el rumbo de las operaciones y campañas militares, por lo que resultan responsables de los delitos que tienen lugar en su desarrollo. En Colombia, por ejemplo, es recurrente el caso de los paramilitares dirigidos por civiles que actuaron con el apoyo de o en apoyo a los militares; la sentencia citada 32805 es solo un ejemplo de ello.
[229]Claus Roxin, Autoría y Dominio…, op. cit, Página 499.
[230]Ibidem, página 706.

se está cometiendo el error de identificar el género con la especie. Todas las omisiones son infracciones de deber, solo que unas están tipificadas específicamente, y otras se cometen a través de la infracción de un deber. Por ejemplo, no pagar impuestos es una omisión propia que cristaliza una infracción de deber; la desaparición forzada puede ser cometida por un garante directamente, o a través de la omisión impropia si permite que otros la cometan directamente.

En nuestro caso concreto, en el delito de desaparición forzada de personas que usualmente se imputa por comisión activa hemos identificado la autoría del obligado por omisión de la acción esperada, lo que a la vez es una infracción al deber de protección impuesto al autor por la Constitución Política. Ya sea porque el caso no es frecuente, o porque la doctrina no se había enfrentado a un caso teórico de esa naturaleza, la declaración jurisdiccional puede parecer académicamente novedosa, pero es la que la realidad impone.[231]

Tenemos definido que no es admisible que un General de la República que comanda una operación no tenga el dominio autónomo de su deber de garante. El concepto generalmente aceptado de *dominio del hecho*, que en la autoría mediante la estructura militar se transforma *en dominio de la organización,* no solo es importante sino que es esencial en la autoría por omisión de los hechos aquí sancionados.

Es tradicional introducirse en la teoría de la omisión con el ejemplo de la madre que mata a su hijo absteniéndose de alimentarlo; la madre domina su acción porque la decisión de no cumplir con su deber de garantía para con su hijo es de su exclusiva voluntad y determinación. Si aceptáramos que el General no dominaba el hecho de su subalterno que reiteró las instrucciones terminantes para con los sospechosos porque solo omitió corregirlo, tendríamos que afirmar que la madre que mata a su hijo por inanición no domina el hecho porque produce el resultado solo mediante una omisión. Esa madre sin duda anticipó mentalmente que la omisión produciría el resultado. Al no ordenar en

[231]"Cabe afirmar, pues, en general que quien es empleado en una maquinaria organizativa en cualquier lugar de manera tal que puede impartir órdenes a subordinados, es autor mediato en virtud del dominio de la voluntad que le corresponde si utiliza sus competencias para que se cometan acciones punibles. Que lo haga por propia iniciativa o a interés de instancias superiores y a órdenes suyas es irrelevante, pues para su autoría lo único decisivo es la circunstancias de que puede dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin tener que dejar a criterio de otros la realización del delito" (CLAUS ROXIN, V. Problemas Concretos, 1. Autoría y participación en el seno de organizaciones, en: Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal. Marcial Pons, Madrid, 2007. Página 275).

sentido contrario de las instrucciones terminantes, necesariamente el General anticipó el resultado de su omisión, bien porque participaba de esas instrucciones ilícitas o porque consintió en ellas desde ese momento, a pesar de que tenía el deber imperativo de evitarlas.

En fin, el ejercicio de su autoridad le imponía al General acusado el deber de garantía de proteger los derechos de los civiles rescatados y subversivos capturados, de donde se deriva su responsabilidad por la intervención de quienes realizaron la instrucción de desaparecimiento de sospechosos y de la combatiente vencida, cuando debía evitar que esa instrucción se reiterara y, en todo caso, que se cumpliera.[232]

## f. REVISIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL CONCEPTO *APARATOS ORGANIZADOS DE PODER*

Hecha la recapitulación de los conceptos de autoría que existen en la ley colombiana y en la doctrina internacional, puestos éstos en su justa perspectiva de mecanismos útiles para la exposición y no camisas de fuerza para la judicatura, y escogido por esta Sala el camino de utilizar la figura de Aparatos Organizados de Poder pero con algunas precisiones, se procede a revisar esta doctrina en algunos aspectos que se han prestado a especial debate.

Recordemos que se identifican unos elementos componentes de esta figura: 1) Existencia de un aparato de poder estructurado, 2) Jerarquía rígida entre sus niveles, 3) Alejamiento del orden jurídico, 4) Intercambiabilidad de los ejecutores, 5) Alta predisposición de los ejecutores a la realización de las órdenes ilícitas.

- En cuanto al elemento 1), es importante reiterar que la experiencia enseña que dentro de las instituciones establecidas por la ley, o Aparatos Organizados Legítimos de Poder, se presenta eventualmente

[232]"Con buen criterio puntualiza JAGER que precisamente en estos casos queda claro que una acción consistente simplemente en firmar un documento o en llamar por teléfono puede constituir asesinato". ROXIN, Autoría y Dominio…, op. cit., Página 276. A ello agrega esta Sala que la omisión de una contraorden esperada igualmente constituye una autorización expresa del comandante para que se cumplan las instrucciones que implican acción ilícita. Naturalmente no se quiere decir que en los delitos cometidos en el marco de aparatos de poder organizado no quepa la complicidad. Cualquiera actividad que no impulse autónomamente el movimiento de la estructura ilícita solo podría fundamentar una participación accesoria.

el ejercicio ilícito de sus atribuciones por parte de estructuras conformados entre sus componentes, coyunturales o con alguna permanencia.

Esa es tan solo una expresión de la falibilidad de los seres humanos que componen las instituciones públicas, las que por sí mismas no están creadas para violar la normatividad ni lo hacen con responsabilidad penal. Esas estructuras ilícitas pueden adoptar diferentes características en cuanto a su propia permanencia en el tiempo, la continuidad de los servidores comprometidos, el nivel de aceptación de los objetivos, las formas de acción escogidas, el detalle de la planeación, la frecuencia de su actuación, etc.

La experiencia colombiana muestra además la existencia de organizaciones ilícitas más o menos permanentes, estructuradas y con jerarquía estricta, con intereses en el manejo del poder político local, regional o nacional, a través del control presupuestal y territorial.

La jurisdicción debe captar estas realidades para dar una respuesta coherente en el ejercicio de su función como un deber para con toda la sociedad.

- En cuanto al elemento 3), se ha discutido sobre la duración o permanencia de ese Apartamiento, Desvinculación o **Alejamiento del orden jurídico**.

Se debe partir de que todo Estado se manifiesta mediante un orden normativo interno que elabora y adapta progresivamente según sus propias opciones y medios legislativos, pero ese orden no es completamente autónomo, sino que se encuentra estrechamente vinculado al Derecho internacional desde el momento mismo en que uno de los requisitos para considerarse Estado es el reconocimiento internacional. La consecuencia es que hay un Derecho Internacional mínimo que forma parte del orden jurídico nacional porque se incorpora automáticamente al Derecho interno del Estado nacional.[233]

Se ha interpretado que el alejamiento del orden jurídico significa que el aparato de poder se estructura, opera y permanece al margen del sistema jurídico, es decir, que opera en *constante antijuridicidad.*

Por una parte, hay que tener en cuenta que desconocer o alejarse del Derecho no significa dejar de estar sometido a él; su vulneración hace pasibles a los

[233]Sobre este punto se profundiza en el capítulo 14 *infra.*

autores de las consecuencias que les acarreen el orden jurídico interno del Estado y, muy particularmente, el Derecho Internacional. Aún los titulares del poder en Estados totalitarios están sometidos a un orden jurídico. "*Sólo manteniendo ligados a esos titulares a ciertos valores fundamentales comunes a todos los pueblos civilizados tenemos la posibilidad de declarar delictivas y punibles las acciones de los órganos supremos estatales que violan los derechos humanos. Pero la vinculación jurídica, en tanto que nadie se oponga a quienes tienen el aparato del Estado en sus manos, en realidad no surte el efecto de contener el poder. Por eso en tales casos se mantiene asegurada la capacidad de funcionamiento del aparato."*[234] Y también, *"porque todos los pueblos del mundo están vinculados a ciertos valores, tenemos la posibilidad de considerar delictivas y punibles las conductas de órganos superiores del Estado que violen de modo evidente los derechos humanos",* dice la Corte peruana citando a ROXIN.

Por otra parte, hay que revisar la solidez de este requisito de *constante antijuridicidad.* En aquella sentencia de 30 de diciembre de 2009 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, caso Fujimori, se insiste en que el aparato organizado de poder tiene como requisito que *su apartamiento del Derecho debe comportar una "constante antijuridicidad"*, en el sentido de que esté dedicado de manera previa y sostenida a cometer delitos, y que se mantenga antes y después del hecho concreto que se investiga, pues solo dentro de organizaciones que están apartadas del derecho las órdenes ilícitas tienen fuerza vinculante con los órganos ejecutores y se cumplen "automáticamente".

Teniendo claro que son diferentes las *políticas*, las *instrucciones* y las *órdenes*, en línea descendente de generalidad, pasa a decir que no con un solo delito, o no con cualquier delito, o no en un determinado delito, se configura el aparato organizado de poder, porque no toda orden u omisión producida en el marco de organizaciones fundamenta una autoría mediata.

Esto ha permitido afirmar que en casos como el del General ARIAS CABRALES no es procedente aplicar la figura de aparatos organizados de poder, porque a ese aparato le falta la característica de *permanencia* en la ilicitud o *constante antijuridicidad.*

[234]Claus ROXIN. Autoría y Dominio…, op. cit, Página 275.

Ante las críticas a varios aspectos de esta teoría, la que se puede dar por mayoritariamente aceptada, ROXIN introdujo en 2006 algunas aclaraciones para ratificar su validez. Sobre el punto de que el aparato de poder se haya apartado del Derecho, precisó que ese apartamiento no tiene que ser en todo sentido, sino sólo en el marco de los tipos penales realizados. Por ejemplo, el aparato estatal nazi actuó en muchos campos del Derecho vigente perfectamente válidos, pero la "solución final" de la cuestión judía era completamente apartada del Derecho, a pesar de que fue adoptada "legalmente". Considera que no se hubiera llegado al exterminio con sólo delitos de individuos, sino que se necesitó de un gran aparato que buscara ese objetivo sistemáticamente y con todos sus componentes.

> *"El sistema (o sea, el sistema parcial de un Estado) tiene, por tanto, que trabajar delictivamente como un todo ("desvinculado del Derecho") [rechtsgelöst] si la seguridad del resultado que fundamenta una autoría mediata debe atribuirse a las instrucciones de los hombres de atrás".*[235]

Pues bien, la Sala adopta una posición diferente sobre este punto, ya que el concepto, tanto el original como el aclarado, del autor CLAUS ROXIN y sus seguidores, tomado inflexiblemente en ese tenor literal, no aporta una interpretación suficientemente útil para todos los casos, y no la aporta para este caso, por lo cual debe ser actualizado según las enseñanzas de la experiencia real y concreta. Por eso hemos precisado que no todo el aparato organizado de poder interviene en la autoría mediata del delito, sino que sólo se involucra una *estructura ilícita conformada* en ese aparato legítimo organizado de poder.

Aquel pasaje de la sentencia de la Corte Suprema del Perú pudo ser correctamente formulado y aplicado para los hechos de su caso individual, pero debe ser considerado con todo detenimiento ante la realidad concreta colombiana, pues aplicado de manera literal estricta implicaría que si no se prueba que ese aparato existía de manera permanente para realizar delitos continuamente, al menos en una de sus políticas o subsistemas, no sería un aparato organizado de poder en el que se pudiera atribuir autoría mediata.[236]

---

[235]CLAUS ROXIN. El Dominio de Organización como Forma Independiente de Autoría Mediata. En: Revista de Estudios de la Justicia, 7, 2006.

[236]Al respecto ROXIN expuso el caso de los disparos en el muro de Berlín: en la Alemania comunista o República Democrática Alemana existían innumerables políticas lícitas, pero había una ilícita, la de disparar a muerte a sus ciudadanos que intentaran cruzar el muro para pasar al sector capitalista o República Federal Alemana.

Por el contrario, lo que se puede afirmar en el presente proceso, con base en pruebas, es que el Ejército de Colombia, para la época de los hechos, normalmente cumplía mandatos constitucionales de plena legitimidad, y que la operación de recuperación del Palacio de Justicia fue propia de su función legal, pero en la Brigada 13 en esa operación se puso en acción una limitada estructura ilícita que se alejó del orden jurídico y realizó la conducta delictiva de desaparición forzada.

Por lo tanto se hace necesario modular el concepto del *alejamiento del derecho,* entendido como una conducta fija y permanente. Lo que se encuentra es el ejercicio legítimo de la función militar, dentro de la cual surgió una estructura interna que se apartó del derecho, compuesta por algunos miembros en el ejercicio de algunas funciones del aparato de poder, mas no por todos ni en todo su ejercicio. No habiendo prueba en contrario, se debe presumir que en el funcionamiento de la Brigada 13 la legalidad era la regla, y que la antijuridicidad fue la excepción con las desapariciones forzadas que se declaran probadas.

- De otro lado, es importante exponer que las características predicadas de los ejecutores finales de la conducta delictiva, 4) **fungibilidad** o intercambiabilidad, y 5) **alta predisposición al acto,** que les garantiza a los autores en la cúspide la realización del resultado criminal y finalmente el dominio del hecho mediante el dominio de la organización, deben ser predicables también de los eslabones intermedios de la cadena, no solo de los ejecutores.

El ejecutor es un elemento sustituible en cualquier momento, pero ocupa un papel central en la materialización de los ilícitos. Esa condición redunda en la seguridad de realización del resultado delictivo ya que el aparato criminal contará siempre con un grupo suficiente de potenciales ejecutores.

El caso en estudio demuestra que en efecto se presenta la fungibilidad de ejecutores, con disponibilidad para la realización del hecho en diferentes grados de convicción, elevada en unos y renuente en otros. Por ejemplo, el ex-militar Edgar Villamizar manifestó su preocupación y decepción con los casos que pudo observar; declara que uno de sus compañeros sale de donde se

Una vez reunificada Alemania, altos dignatarios del Estado comunista fueron juzgados por esta política como autores mediatos a través de aparatos organizados de poder. Cfr: ibídem, página 7.

torturaba a una mujer que luego muere y está desaparecida, de quien no se sabe quién pueda ser, y le dice: *"Tenaz, hermano… yo de esta mierda me retiro".*[237]Esto deja patente que en principio los miembros del aparato legítimo de poder tienen una formación de respeto por el principio de humanidad, y que solo algunos lo violan y merecen el repudio de sus propios compañeros. En otro caso, el soldado EDGAR MORENO le presta el servicio a la familia de IRMA FRANCO de informarle sobre su situación, sin imaginar que estuviera en curso una conducta ilícita contra ella, y por supuesto sin compartirla.

La predisposición a la realización del hecho ilícito, o *disponibilidad considerablemente elevada del ejecutor al hecho,* es un factor eminentemente subjetivo resultante de una motivación eficaz que se hace servir de justificación de la conducta delictiva, lo que puede transformar a millones de personas en potenciales y obedientes instrumentos fatales, como se observa cuando se promueve la fanatización alrededor de determinadas ideas, políticas en este caso.[238]

- Ahora bien, podría pensarse que dentro de la ley y la doctrina colombiana hubiera bastado con acudir a la regulación de la autoría del General acusado como *partícipe*, en la modalidad de *determinador* que prevé el artículo 30, ya que el efecto punitivo es el mismo. Aunque este ha sido el camino socorrido y expedito para muchos casos similares, consideró la Sala que era importante hacer todas las anteriores precisiones teóricas para darle completa claridad a la situación y al argumento de reproche, pues muchas veces las palabras son arquetipos de las cosas y tienen una cierta fuerza explicativa y de convicción que debe ser suficiente para el destinatario y para todo lector de la providencia; las palabras *determinador, inductor o instigador* no representan el nivel y gravedad de compromiso de la conducta que realizó el *autor,* sino que sugieren que jugó un papel secundario o menos grave que el del ejecutor material, percepción que, para esta Sala, no se ajusta a la realidad ni a la convicción que surge de la

[237]F. 298, c. 19 a. i. Villamizar dice que estaba de guardia, Achury y Gamboa estaban ejecutando torturas, observados por Corredor, luego se le acercó Corredor y le dijo esa frase. Todos ellos incurrieron en diferentes delitos que deben llevar a su condigna sanción, si no están ya incluidos en los procesos paralelos que se adelantan. Cfr. Nota al pie 59, *supra.*

[238]Así sucedió en otros países y en Colombia con la manera de enfrentar a la subversión. Es el mismo fenómeno que subyace a las persecuciones colectivas, como las étnicas, raciales, religiosas, etc.

apreciación conjunta de los hechos y sus pruebas aportadas al proceso.[239]

## g. CIERRE TEÓRICO

En fin, la regulación legal colombiana sobre la autoría es sencilla y lacónica, y dentro de su sencillez permite el acomodamiento de las variadas formas de interpretarla, sin que optar por una u otra forma tenga los efectos trascendentales o cismáticos que a veces parece quisieran darles los publicistas cuando se habla de coautoría mediata, o de coautoría por omisión, de aparatos organizados de poder, o de estructuras permanentes jerarquizadas al margen de la legalidad.

Si la ley habla de *autor* y de *coautor*, es solamente porque la realidad muestra que muchas veces la conducta es realizada por más de una persona. Cuando la ley prevé que se puede realizar la conducta por sí mismo o por intermedio de otros, no impone que esos otros necesariamente sean *instrumentos ciegos*; por lo tanto cabe la existencia de "instrumentos" responsables y de instrumentos no responsables.

Cuando el autor es colectivo puede haber diferentes formas de relacionarse entre ellos: con intensa o con débil ideación conjunta del objetivo criminoso, o con ideación por unos (coautores mediatos) y ejecución por otros (coautores inmediatos); con jerarquías sólidas y duraderas, o débiles y temporales. Tampoco es anatema para la ley que entre los coautores haya algún tipo de liderazgo o jerarquía, o que incluso estén sólo de acuerdo los dirigentes que trazan las políticas ilícitas.

Podemos diferenciar claramente la coautoría directa que muestra liderazgo o jerarquía interna débil, donde por lo tanto los coautores tienen algún poder de intervención consensuada para establecer el plan criminoso, de la coautoría mediata a través de estructuras ilícitas incrustadas en aparatos legítimos de poder; en éstas la jerarquía es rígida e incuestionable, y aunque no todos los niveles participen en la adopción del plan criminoso, todos los aportes son importantes para el objetivo final, y todos los intervinientes lo aceptan así sea con una simple adhesión tácita.

[239] Con razón lo registra así HÉCTOR OLÁSOLO en: Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. Pág. 189.

Las características que en la doctrina se les señalan a las múltiples maneras de combinarse los anteriores elementos, no son camisas de fuerza para la jurisdicción. Las categorías nominadas tienen muchas veces fronteras ambiguas e incluso artificiosas. Por lo tanto, separarse de ellas no puede ser visto como una vulneración del debido proceso ni como un yerro de juzgamiento, sino como el mejor encuadramiento que se encuentra en la ley para el caso concreto, siempre que se respeten las formas escuetas previstas en la ley y se observen los principios fundamentales del Derecho penal, principalmente el de atribuirle al acusado solo lo que se puede afirmar que es *su hecho*, como siguiendo a HEGEL lo recuerda REYES ALVARADO[240] y se cumple rigurosamente a lo largo de esta sentencia. Esto a su vez significa aplicar un derecho penal de acto y no de autor, porque no son las virtudes, defectos, títulos, rangos o características de quien lo realiza, sino los actos externos, positivos o negativos, los que permiten elevar el juicio de reproche.

Como se ha podido apreciar en los anteriores párrafos, las figuras necesarias para exponer las formas de autoría son simples representaciones intelectuales de las formas de los fenómenos delictivos en la sociedad. No son creaciones o ficciones inamovibles de los doctrinantes nacionales o extranjeros, ni son estructuras ontológicas, ni categorías ideológicas inmutables dentro de las que obligatoriamente se deban presentar los argumentos jurídicos.

Los conceptos enunciados por la ley y aplicables al caso son solamente *acción* y *omisión, autoría* y *coautoría*. Estos se han enriquecido doctrinalmente según las particularidades que de manera progresiva va presentando la realidad del acontecer humano, y así se ha llegado a diferenciar los de *coautoría propia, coautoría impropia, autoría mediata, autoría a través de aparatos organizados de poder*, etc., y el que aquí se precisa, de *coautoría mediata a través de estructuras ilícitas conformadas en aparatos legítimos de poder*, sin que con ello se haya agotado la posibilidad de etiquetar las categorías con las que se puedan interpretar los fenómenos delictivos.[241, 242]

---

[240]YESID REYES ALVARADO. Imputación Objetiva. Editorial TEMIS, Bogotá, 2005. Pág. 4.

[241]"…se deduce así mismo que allí donde existe un deber común resulta perfectamente posible **la coautoría por omisión,** lo cual cabe predicarlo en principio para los delitos de infracción del deber establecido legalmente: si dos funcionarios tienen el cometido de vigilar conjuntamente un preso y si, quebrantando su deber se ponen de acuerdo para permanecer impasibles ante la fuga de este, realizan el tipo como coautores por omisión" CLASUS ROXIN. III. Coautoría y Autoría Mediata en la Omisión. En: Autoría y Dominio… op. cit., página 507.

[242]Con alguna relativización de estos elementos se ha construido el concepto de responsabilidad penal de las empresas, en el que la estructura de la comisión por omisión explica la atribución del delito por omisión al

La creación y aplicación de estas categorías dogmáticas no tiene la capacidad de negar, disminuir o afectar la perseguibilidad de esos fenómenos porque los jueces confundan, equivoquen, modifiquen o acierten en su utilización, pues ellas son solo herramientas de ayuda para la comprensión de la voluntad inconfundible de la ley: que a quienes han realizado o contribuido a realizar resultados delictivos, les sea deducida responsabilidad penal.

Siendo así, la larga discusión de si se trató de una coautoría impropia o de una autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, resulta un tanto deleznable y bizantina, poco trascendental frente al mandato que tiene la jurisdicción, que es el de interpretar la ley para asignar la consecuencia jurídica condigna a quien de alguna manera ha intervenido en la realización de conductas delictivas, y en esa tarea el deber de la jurisdicción es adoptar una decisión justa acorde con la realidad histórica reconstruida.

Por esa falta de precisión normativa sobre la autoría, las variaciones y diferencias que se han presentado entre las posiciones de la Fiscalía, la primera instancia y esta sentencia con respecto a cuál título se le atribuye la autoría al acusado, no ponen en peligro alguno la congruencia de la acusación con la sentencia. Este tema ya ha sido definido por la Corte Suprema de Justicia, entre otros en la misma sentencia profusamente citada, 32805, donde dice:

> *"La Corte destaca que si bien GARCÍA ROMERO fue acusado como **determinador** de los delitos de homicidio ocurridos durante la denominada masacre, los elementos ontológicos de la conducta desplegada, resumidos supra, permiten establecer que se trató de una acción desplegada dentro del ámbito de la **autoría mediata**, situación que podría llevar a que se plantee un debate sobre el principio de consonancia y el apego que debe tener el fallador respecto de los términos de la acusación.*

órgano directivo que no evita que sus subordinados lo cometan, siempre que se halle en ejercicio de una situación concreta de competencia específica por la que esté obligado a controlar los factores de peligro de esa situación, entre ellos la comisión del delito por los subordinados. "Corresponde fundamentalmente a Schünemann el mérito de haber aplicado la dogmática de la comisión por omisión en el ámbito de la delincuencia empresarial y de haber efectuado un convincente desarrollo de las ideas básicas que deben estar presentes en el traspaso de la dogmática general de la omisión impropia a la problemática de las responsabilidad penal de los órganos directivos en estructuras jerarquizadas." JUAN PABLO NOVOA ZEGERS, Responsabilidad Penal de los Órganos Directivos de la Empresa. En: Revista de Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo, Santiago. Julio de 2008. Página 431 y ss.

*En relación con el principio de congruencia es criterio reiterado que:*

> *"… En la sistemática de la Ley 600 de 2000, en cuyo imperio se adelantó el proceso, la Sala ha reiterado que la congruencia como garantía y postulado estructural del proceso, implica que la sentencia debe guardar armonía con la resolución de acusación o el acta de formulación de cargos, en los aspectos personal, fáctico y jurídico. En el primero, debe haber identidad entre los sujetos acusados y los indicados en el fallo; en el segundo, identidad entre los hechos y circunstancias plasmadas en la acusación y los fundamentos de la sentencia; y, en el tercero, correspondencia entre la calificación jurídica dada a los hechos en la acusación y la consignada en el fallo… **La congruencia** personal y fáctica es absoluta y la **jurídica es relativa porque el juez puede condenar por una conducta punible diferente a la imputada en el pliego de cargos, siempre y cuando no agrave la situación del procesado con una pena mayor**."*

*En todo caso, la modificación que ahora se hace en relación con la forma de participación en los hechos por parte de GARCÍA ROMERO -de determinador a autor mediato-, no puede ser considerada como violatoria del principio de congruencia porque **no se agrava la situación del procesado** en tanto la pena que se fija legalmente para tales formas de ejecución de la conducta punible aparejan la misma consecuencia punitiva, cuestión que desde antaño ya ha sido estudiada por la Sala. …"*

## 13.3 EL ACUSADO ES *COAUTOR MEDIATO* POR *OMISIÓN* A TRAVÉS DE UNA *ESTRUCTURA ILÍCITA* CONFORMADA EN EL *APARATO ORGANIZADO DE PODER* DEL EJÉRCITO NACIONAL

No se alegó, ni se probó en este caso, que el General acusado hubiera planeado o establecido personalmente, junto con algunos de sus pares o subordinados, una política ilícita, o las *instrucciones terminantes,* o dado la orden específica de que fueran desaparecidos forzadamente quienes fueran sospechosos o probados guerrilleros; pero **sí está probado que como superior en la cúspide de la Brigada militar que reiteró y ejecutó el plan de acción, no contrarrestó o impidió la ejecución de esas instrucciones ilegales -pudiendo hacerlo-, por lo que se le imputa el resultado, a título de coautor mediato en relación con los otros coautores intermedios y ejecutores finales que reiteraron,**

**transmitieron y cumplieron las órdenes terminantes de desapariciones forzadas**.

Como está probado el resultado delictivo pero no hay prueba de que el General ARIAS CABRALES haya ejecutado por sí mismo la conducta de secuestro y desaparición forzada, ni de que lo hayan hecho personalmente Arcano 5 (Coronel SADOVNIK), Arcano 2 (Coronel SÁNCHEZ) o el comandante de la DINTE (Coronel IVÁN RAMÍREZ), se infiere que concurrieron otros coautores y ejecutores inmediatos.

La mención de las *instrucciones complementarias terminantes*, de las que necesariamente tuvo conocimiento el General acusado y -se infiere- fueron materializadas por otros servidores de la institución, implica la existencia de un previo designio criminal compartido en niveles superiores del Ejército. Al haberse materializado ese designio, el General acusado ARIAS CABRALES es coautor mediato a través de esa estructura ilícita *ad hoc* conformada dentro del aparato legítimo de poder que es el Ejército Nacional. La Sala concluye que el acusado es coautor mediato porque esas instrucciones terminantes especiales para con los guerrilleros o sospechosos de serlo fueron un desarrollo ilícito de la política general, realizado por él como comandante de la fuerza pública en esa operación y por otros mandos militares que dominaron la voluntad de subalternos, medios e inferiores, de modo que en el futuro al probarse la intervención de otros mandos deberán responder como coautores mediatos, por acción o por omisión, como corresponda según la prueba que resulte de su intervención activa u omisiva en estos hechos.[243,]

**No se ajustaron a los mandatos legales quienes transmitieron las instrucciones contrarias al orden jurídico vigente, ni quienes las ejecutaron. Se sabe que las instrucciones fueron reiteradas por Arcano 5 a Arcano 2, por lo que necesariamente fueron adoptadas por el Estado Mayor de la Brigada 13 con intervención del comandante General ARIAS CABRALES, o por el mismo General individual y personalmente, o por un nivel superior y aceptadas por el Comandante ARIAS CABRALES y su Estado Mayor, o por su antecesor pero aceptadas de hecho por él como Comandante en el momento**

[243]"MAURACH considera posible la autoría mediata por omisión cuando el autor mediato, omitiendo una acción prescrita, produce el hecho del instrumento que desencadena el resultado. …para ilustrarlo, MAURACH cita como ejemplo el enfermero encargado de la vigilancia de una institución psiquiátrica que deja adrede que el enfermo mental ataque a otro" CLAUS ROXIN, Autoría y Dominio… op. cit., página 509.

**en que las reiteró el Coronel SADOVNIK. En cualquiera de esos casos, al General ARIAS CABRALES le es imputable el resultado.**

El General SAMUDIO MOLINA, inmediato superior del acusado como Comandante General del Ejército, quien también expuso el contenido del PLAN TRICOLOR, preguntado sobre las acciones que tomó frente a la información de que había retenidos o desaparecidos, dijo en indagatoria:[244]

> *"…de hecho, bajo ningún punto de vista, yo no podía pensar, ni lo sigo pensando, que unas tropas fueran a cometer, si es que lo hicieron, actos fuera de la ley, fuera de sus funciones; yo tenía que creerle lo que el comandante* (ARIAS CABRALES) *me está diciendo, creía que todos los hombres estaban actuando dentro de las normas legales y no fuera de la función…"*

Y reiteró:

> *"… No estoy negando que se hayan presentado muertes o desaparecidos, pero yo no podría responder por cualquier desvío de sus funciones, de su función constitucional, porque yo no me consideraba el comandante de una unidad de criminales sino el de un Ejército, el Ejército Nacional, que actuaba conforme a la ley; lo que pudieran haber hecho fuera de la ley yo no podía controlarlo, ni me lo iban a consultar, ni yo lo ordené nunca…"*[245]

La investigación con respecto al General SAMUDIO MOLINA fue precluida y ha hecho tránsito a cosa juzgada en el orden jurídico interno colombiano, por lo tanto esta instancia no puede hacer nuevo pronunciamiento.

Ya hemos registrado que el acusado General ARIAS CABRALES ejerció el mando efectivo a lo largo de la operación de recuperación del Palacio, y hemos pronunciado su autoría por omisión frente a las *instrucciones terminantes* radiadas por el Coronel SADOVNIK al Coronel SÁNCHEZ, contentivas de la orden de desaparecer personas, aunque lo hizo en lenguaje figurado (12.4).

Ahora, no se puede dejar de lado que fueron otras personas las que escucharon esas órdenes y las pusieron en marcha hasta llegar a su ejecución. La relación del acusado General ARIAS CABRALES con esas otras personas, en sus respectivos procesos, era de superior jerárquico a subordinados, aunque no los conociera en ese momento y posiblemente no haya llegado a conocerlos nunca. Esas personas ocupaban diferentes grados en la cadena de mando, y

[244]CD 8, 10'38", 14 de noviembre de 2008.
[245]CD 9, 54'17",13 de enero de 2009.

probablemente es cierto que no se reunieron todos ellos previamente para concebir el plan criminal conjunto, sino que muchos de ellos compartieron tácita o expresamente la forma ilícita de combate al enemigo; como intervinientes intercambiables recibieron y aplicaron unas instrucciones ilícitas transmitidas sobre la marcha, hasta el punto de que, como se registró, no todos las compartían.

**Tan cierto es que el plan criminal era de limitada aceptación en las filas, que se encuentran dramáticos relatos de rehenes rescatados sobre cómo los soldados y oficiales realizaron sublimes actos de heroísmo, entrega y dedicación a la causa, con gala de honor militar y observancia estricta de los mandatos de las leyes de la guerra, como cuando una señora cargada por un soldado llora y grita con angustia que en ese trayecto los pueden matar, y el soldado le pide que esté tranquila porque las balas le caerían sólo a él. En efecto, cayó herido, se quejaba en el suelo y otros soldados terminaron su rescate.**[246]

**Pero el comandante ARIAS CABRALES y otros miembros de la Brigada, en su función de protección a la población civil, no honraron sus deberes constitucionales y asumieron el errado camino de defensa del Estado por medios ilegales: infringieron la ley como miembros de una estructura ilícita conformada *ad hoc* dentro de la jerarquía legítima del Ejército, y dieron o aceptaron que se dieran órdenes que llegaron a los grados subalternos que finalmente ejecutaron esas *instrucciones terminantes* ilegales.**

No es necesario que toda la estructura ilícita haya sido plenamente identificada en sus eslabones intermedios y ejecutores para que se pueda dictar la presente sentencia, como pretende la Defensa (6.7); ningún abogado practicante desconoce la figura de la ruptura de la unidad procesal, por la cual en los procesos contra autores colectivos es posible y usual investigar y

[246]Entre otros, ALBA LUCÍA URRIAGO, abogada del Ministerio de Hacienda que revisaba procesos en ejercicio de sus funciones, relata: *"… con el terror que teníamos y que los guerrilleros nos dispararan, contra todo eso abrimos las puertas y corrimos por el pasillo casi a tientas porque el humo no nos dejaba ver, llegamos hasta donde estaban unos soldados… los soldados nos protegieron, hasta que nos bajaron por una escalera de los bomberos posiblemente… otro soldado me cogió, me cubrió con su cuerpo y me llevó a la casa del Florero…"* F. 61, c. 18 a. c.; BLANCA SALAZAR GALEANO, auxiliar judicial, dice: *"varios agentes… nos dijeron que corriéramos hacia la salida, en ese momento nos cubrían a nosotras, estaban tratando de salvarnos la vida…"*F. 68, c. 47 a. i.; BERTA SALAZAR VELASCO, secretaria de la Sala de Casación Laboral, narra: *"gritó que era el Ejército, que ellos nos iban a sacar, efectivamente lo hicieron formando una fila de varios soldados para protegernos y nos sacaron…"*F. 161, ib.; MERCEDES AYALA LESMES, auxiliar de servicios, dice: *"fuimos bajando y nos iban escoltando, estaban disparando todavía… el me iba escoltando y dijo 'váyase bien detrás de mí', se oyó un disparo… caí encima de un muerto, volví y me paré, entonces el que me estaba protegiendo a mí cayó, se cogía y se quejaba…"*F. 251, ib.

sancionar progresivamente a los copartícipes en la medida en que se los vaya ubicando según los ritmos individuales de la investigación. De hecho, se adelantan varios procesos en diferentes juzgados como resultado de diversas pesquisas adelantadas y hallazgos logrados, los que con el acervo probatorio disponible no pueden correr otra suerte que la del acusado General ARIAS CABRALES.

Es aplicable la presunción constitucional de que el Ejército cumplía sus funciones dentro de la legalidad, y que así mismo lo hacía normalmente la Brigada 13 bajo el mando del General ARIAS CABRALES; sólo mediante pruebas legalmente practicadas se puede afirmar lo contrario.[247]La Sala no desconoce que se probaron hechos ilícitos como los de tortura mencionados en la sentencia de primera instancia, pero sería incorrecto afirmar judicialmente, porque no está probado en éste proceso, que esa unidad militar estuviera y permaneciera en constante antijuridicidad, o que sólo realizara actividades antijurídicas.

La mención por el B-5 de la Brigada, Coronel SADOVNIK, segundo al mando en el momento de los hechos y primero al mando durante el mes anterior por las vacaciones del titular, al B-2 responsable de la inteligencia, Coronel SÁNCHEZ, para recordarle que había *instrucciones terminantes* sobre esos individuos como la guerrillera IRMA FRANCO, (aplicables a toda esa clase personas que fueran considerados guerrilleros), implica que en la Brigada, además de las funciones corrientes ajustadas a la ley, algunos mandos simultáneamente habían planificado prácticas ilegales, como la de prever que a cierta clase de personas se les aplicara un tratamiento ilegal. Eso no significa que el aparato organizado de poder estuviera en permanente antijuridicidad, sino que dentro de la permanente legalidad algunos servidores públicos realizaban alguna planificación antijurídica. Pero como no hay prueba específica y directa de que el General ARIAS CABRALES haya intervenido personalmente en la adopción de las *instrucciones terminantes* ilícitas, lo único que se le puede enrostrar en esta sentencia como *su propio hecho* es el haber callado en el momento preciso en que se requería su voz de mando para impedir que se cumplieran con el tratamiento de los sospechosos contrario a la ley que terminó en su desaparición forzada.

[247] Constitución Política de Colombia, ARTICULO 83. *"Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas"*. Exposición detallada en C-1194/08, entre otras.

Queda así determinado el hecho en el que el autor actuó por omisión de corregir las instrucciones terminantes, con el que dio curso a que otros autores las ejecutaran materialmente, es decir, dejó que se pusiera en funcionamiento una estructura ilícita conformada en la Brigada del Ejército que comandaba. Es claro entonces que no se le imputa el resultado por el solo hecho de hacer parte de la organización, o porque esa organización se separara momentánea o reiteradamente del orden jurídico, sino porque con ese inoportuno silencio permitió la realización del riesgo ilícito creado.[248]

Ese riesgo ilícito fue creado previamente de manera abstracta cuando se adoptaron las *instrucciones terminantes* para esos individuos, y de manera concreta cuando lo reiteró el alto mando de la Brigada en medio de la operación de rescate del Palacio, con requerimiento implícito de su cumplimiento; el comandante ARIAS CABRALES participó de la creación del riesgo ilícito concreto cuando no intervino para impedir que se les diera cumplimiento. El riesgo ilícito se realizó, pues hasta la fecha de esta sentencia no han aparecido cinco personas rescatadas que salieron vivas bajo custodia del ejército, según la determinación de los hechos probados. La creación y permisión de ese riesgo fue la causa de su realización, pues esa desaparición forzada no fue accidental, ni se debió a un curso causal independiente ni imprevisible, y la norma que imponía el deber de garantía al General acusado tiene por fin precisamente la protección de los derechos de esas personas desaparecidas.[249, 250]

**La Determinación de los Hechos Probados (10.) obliga a la Sala a pronunciar que el acusado General (r) JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES, cometió el delito de desaparición forzada agravada de CARLOS RODRÍGUEZ, BERNARDO BELTRÁN, LUZ MARY PORTELA, DAVID SUSPES e IRMA FRANCO, en calidad**

[248]Se han contestado así los argumentos de la Defensa (6.7, 6.8) sobre falta de prueba directa y supuesta solo elaboración de indicios, y los del Procurador delegado (7.1, 7.7, 7.10) quien propone un supuesto falso juicio en el argumento condenatorio por no haberse probado que existiera el aparato organizado de poder o que este se hubiera separado del orden jurídico, pues estas son categorías doctrinarias en las que se puede coincidir o discrepar, mientras que los hechos probados son inmodificables.

[249]Sobre esta imputación objetiva del resultado véase, en extenso y por todos, YESID REYES ALVARADO, Imputación Objetiva. Editorial TEMIS, Bogotá, 2005. Partes Segunda y Tercera.

[250]"En los delitos de dominio un sujeto es autor mediato si dirige, dominándolo, el acontecer mediante coacción o engaño a otro, o en el marco de aparatos de poder organizados. Por el contrario, en el marco de los delitos de infracción del deber para la autoría mediata no se requiere el dominio del hecho. Basta que el individuo que está sujeto a una relación de deber deje la ejecución de la acción a una persona que se encuentra al margen de la posición de deber que fundamenta la autoría. Así pues, la coautoría y la autoría mediata se distinguen en los delitos de infracción de deber –de nuevo en contraposición a los delitos de dominio- solo en que en el primer caso cooperan para alcanzar el resultado varios obligados y en el segundo *intraneus* y *extraneus.*" CLAUS ROXIN, Autoría y Dominio… op. cit. página 392.

**de coautor mediato, por omisión, porque no realizó la conducta que debió realizar como garante de los derechos de esas personas protegidas por la Constitución y la ley colombianas, y con esa omisión desencadenó el funcionamiento de la estructura ilícita conformada dentro del aparato legítimo de poder del Ejército Nacional, con la orden del Coronel SADOVNIK que se materializó en la desaparición forzada de esas cinco personas que salieron vivas del Palacio de Justicia ese jueves 7 de noviembre de 1985 bajo la custodia de la fuerza pública.**

## 14. CONDUCTA DOLOSA, ANTIJURÍDICA Y CULPABLE

### 14.1 DEL DOLO EN GENERAL

Abordando la imputación subjetiva de la conducta, debemos precisar que en el Derecho penal colombiano se entiende que la conducta punible es dolosa cuando el autor sabe que los hechos son constitutivos de delito y quiere su realización, lo que se llama *dolo directo*, y también cuando sabe que es probable la realización del delito y deja al azar que suceda o no suceda, lo que se llama *dolo eventual*.

El dolo directo se suele llamar de primer grado, o intencional, cuando concurren sin lugar a duda los elementos de conocimiento y voluntad de realización de un resultado que se sabe es una conducta criminal. Y es de segundo grado cuando para obtener un resultado, que se sabe delictivo, se realizan otras conductas criminales como incidencia o consecuencia necesaria del objetivo principal.[251]

Por otra parte, el dolo eventual implica sostener que el agente ha actuado en alguna de las siguientes circunstancias:

- sabía que ese era un resultado posible, y **se conformó** con él.
- sabía que ese era un resultado probable, y **se resignó** a él.
- alcanzó a incluir en sus cálculos la posibilidad de ese resultado y, aunque no lo quiso, **prosiguió** con su conducta.

[251]Véase, por todos, RAMÓN RAGUÉS Y VALLÉS, El Dolo y su Prueba en el Proceso Penal. Universidad Externado de Colombia-J.M. Bosch. Bogotá-Barcelona, 2002. Páginas 44 y ss.

- fue consciente del riesgo, pero **despreció** la posibilidad de que pudieran resultar afectados derechos ajenos.
- fue consciente del riesgo, pero **fue indiferente** a la posibilidad de que pudieran resultar afectados derechos ajenos.
- se tomó en serio la posibilidad del resultado lesivo y aunque no confió en que todo saldría bien, **dejó** que las cosas siguieran su curso.
- se representó la posibilidad del resultado y **no actuó** para evitarlo.[252]

Según la ley colombiana no hay diferencia en la pena aplicable al autor imputable en razón de la clase de dolo, directo o eventual, que se haya atribuido. La Sala presenta aquí estas diferenciaciones dogmáticas solamente para que los destinatarios de la providencia puedan comprobar la ilación lógica de su motivación y verifiquen la calificación que se le da al dolo en este caso.

## 14.2 DEL DOLO EN EL CASO CONCRETO

La conducta omisiva del acusado General (r) ARIAS CABRALES se le imputa a título legal de dolo, y doctrinariamente como dolo directo de primer grado, porque como comandante militar efectivo fue necesariamente consciente de que con su omisión de intervención se ponía en movimiento un plan criminoso preestablecido, constitutivo del delito de desaparecer personas, y asumió consciente y voluntariamente su realización mientras ejercía su función de alto oficial del Ejército Nacional, la que le imponía conocer su obligación Constitucional de proteger los derechos de los sospechosos retenidos y asegurarse de que la actuación del personal bajo su mando se realizara sin vulnerar esos derechos; decidió omitir el cumplimiento de su deber legal, militar y humano, con lo cual se convirtió en coautor por omisión del ocultamiento de esas personas, constitutivo de Secuestro simple, el que se prolongó hasta convertirse en Secuestro agravado y después en desaparición forzada agravada, conducta que persiste hasta la fecha de ejecutoria de la acusación que le formuló la Fiscalía.

El argumento exculpativo del acusado, de no haber sabido que se realizaba la conducta en ese momento, y de haberlo sabido sólo mucho tiempo después (oficio 0299 CGFM-ESG-DI-701 de 16-03-1988), se dirige a cuestionar la existencia de un componente esencial del dolo, el *saber*. La Sala no lo declara

[252]Véase al respecto, CLAUS ROXIN, Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Civitas, Madrid, 1999. Páginas 424 y ss.

próspero porque no es verosímil y porque no es suficiente para excluir su participación.

Ese argumento no es verosímil y por lo tanto no es creíble porque se ha documentado ampliamente su ejercicio del comando de manera efectiva, es decir que cumplió su función de comandante de la operación sin dar lugar a que se pusiera en duda la unidad de mando, sin permitir que sus subalternos actuaran como ruedas sueltas del engranaje militar, lo que es patente en su intervención en las comunicaciones de la operación con la permanencia y continuidad que demuestran los registros. Ese ejercicio efectivo del mando no puede ser invocado por el acusado para los fines favorables, como lo informó oportunamente a sus superiores y a la Procuraduría,[253] y a la vez para los desfavorables como el de negar haber conocido las instrucciones ilegales que sus subalternos reiteraban a través de la radio.

Es destacable en este punto el análisis estadístico realizado por la representación de las víctimas familiares de CARLOS RODRÍGUEZ,[254] donde se verifica que el acusado intervino en comunicaciones cada 34 segundos en el segmento en el que se escuchan las *instrucciones complementarias terminantes* contra los sospechosos, y que *si está la manga no aparezca el chaleco*, de donde se infiere con plena seguridad de acierto que conoció directamente la emisión de esas comunicaciones. Pero si en gracia de discusión se aceptara que no las conoció en el mismo instante de emisión, no es creíble que con ese ejercicio efectivo del mando no hubiera tenido conocimiento de ellas en los siguientes momentos, minutos u horas, cuando hubiera podido reprimirlas inmediata y eficazmente.

Pero además, la nula credibilidad que merece ese pretexto se corrobora con las conductas posteriores con las que pretendió excluirse de la comisión criminosa. Desde los comienzos mismos del reporte de las actividades cumplidas, ha sido clara su decisión de ocultar los hechos constitutivos del delito, como se desprende de la declaración de su superior inmediato el General (r) SAMUDIO MOLINA y de los documentos que la ratifican. En efecto, éste relata que el sábado 9 de noviembre viajó en misión oficial a Chile (donde puso como ejemplo esta operación de cómo se debe reaccionar ante esa clase

[253]Certificación jurada al Procurador Delegado para las Fuerzas Militares 29 -09-86, F. 91 c. 1 inspección Procuraduría; F. 99, ib.; nuevo Informe a Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, 19-07-89, F. 152, ib., entre otros.
[254]F. 33, c.8 causa.

de hechos) y al regresar una semana después se encontró con el rumor y petición de sus superiores de que se aclarara si había personas retenidas en las guarniciones militares; ordenó el informe correspondiente al competente, General ARIAS CABRALES, quien respondió que solo seis personas habían sido temporalmente retenidas en las dependencias a su cargo y que fueron entregadas oportunamente a la Policía, de lo que allegó documento.[255] Sin embargo, si bien esa lista relaciona seis personas que en verdad estuvieron retenidas en el segundo piso del Museo y fueron conducidas a guarniciones de la Brigada 13 y posteriormente entregadas a la Policía, no fueron las únicas que fueron retenidas en la Brigada 13, como se comprueba en la observación detallada de numerosos testimonios, y la información que los mismos oficiales daban a familiares de que los buscados podían encontrarse en la Brigada. Por ejemplo, véanse las declaraciones de MANUEL JOSÉ CANTOR, quien dice "nos mandaron en una ambulancia de la Cruz Roja a la Escuela de Caballería";[256] ANTONIO RUIZ dice "nos trajeron a donde está la caballería, al cantón norte";[257] JOSÉ ENRIQUE DÍAZ dice "nos mandaron para el cantón norte, primero a la infantería y luego a la caballería",[258] para citar solo algunos de los que no eran parte de esa lista de seis, estuvieron en esas instalaciones y fueron liberados sin ponerlos a disposición de la Policía, contra lo que el acusado afirma. Y recuérdese que el cabo TIRSO SÁENZ vio llegar a seis o siete personas, entre ellas una mujer, en un vehículo Urutú a la Escuela de Caballería, al finalizar la operación.

Es importante destacar que el Procurador delegado comparte plenamente que *las órdenes especiales terminantes,* para que *si está la manga no aparezca el chaleco,* tienen el claro propósito de ordenar la desaparición de personas (7.4), aunque en su concepto no hay indicación de la participación del acusado en ese resultado. La parte que no analizó el Procurador fue la del ejercicio efectivo, continuo, permanente y personal de la función de comandante, que lo imposibilita para aducir válidamente que no supo, no se enteró, no se dio cuenta, no se percató, o no le informaron que había órdenes de su inmediato subalterno Jefe de Estado Mayor, con ese significado criminoso.

[255]F. 99 c. 1 i. pr. Da cuenta del envío a la Policía de seis retenidos: PATRICIO TORROLEDO, ORLANDO ARRECHEA, ORLANDO QUIJANO, LUIS JIMÉNEZ, SAUL ARCE, ROGELIO PRADO.
[256]F. 71, c. 44 a. i.
[257]F. 119, c. 44 a. i.
[258]F. 77, c. 45 a. i.

Para no ocultar la comisión de delitos, porque no tuviera la intención ni la necesidad de hacerlo, el General acusado habría tenido que dejar en claro que subalternos suyos en algún momento habían violado la ley con esos secuestros, y debía haber ejercido su mando para reprimir inmediatamente esas conductas. Si el conocimiento le hubiera llegado tardíamente, cuando ya no tenía el mando directo sobre ellos, tendría que haber promovido las investigaciones penales y disciplinarias correspondientes. Su conducta de negación total y empecinada hasta el presente no hace más que confirmar su decisión criminosa de que esas personas fueran indebidamente ocultadas de la ley y de sus familiares, por lo que la Sala ratifica que su comisión fue dolosa.

## 14.3 ANTIJURIDICIDAD DE LA CONDUCTA

Esa conducta es antijurídica porque contraría el bien jurídico de la libertad individual a la que tiene derecho toda persona sometida al régimen jurídico protegido por la Constitución Nacional de Colombia en el momento en que comenzó a ser realizada y por la Constitución Política adoptada en 1991 y vigente hasta la fecha de la acusación que origina esta sentencia. La protección de ese derecho ha estado particularizada por los tipos de delito de secuestro simple, secuestro agravado y desaparición forzada de personas, según se expuso en detalle en los apartados 11.2 y 11.3 *supra.*

La violación del deber jurídico es realizada por el autor sin amparo en alguna causal que la justifique o excluya su responsabilidad, en cuanto no ha propuesto, ni encuentra oficiosamente la Sala, que exista motivo válido para negar su conocimiento sobre la contrariedad de su omisión con el orden jurídico que juró defender, ni sobre el carácter lesivo de bienes jurídicos tutelados por la ley a las personas protegidas, miembros de la población civil retenidos y la guerrillera vencida, aún si no se puede declarar que otros bienes jurídicos de superior valía han sido ya desconocidos como resultado del que se sanciona.

La realización de este tipo penal además es socialmente dañina y comporta una máxima gravedad, pues compromete la credibilidad de las víctimas y de la sociedad en sus autoridades militares y en el sistema jurídico constitucional. Con esta conducta se pone en entredicho lo más elemental de la dignidad del ser humano, como individuos y como colectividad, e impone a los ciudadanos y al Estado tareas de reparación y de reconciliación que no hubieran sido

necesarias si el autor se hubiera apegado estrictamente a la observancia de sus deberes.

## 14.4 CULPABILIDAD EN LA REALIZACIÓN DE LA CONDUCTA

El General acusado, como oficial superior de las fuerzas del Estado Colombiano, ha sido formado bajo reglas de conducta y conocimientos estrictos que imponen esperar de él una capacidad de suficiente autocontrol en sus decisiones y de control de las decisiones de sus inmediatos subordinados para observar siempre los mandatos legales. Toda la actuación del acusado en medio de la operación demuestra que conocía y aplicaba con rigor los significados de su rango dentro de la jerarquía y de las consecuencias de sus decisiones, de manera que no se puede dudar de que estaba en plena capacidad de actuar de acuerdo con la ley. Las circunstancias del hecho, que para otras personas podrían calificarse de anormales y por lo tanto podrían inducir a una consideración de culpabilidad restringida, en el caso concreto del acusado son la clase de circunstancias para las que se ha preparado intensamente desde los inicios de su carrera y a lo largo de los entrenamientos, cursos de ascenso, simulaciones, ejercicios conjuntos y experiencias reales.

Siendo así, queda en claro que al acusado no se lo juzga por su sola condición de militar, ni se afirma que esa condición lo haya determinado en su conducta ilegal, como lo pretende el Procurador delegado (7.2 *supra*). No se le aplica un derecho penal al autor por la clase de persona que es, sino estrictamente por la conducta que ha realizado, en este caso la puntual omisión de impedir la puesta en funcionamiento de unas *órdenes complementarias terminantes* ilegales.

Todo lo anterior lleva a pronunciar que al acusado le era exigible desempeñar su función en la fuerza pública con rectitud y apego a la normatividad legal, porque así se lo impone el juramento como servidor público para demostrar que el sistema constitucional funciona con los poderes de coerción y de coacción ejercida por quienes legítimamente tienen concedido el uso de la fuerza, para dar ejemplo a sus subalternos y discípulos en la formación militar, y para enaltecer el nombre del Ejército Nacional, de las autoridades constituidas y el suyo propio, dada su alta posición dentro de las instituciones militares, su especial formación y conocimiento de deberes asumidos legalmente y por lo tanto también de cuáles conductas no podía realizar ni permitir que se realizaran.

Sin embargo, en cuanto a la reacción esperada de que reprimiera en su origen la aplicación de instrucciones terminantes contra los sospechosos o reconocidos enemigos, defraudó la confianza de las instituciones y los asociados, quienes tenían derecho a la protección legal que el Estado de Derecho colombiano les garantiza incluso a quienes se alzan en armas contra él.

La realización de esta conducta hace necesaria la aplicación de pena según lo previsto por la ley vigente, tanto porque hace al acusado merecedor de esa reacción social, como porque todas las personas sometidas al régimen penal colombiano deben saber que sus actos tienen consecuencias y que no se deben repetir los que aquí se sancionan pues finalmente el Estado reaccionará como corresponde.

**14.5 RESPONSABILIDAD**

Ha sido establecido que el acusado realizó la conducta omisiva de dejar ejecutar instrucciones terminantes contra los sospechosos o probados guerrilleros que se tomaron el Palacio de Justicia de Colombia el 6 y 7 de noviembre de 1985, instrucciones que terminaron en el secuestro y posterior desaparición forzada de las víctimas señaladas**.** El haber permitido el curso de esas instrucciones terminantes le es reprochable desde el Derecho penal porque lo hizo con conocimiento informado y voluntad persistente, habiendo podido y debido actuar de manera diferente y apegada a la Constitución, a la ley y a su deber militar.

**Por lo tanto el General de la República, retirado, JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES, debe responder penalmente por el delito de desaparición forzada agravada de CARLOS AUGUSTO RODRÍGUEZ VERA, BERNARDO BELTRÁN HERNÁNDEZ, LUZ MARY PORTELA LEÓN, DAVID SUSPES CELIS e IRMA FRANCO PINEDA, al tenor de los artículos 165 y 166 del Código Penal colombiano, y por esos hechos se lo condena.**

# 15. APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO –DIH- Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS –DIDH-

## 15.1 ORIGEN DEL DIH

La patética realidad del devenir histórico llevó en tiempos recientes a la humanidad, desde mediados del Siglo 19, a reconocer un conjunto de reglas mínimas que se deben observar en toda confrontación armada. Moralmente impactada por el sufrimiento que causa la recurrente actividad bélica, la sociedad comenzó a configurar el Derecho de la Guerra para tratar de limitar los medios con los que legítimamente ésta se podía adelantar, y después para proteger progresivamente a la población no incorporada a los ejércitos involucrados, a los bienes civiles y culturales de los pueblos en el teatro de operaciones, a los combatientes heridos, a los prisioneros, enemigos vencidos, declarados en rendición, a los cadáveres, y a las personas y organizaciones interesadas en paliar los efectos de las hostilidades.

Inicialmente se ocupó de los casos más frecuentes de guerras, las que tienen lugar entre naciones o Estados nacionales, y por ello se llama Derecho internacional. Así, poco después de terminar la última guerra generalizada, en 1948 la mayoría de los Estados existentes acordaron crear la organización de las Naciones Unidas y adoptaron unos pactos que recogieran tanto las costumbres o derecho consuetudinario de la guerra como las Convenciones escritas hasta entonces y le dieran mayor desarrollo hacia el futuro, por lo que debe llamarse Derecho Aplicable a los Conflictos Armados.[259] Esos son los Convenios de Ginebra de 1949, cuerpos de derecho positivo que conforman el núcleo del llamado desde entonces Derecho Internacional Humanitario, el que busca introducir un mínimo sentido de humanidad a la práctica de los conflictos armados, recogiendo allí los anteriores tratados de La Haya de 1889 y 1907.

Se reconoció que con frecuencia dentro de las sociedades hay grupos humanos que pretenden imponer violentamente a otros grupos sus intereses o ideologías, por lo que este Derecho debe cubrir también las confrontaciones armadas internas en un Estado, ya sea de un grupo de la población contra las fuerzas armadas oficiales o de grupos poblacionales entre sí.

[259]Ese es el correcto entendimiento que le da la Corte Constitucional. Véase sentencia C-225/95.

Los ejércitos institucionales de todo el mundo aceptan hoy estar sometidos a las reglas consuetudinarias (o de Derecho natural de la guerra, o entre las naciones, o *ius gentium* en su concepción moderna desde Hugo de Groot y Francisco Vitoria). Los Estados Parte de las Naciones Unidas que son signatarios de los Convenios de Ginebra están jurídicamente vinculados además por la normatividad positiva.

Las normas del DIH son, entonces, principalmente de origen consuetudinario, y por ello tienen íntima vinculación con los principios generales de lo que se entiende por Derecho Natural y por sentido de respeto por el ser humano, el que rige desde antes de que se adoptaran las constituciones y normas positivas, y por ello les son exigibles a todas las partes en conflicto, aun a las fuerzas no oficiales.

La jurisprudencia y la Constitución colombianas han aceptado que las costumbres internacionales de este campo se incorporan de manera automática al ordenamiento jurídico colombiano, es decir, no se necesita la expedición de un acto de recepción (ley de la República) y no requieren de control de constitucionalidad alguno.[260]

## 15.2 PRINCIPIO DE LEGALIDAD, DIH Y DIDH

Es característica del *ius cogens*, del Derecho Natural y del DIH, la de componerse generalmente de normas abiertas, diferentes al Derecho penal positivo interno que obliga hoy en día, como garantía fundamental, a la aplicación de una *tipicidad estricta* que describa sin lugar a dudas la conducta punible y la consecuencia punitiva.

Ahora bien, esa clase de tipicidad estricta es exigida sin lugar a excepción en el derecho penal colombiano, en cuanto a la descripción de la conducta delictiva e incluso en cuanto a la dosificación de la pena, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, especialmente del *common law,* donde hay variados niveles de discrecionalidad en ambos aspectos.

En efecto, el concepto *nullum crimen, nulla pœna sine lege prœvia,* enunciado desde los primeros 1800 por Feuerbach, y que hace parte de los principios

[260]Al respecto véase ALEJANDRO RAMELLI, Jurisprudencia Penal Internacional aplicable en Colombia. UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, Bogotá, 2011. Páginas 92 y ss. Dado que esta obra es el resultado de una destacada investigación de grupo sobre la jurisprudencia penal internacional, aquí se la sigue por todos, *in extenso.*

esenciales del derecho penal contemporáneo, no tiene el mismo significado en los sistemas de derecho común (*common law*) que en los de derecho civil (*civil law)* o legislado, o continental, como el colombiano. En los primeros, crimen y pena son conceptos muy similares, e implican que una conducta reconocida como contraria a la ley debe estar sometida a una pena; en los de derecho legislado, significa que el delito (crimen) debe estar descrito estrictamente en un tipo penal en la ley positiva, la pena debe estar asignada *(*debe ser *certa)* con precisión en su naturaleza y cantidad, y el juez y el procedimiento deben estar previamente definidos.[261]

En ese panorama, el DIH dentro de nuestro sistema jurídico adquiere la función de ser mecanismo de interpretación y complementariedad. En ese sentido se ha aplicado el DIH en esta sentencia, mas no para la edificación del argumento central de reproche penal, el que se elabora con observancia estricta del derecho penal ordinario colombiano.

La desaparición forzada de personas en una operación militar es sin lugar a dudas un crimen de guerra en cuanto viola el deber de protección a la población civil y a los combatientes vencidos, pero su punición se hace de acuerdo con la legislación interna porque el DIH no registra los elementos típicos, ni tiene asignadas las penas ni la manera de dosificarlas, como sí lo hace el Código Penal colombiano, lo que se hace exigible como principio de legalidad en esta providencia. Pero además, la Sala parte de la claridad sobre el papel complementario que juegan el DIH y todo el bloque de constitucionalidad en nuestro orden jurídico: el bloque de constitucionalidad tiene por objeto ampliar la vigencia y protección de derechos humanos y fundamentales cuando quiera que el orden interno no los proteja. Recurrir al orden jurídico internacional debe ser un instrumento subsidiario, esto es, para los aspectos de complementariedad e interpretación en los que el orden interno no ofrezca los mecanismos adecuados o suficientes para el pronunciamiento de la jurisdicción.

Por ejemplo, mientras uno de los avances del DIH ha sido el de consagrar la protección a las víctimas de los conflictos armados, en el caso de las Desapariciones forzadas en el Palacio de Justicia no se puede imaginar siquiera la posibilidad de que los derechos de las víctimas no tuvieran protección

[261]Véase sobre el tema, KAI AMBOS, *NULLA PŒNA SINE LEGE* EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL, en ¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el Derecho penal internacional? Universidad Externado de Colombia, 2008. Página 37 y ss.

vigente en el derecho penal interno o internacional de ese momento. Es inadmisible en nuestro sistema jurídico el argumento de que como en 1985 no existía el delito de desaparición forzada de personas, ni se había adoptado la Convención contra la desaparición forzada, no se puede dictar condena por esa conducta a acusados como el del presente caso.[262]

Ese es uno de los alegatos ínsitos en el punto 6.1 de la Defensa, mediante su lectura parcial y descontextualizada del artículo 15 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, paradigma del DIDH:

> ***Artículo 15***
>
> *1.* ***Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional.*** *Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.*
>
> ***2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.***

Se le contesta: con respecto al numeral 1., desaparecer personas sí era un acto criminal cuando fue cometido en el caso presente; en el derecho internacional, porque el Derecho de la Guerra obligaba a tratar a todas las personas involucradas en el conflicto con humanidad, y nadie se opondrá a la afirmación de que la desaparición forzada es la negación total de la humanidad en cada una de las personas desaparecidas y para con sus familias; en el derecho interno, porque el primer acto ejecutivo para desaparecer a una persona es el Secuestro, que ya estaba tipificado en el derecho penal colombiano.

Por el numeral 2., queda claro que aunque no existiera una tipificación literal de una conducta contraria a los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional, nada se puede oponer al juicio y condena de quienes lo han cometido. La defensa no podría afirmar que desaparecer personas no es contrario a los principios generales del derecho, ni que toda la

[262] A veces se encuentra esa afirmación en plumas editoriales que es preferible no citar.

comunidad internacional lo reconoce así; por lo tanto no tiene base jurídica para oponerse a que los autores de esa conducta sean juzgados y condenados.

Al calificarse la conducta inicial como secuestro, conducta permanente que por la ley sobreviniente se transformó en desaparición forzada, como se ha declarado en esta sentencia, quedan cobijados los derechos de las víctimas en la norma procesal de aquel momento y en el actual, y por lo tanto se le da aplicación plena a ese artículo del Pacto.

## 15.3 VIGENCIA EN COLOMBIA

Lo anterior demuestra que en Colombia la vigencia del DIH y del DIDH se combina adecuadamente con la observancia del principio de legalidad como es entendido en nuestro ordenamiento jurídico de tipo *legislado*.

En cuanto al DIH positivo, Colombia es una de las Altas Partes contratantes de los Convenios, aprobados por Ley 5ª de 1960, entrados en vigor el 8 de mayo de 1962.[263] Todos los oficiales del Ejército Nacional de Colombia, pero con mayor énfasis los oficiales superiores como el General ARIAS CABRALES, los conocen, pero si no los conocía estaba en el deber de conocerlos, y tenía el deber de cumplirlos estrictamente en la operación militar de recuperación del Palacio de Justicia.

Los hechos del Palacio se desarrollaron bajo la Constitución de 1886; su artículo 121 del Estado de Sitio, que confería amplios poderes al ejecutivo para el restablecimiento del orden público, imponía el respeto al Derecho de Gentes como limitación a su ejercicio del poder. Este Derecho, como lo describe la Corte Constitucional en la sentencia C-574/92,[264] es difuso, pero sin duda su núcleo está compuesto por el derecho consuetudinario de la Guerra, las Convenciones de la Haya de 1889 y 1907 sobre limitación de medios y métodos de guerra, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 sobre la protección a las víctimas y a la población no participante en las hostilidades (entre la que están quienes son simple población civil, y los que habiendo sido parte de una de las fuerzas armadas ya no participan porque han sido puestos fuera de combate, heridos, vencidos o detenidos) y sus protocolos adicionales de 1977.

[263]Compilación de Instrumentos Internacionales, publicación de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, séptima edición actualizada, 2007. Página 534.
[264]Aprobatoria del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra.

En este proceso no se plantean discrepancias acerca de que en 1985 había un conflicto armado interno en Colombia, donde el movimiento M-19 era una fuerza subversiva que sostenía una confrontación armada contra el Estado, representado en estos hechos por sus Fuerzas Militares y de Policía. Siendo así, en los hechos del Palacio, el Ejército Nacional y cada uno de sus oficiales estaban obligados a aplicar el DIH que regula la conducción de hostilidades y protección de personas y bienes en el desarrollo de un conflicto armado interno.

Esa normatividad se concreta en el artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, sus protocolos adicionales y las normas consuetudinarias que puedan servir para interpretarlos o regular aspectos no previstos en ellos:

> ***ARTÍCULO 3º.***
>
> *"En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:*
>
> ***1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades,*** *incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas* ***y las personas puestas fuera de combate por*** *enfermedad, herida,* ***detención*** *o por cualquier otra causa****, serán****, en todas las circunstancias,* ***tratadas con humanidad,*** *sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo. …"* (Se resalta)

Hemos recordado en 12.4 que en vigencia de la Constitución Política de 1991 este punto no deja lugar a duda ya que su artículo 214 expresamente establece que el DIH se observará en todo tiempo.

En vigencia de la Constitución Nacional de 1886, aunque no hubiera una norma positiva como ésa, también regían el DIH y el DIDH porque, además de la previsión general del Derecho de Gentes, bajo su égida fueron adoptados los Convenios de Ginebra y la normatividad relacionada; además esa Constitución tenía establecido:

> ***Artículo 19.***
>
> *Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y asegurar*

*el respeto recíproco de los **derechos naturales,** previniendo y castigando los delitos.*[265]

Podría decirse que este texto original del artículo en cuanto al respeto a los derechos naturales ya no estaba vigente en 1985, pero esa discusión tiene poca importancia porque si la ley positiva no tipifica o castiga una acto atroz, siempre habrá manera de sancionarlo como acto delictivo con menores agravantes; además, sigue vigente la Ley 153 de 1887, expedida para adaptar la legislación existente a la Constitución de 1886, que dice:

***Artículo 4º.***

*Los principios del **Derecho natural** y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en los casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes.*

Al hablar de *Derecho natural* pareciera que se está regresando a órdenes jurídicos superados donde la norma positiva era escasa y no era prevaleciente; pero si en algún campo tiene vigencia actual ese Derecho Natural, probablemente insuperable, es en este campo del Derecho de los Conflictos Armados, pues uno de sus principios es el de *humanidad.* Este principio, aunque es difuso, es intuitivamente convincente y vinculante como propio del Derecho Natural,[266] y como núcleo esencial del *ius cogens,* e implica que ningún ser humano puede dejar de comportarse como un ser humano con sus congéneres, lo que le debe impedir los actos atroces y excesivos.[267]

Todos los intervinientes en las hostilidades, integrantes de los grupos subversivos o funcionarios del Estado, en especial los miembros de las fuerzas oficiales, son destinatarios naturales de este derecho humanitario, y están obligados a respetarlo, no solo porque son normas imperativas del derecho internacional, sino porque protegen el núcleo intangible de los derechos humanos que no puede ser desconocido ni siquiera en las peores situaciones

[265]Cita del Informe final de la Comisión de la Verdad sobre los hechos del Palacio, página 332.
[266]O *derecho supralegal*, como lo llamó Radbruch después de la segunda guerra mundial, con lo cual ayudaba a superar las posiciones positivistas vergonzantes. Véase: GUSTAV RADBRUCH. Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962. Pág. 32 y ss.
[267]*Ius cogens* significa *norma imperativa de derecho internacional, aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario, y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter,* según el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, como lo recuerda la Corte Constitucional en sentencia C-225/95.

de conflicto armado, y encarnan las *"consideraciones elementales de humanidad"*.

Como dijera Simón Bolívar en la campaña contra España por la independencia, después de firmar con el General Morillo un acuerdo para regularizar la guerra:

> *"… aun cuando nuestros enemigos los quebranten, nosotros debemos cumplirlos para que la gloria de Colombia no se mancille con sangre".*[268]

Continúa la Corte Constitucional:

> *"No se puede entonces excusar, ni ante la comunidad internacional, ni ante el ordenamiento jurídico colombiano, la comisión de conductas que vulneran claramente la conciencia misma de la humanidad, como los homicidios arbitrarios, las torturas, los tratos crueles, las tomas de rehenes, las desapariciones forzadas, los juicios sin garantías o la imposición de penas ex-post facto".*[269]

Los Convenios hacen parte de las normas de derechos humanos, pues son normas de *ius cogens* que buscan proteger la dignidad de la persona humana. Los convenios sobre derechos humanos, bajo la idea de protección de principios de humanidad, están establecidos básicamente para situaciones de paz o "normalidad", mientras que los del DIH operan en situaciones de conflicto armado. Por eso la Corte ya había señalado que "el derecho internacional humanitario constituye la aplicación esencial, mínima e inderogable de los principios consagrados en los textos jurídicos sobre derechos humanos en las situaciones extremas de los conflictos armados."[270]

Recalca la Corte Constitucional que el preámbulo del Protocolo II incluye también lo que la doctrina internacional conoce como la "*Cláusula Martens*", principio según el cual

> ***"En los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública."***[271]

---

[268]Citado por la Corte Constitucional en sentencia C-225/95, página 92.
[269]Ib., página 93.
[270] Sentencia C-574/92. M.P Ciro Angarita Barón.
[271]Se llama así esa cláusula por la intervención del jurista ruso de la época Fiodor Fiodorovich Martens (1845-1900) para incorporarla al Convenio de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, principio universal definido como criterio de humanidad en la guerra mucho antes de los tratados quela regulan.

Esto significa que el Protocolo II debe ser interpretado con el conjunto de principios humanitarios, pues es una aplicación de esos principios a los conflictos armados no internacionales,[272] y aunque se haya llevado a forma escrita solo en este Protocolo, refleja desde siempre el valor y principio esencial de todo el Derecho de la guerra, porque es de elemental humanidad respetar al enemigo vencido y desarmado, y darle un trato digno como persona, lo que implica aplicarle todo el rigor de la ley pero dentro del debido proceso vigente, así como dar noticia de su suerte a la familia.[273]

La grandeza de los guerreros se mide por la magnanimidad con sus contrincantes vencidos, como la historia lo enseña repetidamente, y es algo de lo que se enorgullecen los militares.[274] Aun las fieras, en su lucha instintiva por el territorio y la supervivencia, perdonan la vida al competidor vencido; los humanos, incluso los militares, deberíamos al menos respetar los principios que vemos vigentes en la naturaleza que creemos no racional.

En el caso concreto, además de las normas consuetudinarias internacionales vigentes al momento de los hechos, resulta aplicable también la legislación positiva internacional que ha sido adoptada mientras se han seguido ejecutando las conductas de Secuestro y desaparición forzada, que tienen la característica de ser de ejecución continua o permanente. Así, el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, aprobado el 8 de junio de 1977, en vigor en Colombia desde el 15 de febrero de 1996 en virtud de la Ley 171 de 1994, reza:

---

[272]Ib., página 102 y ss.
[273]C-574/92, sección E.
[274]Véase por ejemplo: JUAN DE LA GRANJA, Rasgos Históricos de Magnanimidad, Valor y Nobleza. Nabu Press, 2010.
El General (r) Álvaro Valencia Tovar, El Tiempo, 4 de abril de 2014, relata: *"… el General Juan B. Tovar, comandante del ejército conservador, al recibir orden del Ministro de Guerra civil de fusilar al General Rafael Uribe Uribe, liberal, respondió con hidalguía: 'Prefiero romper en la rodilla la espada con la que he servido a la República, que mancharla con un acto de indignidad'…"*
Hablando del General Rafael Reyes, en reciente artículo del periódico de ACORE (Asociación Colombiana de Oficiales en retiro de las Fuerzas Armadas), julio de 2013, se lee: "*Su carácter humanista le permitió sin recelo concederles pasaportes a sus enemigos vencidos para que pudieran regresar a sus hogares. Cuando llegó el momento de regresar a la Capital, todos sin distingos de ninguna especie, lo abrazaron y recibieron como al héroe salvador. Hasta Rafael Uribe Uribe (liberal y encarnizado enemigo) no tuvo otra cosa qué decir en el Senado que en su condición de vencido, no podía negar el voto al vencedor magnánimo".*

***Título II – TRATO HUMANO***
***Artículo 4. Garantías fundamentales.***

***1) Todas las personas*** *que* ***no participen directamente*** *en las hostilidades, o* ***que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de la libertad, tienen derecho a que se respete su persona,*** *su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas.* ***Serán tratadas con humanidad*** *en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya sobrevivientes. …* [275]

Los militares colombianos se han distinguido internacionalmente por su alto nivel de profesionalismo, y este implica el conocimiento de la historia y de las normas vinculantes para el ejercicio civilizado de la guerra; pero la teoría, la vocación y la formación se prueban en el crisol del campo de batalla, donde se debe demostrar que la sociedad puede depositar su confianza en las instituciones llamadas a brindarle seguridad dentro del cumplimiento de la Constitución y de las leyes.

**El General ARIAS CABRALES no solo tenía el deber de aplicar las leyes de la guerra sino el de dar un ejemplo de vida y honor a las tropas, pero decidió empañar el triunfo legítimo delas instituciones con una conducta reprobable a la luz de toda normatividad consuetudinaria o positiva de la humanidad, antigua o actual, salvaje o civilizada.**

**El General ARIAS CABRALES sabía, y estaba obligado a saber, que en la fecha de los hechos y hasta la fecha de la acusación, el Derecho Internacional de los Conflictos Armados lo obligaba a tratar *con humanidad* a los combatientes vencidos, así como a todas las personas protegidas por esas reglas. Sin embargo, no cumplió con ese deber humano y militar.**

## 15.4 LA INTEGRACIÓN DEL DIH EN EL JUZGAMIENTO CON BASE EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Mientras es evidente que en el caso de los empleados de la cafetería del Palacio se activaba para el Estado, representado por el General ARIAS CABRALES, el deber de protección como población civil ajena al conflicto que por lo tanto tenían el status de personas protegidas, el tratamiento dado a la

[275]Compilación…, página 594.

guerrillera IRMA FRANCO es una violación directa y grave del Derecho Internacional Humanitario porque se enmarca directamente en el artículo 3º común de los Convenios de Ginebra y el preámbulo y artículo 4º del Protocolo II.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a pesar de algún desconocimiento inicial, ha introducido progresivamente la interpretación de su carta fundamental, la Convención Interamericana de los Derechos Humanos o Pacto de San José, con base en los métodos adoptados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, lo cual le ha permitido acogerse a la evolución que presentan los tratados sobre derechos humanos. *"La interpretación sistemática con las normas y principios del derecho internacional, cuyo punto de contacto estriba en los deberes de protección de la población civil o posición de garante, refleja la aproximación que en los últimos años han conocido el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario; puntos de contacto que redundan en una mayor protección del ser humano durante situaciones excepcionales".*[276] Desde los años noventa, ante la intensificación del conflicto armado en Colombia, el DIH y el Pacto de San José se han interpretado más armónicamente; aunque un poco tardía, esta interpretación es positiva porque demuestra la existencia de un único *corpus iuris* universal destinado a la protección de la dignidad humana en cualquier tiempo y situación.

Pero es claro que el DIH no establece directamente la consecuencia punitiva para cada uno de los crímenes que tipifica. Por eso –en el caso de los conflictos armados internos- se debe acudir a las tipificaciones del derecho penal interno vigente durante la comisión de esas conductas, en respeto del principio de *nullum pœna sine lege prœvia,* como se ha procedido en esta sentencia.

Esta Sala identifica que ha sido una flagrante y grave violación de los derechos humanos de los empleados de la cafetería que lograron salir vivos de los hechos, su desaparición forzada estando bajo control de miembros del Ejército. Tal violación no tiene ni necesita tipificación nominal diferente a la del derecho penal ordinario de Colombia, pues el bien jurídico vulnerado está

[276]Cfr: RAMELLI ARTEAGA, ALEJANDRO. "El derecho internacional humanitario ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Anuario Mexicano de Derecho Internacional, 2009."

debidamente tutelado en los artículos 165 y 166 del Código Penal, invocados para la declaración de responsabilidad penal del acusado. [277]

## 15.5 EL CONCEPTO, NO APLICABLE EN ESTE CASO, DE LA AUTORÍA POR "RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR"

Se avoca este tema porque en algunos debates se trae a cuento esta figura como uno de los mecanismos de posible aplicación para la definición de la autoría en el caso concreto, aunque la Sala no lo comparte.

La responsabilidad penal de los superiores militares por no haber evitado que sus subordinados cometieran crímenes de guerra, o por no haberlos sancionado por su comisión, fue el fundamento para condenar a varios jefes militares al finalizar la Segunda Guerra Mundial, tales como al General Yamashita en el Tribunal de Oriente, en Manila (Filipinas).[278]

Hoy en día es generalmente aceptado que al General Yamashita se lo juzgó y condenó injustamente por una corte marcial internacional bajo la égida de los Estados Unidos. Relata Jiménez de Asúa:

---

[277] El General ARIAS CABRALES fue condenado disciplinariamente con destitución del cargo por el Procurador General de la Nación Dr. ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ, Resolución 438 de 1990, por omisión en el ejercicio de sus funciones que llevó a violaciones del Derecho Internacional Humanitario, "porque en el operativo militar no se adoptaron las medidas necesarias tendientes a proteger la vida de los rehenes civiles indefensos ajenos al conflicto, sobreponiendo su seguridad física por encima del sometimiento del grupo guerrillero"; esa decisión fue anulada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, porque se había superado el término legal para adelantar la acción disciplinaria, y el Consejo de Estado confirmó la anulación el 11 de febrero de 2005. Véase página Web de la Rama Judicial, link Consulta de Procesos, radicado 250002325000 1991 6832 01 (0913 02).

[278]ALEJANDRO RAMELLI. Jurisprudencia Internacional… página 37, citando la sentencia SU-1184 de 2001: *El derecho penal internacional consuetudinario, desde el famoso caso Yamashita, en el cual se condenó en 1945 a un general del ejército japonés por "omitir ilícitamente y faltar a su deber como comandante de controlar las operaciones de los miembros bajo su mando, permitiéndoles cometer atrocidades brutales y otros crímenes graves contra la población de Estados Unidos, de sus aliados y dependencias, particularmente las Filipinas [...]", ha venido reconociendo que el miembro de la fuerza pública que ostenta autoridad o mando debe adoptar medidas especiales para evitar que las personas que se encuentren bajo su efectivo control o subordinación, realicen conductas violatorias de los derechos humanos. Esa jurisprudencia se ha reiterado en los diversos tribunales penales internacionales, desde Nüremberg hasta los ad hoc para la antigua Yugoslavia y Ruanda, doctrina que se plasmó normativamente en el artículo 28 del Estatuto de Roma.*

Ib., página 373, pie de página 475: *En ese caso, Yamashita fue condenado por violación [sexual], como superior jerárquico, por crímenes de guerra. En la decisión del 7 de diciembre de 1945 la comisión estimó que "Resulta absurdo considerar que un comandante sea un asesino o un violador porque uno de sus soldados asesinó o violó. Sin embargo, cuando el asesinato, la violación y otros actos odiosos son perpetrados a gran escala, y un comandante no intenta descubrir y controlar esos actos criminales, ese comandante puede ser considerado como responsable, incluso penalmente, por actos ilegales perpetrados por sus tropas, según la naturaleza y las circunstancias de aquéllos",* en *The Law of War*, vol. II, 1972, p. 1597.

*"Yamashita no es culpable –ni se le acusa ni se le prueba- de haber realizado él directamente ninguna de esas bárbaras atrocidades que se le imputaron, ni siquiera de haberlas ordenado. La sentencia en que se le condena, y contra la cual apela, dice que es responsable, no por haber impedido a sus soldados realizar tales crímenes, … ¿De qué se acusa? De que Yamashita no puso fin a esas atrocidades. Pero mucho antes de que Yamashita pudiera impedirlo, los Estados Unidos se vanagloriaban de que, mediante las Fuerzas Aéreas, se había destruido toda posibilidad de nexo entre el Estado Mayor, que Yamashita presidía, y los soldados que él comandaba. Si se ha probado, con documentos oficiales, que se había roto todo nexo guerrero y era imposible que mandara órdenes y, por tanto, impidiera atrocidades, se castigaba a Yamashita por un delito que no era posible que hubiera perpetrado."*[279]

No había para ese entonces una norma positiva previamente escrita a la cual se pudieran referir los tribunales de oriente o de Nüremberg; solo en el Protocolo I de Ginebra de 1977, en sus artículos 86 y 87, se registró por escrito una norma sobre responsabilidad de los superiores jerárquicos. Pero ello no significa que esa norma no hubiera existido antes, en su forma consuetudinaria, o que no se hubiera aplicado. La forma como se elevó a forma positiva reza:

***Artículo 86. Omisiones***

*1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto deberán reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen todas las demás infracciones de los Convenios y del presente Protocolo que resulten del incumplimiento de un deber de actuar.*

*2. El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción.*

[279]LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. En: Enjuiciamiento de los crímenes de guerra… Página 1.215.

***Artículo 87. Deberes de los jefes***

*1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, impidan las infracciones de los Convenios y del presente Protocolo y, en caso contrario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes.*

*2. Con el fin de impedir y reprimir las infracciones, las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes, según su grado de responsabilidad, tomen medidas para que los miembros de las fuerzas armadas bajo sus órdenes tengan conocimiento de las obligaciones que les incumben en virtud de lo dispuesto en los Convenios y en el presente Protocolo.*

*3. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto obligarán a todo jefe que tenga conocimiento de que sus subordinados u otras personas bajo su autoridad van a cometer o han cometido una infracción de los Convenios o del presente Protocolo, a que se tomen las medidas necesarias para impedir tales violaciones de los Convenios o del presente Protocolo y, en caso necesario, promueva una acción disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones.*

En el marco del actual Derecho penal ordinario colombiano, en este caso la conducta del acusado se le atribuye a título de autoría por omisión, en la forma de coautoría mediata, por no haber impedido –pudiendo- la ejecución de las órdenes terminantes de sus directos subalternos contra quienes se consideraran sospechosos y contra una guerrillera identificada. A diferencia del General Yamashita, el comandante General ARIAS CABRALES estaba presente en el teatro de operaciones, y las atrocidades fueron ordenadas por sus inmediatos subalternos, altos oficiales miembros de su Estado Mayor, en condiciones que no puede creíblemente negar haber conocido, y sin embargo teniendo el deber de evitarlas no lo hizo, lo que equivale a concluir que, por lo menos, si no las ordenó sí las compartió y las asumió como propias.

Por estar los actos de comando enmarcados en un acto legítimo de guerra resultan aplicables las normas del DIH, como mecanismo de interpretación y de definición más detallada de las conductas, del contexto, y del título al que se atribuye la responsabilidad al acusado, como miembro activo de una fuerza involucrada en el conflicto armado.

Se registra en el DIH que además de los instrumentos internacionales, existen las normas consuetudinarias aplicables a toda clase de conflicto armado, referente a la responsabilidad de los superiores jerárquicos, compiladas con autoridad por el Comité Internacional de la Cruz Roja–oficialmente competente para desarrollar esa función-. Su contenido es el siguiente:

> ***Norma 153.***
>
> *Los jefes y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados* ***si sabían, o debían haber sabido****, que éstos* ***iban a cometer*** *o estaban cometiendo tales crímenes y no tomaron todas las medidas razonables y necesarias a su alcance para* ***evitar*** *que se cometieran o, si ya se habían cometido, para* ***castigar*** *a los responsables.*

Así, los superiores militares pueden ser llamados a responsabilidad penal, debido a su poder de comando para influir, mediante la impartición de órdenes, en la conducta de sus subordinados.

El concepto de Responsabilidad del Superior se ha desarrollado en el DIH, específicamente en el Estatuto de Roma, artículo 28, como una figura subsidiaria, para los casos en que no sea viable la atribución de responsabilidad directa del superior a pesar de que ese superior tiene la obligación de control, por ejemplo porque sea muy difícil afirmar -con evidencia incuestionable- que se ha adoptado un "pacto de silencio", una actitud de "mirar para otro lado", una "ceguera voluntaria".[280]

En la *responsabilidad del superior* se exige demostrar, porque no resulta inmediato ni patente, no solo que el acusado era el superior jerárquico de quienes cometieron los crímenes de guerra, sino que ejercía sobre éstos un control efectivo. También se exige probar que aquel superior *"hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento hubiere debido saber, que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos"*. Esta es una exigencia correcta, ya que mal podría atribuírsele responsabilidad si ese superior no hubiera sabido o no debiera haber sabido de la situación delictiva, pues faltaría un elemento básico del dolo, el *saber*.[281]

[280]Informe Final…, páginas 19, 419.
[281]Cfr. JAIME ENRIQUE GRANADOS PEÑA, La responsabilidad de los jefes y otros superiores en la Corte Penal Internacional y el conflicto colombiano. En: Derecho Penal Contemporáneo, No 1., LEGIS, Bogotá, octubre-diciembre de 2002, páginas 179 y ss.

La norma y los desarrollos doctrinarios sobre esta figura precisan que la falta a los deberes del superior que tiene posición de garante se concretan en no haber *evitado*, pudiendo hacerlo, la perpetración de crímenes por sus subalternos, o por su *omisión en castigar* dentro de su órbita de competencia a aquellos que ya los han perpetrado, cuando a él mismo le correspondía castigar, o haber *omitido poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes* si ya no le correspondía administrar el castigo.

En el caso presente, con la determinación de los hechos probados queda claro que en el caso del General (r) ARIAS CABRALES no es necesario acudir a la atribución de autoría por *responsabilidad del superior* pues su intervención fue *directa, presencial, cometida por omisión*. Quedó registrado sin lugar a dudas su ejercicio efectivo del mando a lo largo de la operación de recuperación del Palacio (cfr. 5.10 y 5.14 *supra*), por lo que no puede creíblemente negar el conocimiento de que su directo subalterno pronunciaba la existencia de *instrucciones complementarias terminantes* aplicables a los sospechosos como la *abogada identificada como guerrillera* y de que *si está la manga no aparezca el chaleco* (cfr. supra 10.11.2), y guardó silencio, cohonestando la orden de darles cumplimiento.

**Entonces, en este caso no se trata de responsabilizar al superior por cualesquiera actos perpetrados por sus subalternos, ni de exigirle lo imposible, sino que se declara probado más allá de la duda razonable que tuvo conocimiento, como estaba obligado a tenerlo, de lo que se estaba ordenando ilegalmente contra personas especialmente protegidas, y que esa orden en efecto se cumplió pues hasta la fecha no han aparecido esas personas reconocidas como salidas vivas bajo custodia del Ejército.**

En fin, la identificación de la norma consuetudinaria o escrita aplicable por la Sala en el presente caso sólo se ha traído para demostrar que al General ARIAS CABRALES no se lo condena por una forma de atribución de responsabilidad ni por un tipo penal que supuestamente no existiera al momento de la comisión de los hechos, como ha alegado la defensa (6.1 *supra*).[282] Recuérdese que se

[282]El argumento defensivo de que el acusado debería ser absuelto porque para esa fecha no existía el tipo penal de Desaparición forzada implicaría la alternativa absurda de que en ese entonces no era contrario a la ley desaparecer personas, o de que alguna autoridad tenía la función legalmente asignada de desaparecer personas. Simplemente esa conducta es contraria al elemental Derecho natural, o principio de humanidad, u obligación de tratar a todas las personas con humanidad, o *cláusula Martens*, y dentro del Derecho penal ordinario se sanciona como vulneración del derecho a la libertad individual, aunque se pueda asumir que se han violado otros derechos de esas personas.

le ha atribuido aquí la conducta omisiva con base en el Código Penal de Colombia, Decreto Ley 100/80, que ya mencionaba la posibilidad de que los autores cometieran la conducta por acción o por omisión, así como con el Código Penal Ley 599/00, de modo que todo el desarrollo adicional sobre la autoría colectiva y la omisión era y es tarea de la jurisprudencia, como la que aquí se ha citado y profundizado.

La citada norma 153 consuetudinaria, recopilada por el Comité Internacional de la Cruz Roja, CRIC, simplemente recoge el sentimiento o principio mínimo de *humanidad*, el que intuitivamente cualquier ser humano podría haber pronunciado en 1897, o en 1948, o en noviembre de 1985, o en 2014, coherente con lo que el Derecho Natural pudiera dictar a la sazón; en este caso concreto, esa norma ha servido para darle contenido detallado a en qué consistió la omisión que se le enrostra al acusado.

Ha sido útil utilizar en esta providencia el DIH en su función de herramienta de interpretación de la legislación interna, a sabiendas de su improcedencia en Colombia,[283]pues mientras en el derecho ordinario es claro que el acusado tenía un deber de garantía para con todos los destinatarios de su autoridad, la norma internacional profundiza para explicar que ese deber de garantía se traduce en los mencionados deberes de *evitar* la comisión de ilícitos por sus subalternos, y *castigarlos* o *remitir al competente* si ya se cometieron. Ninguno de esos deberes ha sido cumplido por el General ARIAS CABRALES, no por simple omisión sino porque ha compartido un mal entendimiento de la política antisubversiva y las *instrucciones terminantes* derivadas de ella.

---

[283]La autoría por *responsabilidad del superior* no es aplicable en el sistema judicial interno de Colombia, pues tiene *tratamiento diferente,* según la C-578/02, que en lo pertinente dice:

> **"4.19. Resumen de los principales tratamientos diferentes.**
>
> … Luego de analizar el contenido del Estatuto de Roma, la Corte encontró que algunas de sus disposiciones establecen tratamientos diferentes a los previstos en nuestro ordenamiento constitucional, los cuales fueron expresamente autorizados por el Acto Legislativo No. 02 de 2001, siempre que se refieran a materias sustanciales y éstas surtan efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en el Estatuto. Entre dichas disposiciones se destacan las siguientes:
> …
> 3) El artículo 28 del Estatuto de Roma establece la responsabilidad de jefes militares, ya sea de un ejército regular o de un grupo armado irregular, por crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional cometidos por fuerzas bajo su mando. Así mismo, extiende la responsabilidad del comandante a superiores civiles respecto de crímenes cometidos por sus subordinados en las circunstancias establecidas en el Estatuto de Roma. Este sistema de responsabilidad especial fue autorizado por el Acto Legislativo No. 02 de 2001 para los casos que lleguen al conocimiento de la Corte Penal Internacional." (Se resalta)

## 16. DOSIFICACIÓN DE LA PENA

La sentencia de primera instancia hizo una aplicación de los principios y normas relativos a la dosificación punitiva, y sobre el cálculo inicial la aumentó en treinta (30) meses por tratarse de un concurso homogéneo y sucesivo de conductas sancionadas. Ese aumento es irrisorio, pero como en esta instancia se sostiene el concurso aunque se reduce el número de víctimas confirmadas, la pena principal resultante para el General ARIAS CABRALES no se aumentará.

Es de anotar que, como quedó establecido en el punto 9.6.4, según el artículo 166 del Código Penal la pena de prisión prevista para la desaparición forzada agravada fue aumentada por la Ley 890 con miras a fomentar el allanamiento, aceptación de cargos y negociaciones dentro del sistema de derecho premial introducido por la Ley 906. El tema fue abordado por la Fiscalía de primera instancia[284] y concluyó que sería aplicado el procedimiento de Ley 600, porque la conducta se inició bajo su égida aunque haya continuado bajo la nueva; esa opción quedó en firme y no es tema de discrepancia, de modo que no hay inconformidad en el sentido de que no se haya garantizado el respeto de los derechos y garantías de los sujetos procesales en cuanto al cumplimiento de las etapas esenciales del proceso.

En cuanto al asunto sustancial de la cantidad de pena prevista por la ley y aplicable, ésta deviene intangible por efectos del principio de no reforma perjudicial, ya que la Defensa y el Ministerio Público conforman una misma parte apelante por el contenido de sus pretensiones.

## 17. OTRAS PRECISIONES Y DETERMINACIONES

1. No se practicó o allegó legalmente prueba sobre la existencia de una política o de una conducta *sistemática* o *generalizada* de un organismo del Estado, en cabeza del Gobierno o de alguna de las instituciones militares de la época, para desaparecer personas. Ello tendría que haberse probado si se pretendía llegar a la declaración de responsabilidad por el expreso concepto de tratarse de delitos de lesa humanidad, con los efectos de imprescriptibilidad, por ejemplo; a esa figura no acude esta instancia

[284]Resolución de acusación, F. 207, c. 7i.

porque la no prescripción de la acción penal se debe, en cambio, a la calidad de permanente que tiene el delito imputado.

Se allegó en primera instancia prueba suficiente de torturas, tratos inhumanos o degradantes, pero no de desapariciones forzadas sistemáticas. La prueba de que existieron torturas o malos tratos no es base suficiente para inferir, con fuerza condenatoria, que hubo estas desapariciones forzadas sistemáticas, pues se cometería una falacia por generalización indebida, mientras la Sala se atiene al principio probatorio de que el conocimiento que supere la duda razonable debe basarse en evidencia mediante pruebas legal, regular y oportunamente allegadas al proceso.

La segunda instancia en el proceso penal no es ámbito autorizado para practicar pruebas de los hechos invocados en la acusación, de manera que solo lo actuado en la primera instancia es el material sobre el cual esta Sala se pronuncia.

2. La Sala no encontró necesario acudir a la categoría de delitos contra la humanidad porque el derecho penal ordinario colombiano es suficiente para recoger las conductas imputadas en tipos penales vigentes en el derecho interno. El apoyo para su interpretación, que se ha tomado del Derecho de los Conflictos Armados, no significa una vulneración al principio *nullum crimen sine lege prœvia,* porque éste hace parte del bloque de constitucionalidad, por incorporación expresa del Pacto de Nueva York y su artículo 15.

3. Por la misma razón de falta de pruebas, la versión de una toma anunciada y del designio previo de la comandancia de las Fuerzas Armadas, o del Ejército, o de la Brigada 13, de permitir la toma del Palacio y así aprovechar para exterminar allí a todos los guerrilleros, no sirve de soporte a esta providencia y por lo tanto no se ha utilizado por la Sala para la prueba del dolo en la conducta del acusado, aspecto en el que es razonable la inconformidad de la Defensa (6.6) y del procurador delegado (7.3), aunque resulta accesorio y por ello no implica la necesidad de anular lo actuado.

   Por otra parte, esa versión resulta inverosímil cuando se sabe que el General SAMUDIO MOLINA realizó diligencias judiciales en el Palacio de Justicia, en la Sección Tercera del Consejo de Estado, entre las 10 y las 11

de la mañana, justo antes de que fuera tomado por los subversivos. Es creíble la versión de este General cuando afirma que si hubiera sabido de la amenaza de la toma por los subversivos, no se habría presentado ese día en el Palacio.[285]No hay prueba para darle curso a otras versiones escabrosas, como la de que otras instancias del Ejército sabían del plan de ataque pero les interesaba deshacerse o no les importaba la suerte del General, o de que éste sabía exactamente a cuál hora se realizaría el asalto y midió el tiempo de su presencia y salida del Palacio.

El General SAMUDIO MOLINA explicó al respecto que las informaciones del 16 de octubre, obtenidas al parecer de unos guerrilleros capturados, referían que el 17 de octubre se realizaría un asalto al Palacio, y fueron radiadas a los diferentes organismos de inteligencia sin análisis o evaluación, por lo tanto no pasaron del nivel de rumores; si hubiera sido producto de inteligencia se habrían conocido en las jerarquías de mando. Con base en esas informaciones la Policía, competente para actuar al respecto, estableció unas medidas más estrictas de ingreso y control en el edificio, pero estas fueron canceladas el 1º de noviembre. La Sala infiere que superado el 18 de octubre de 1985 sin que sucediera el ataque anunciado, la Policía pudo actuar imprudentemente al retirar la vigilancia reforzada del Palacio, considerando que ya no habría ataque o que se había tratado de una falsa alarma, mas no como parte de un plan para facilitar el ingreso de los subversivos.

4. Está probado en el proceso que hubo iniciativa de acercamiento para resolver la situación por vía del diálogo; está registrado que en la tarde del día 6, a través del General Director de la Policía VÍCTOR DELGADO MALLARINO,[286] el Gobierno adelantó una conversación con el guerrillero jefe militar de la operación, LUIS OTERO, ubicado en el ala oriental y captor del Presidente de la Corte Suprema, otros magistrados y numerosas personas más, y que ese jefe guerrillero la rechazó expresando su posición maximalista de obtener su objetivo o morir.

Aunque estos no fueron temas propuestos por la acusación en este proceso, la primera instancia se pronunció sobre ellos sin adecuada base argumentativa o probatoria, por lo cual esta instancia no los acoge.

[285]CD 10, 01h: 13':10".

[286]F. 15 y ss., c. 12 a. causa.

5. En cuanto a los varios delitos contra el DIH que se desprenden de numerosos testimonios, por ejemplo en cuanto no dar cuartel, disparar a lo que se mueva, no dejar enemigos sobrevivientes,[287] no reparar en destrozos que se puedan causar, no distinguir entre población civil y combatientes para realizar un ataque, entregar muertos a rehenes rescatados, etc., la Fiscalía deberá ejercer la acción correspondiente, si no lo hubiere hecho ya.

6. Con respecto a la verificación pendiente de la identidad de los restos humanos entregados como pertenecientes al Magistrado PEDRO ELÍAS SERRANO ABADÍA y alegados como de NORMA CONSTANZA ESGUERRA FORERO, según el punto 10.8, la Fiscalía deberá proceder inmediatamente, sin esperar a la ejecutoria de alguna sentencia.

7. En cuanto a la petición de representantes de víctimas de que el acusado sea trasladado a una cárcel común (8.1.4), se deja en claro que esa es una decisión que corresponde a las autoridades penitenciarias.

8. Esta sentencia por sí misma constituye una medida de reparación en cuanto satisface el derecho a la verdad y a la justicia en el ámbito oportunamente delimitado.

9. El proceso, en esta etapa de causa, es público, de modo que las pruebas practicadas también lo son; sin embargo, no son de fácil acceso para los interesados ni para el público en general. Esta Sala prefiere que al menos las porciones más importantes de los archivos de audio y video que permiten elaborar los argumentos centrales de la sentencia sean ampliamente accesibles. De las más de diez horas de grabación de audio y más de 30 horas de video disponibles, que han sido escuchados, observados, analizados y valorados por esta Sala, se dejan a disposición pública, anexos a esta sentencia en su forma magnética, dos segmentos de audio aportados por el periodista Herbin Hoyos y uno aportado por el periodista Ramón Jimeno, y tres segmentos de videos, extraídos de los CDs Nos. 8 A, 18 y 31 que integran el expediente, todos sin editar, además del anunciado video *Holocausto*, elaborado por esta Sala con partes precisas de esos videos.

[287] F. 172, c. 46Aa. de i.; c. 35 a. i, entre muchos otros.

## 18. DECISIÓN

Por el mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO. DECRETAR LA NULIDAD PARCIAL** de la sentencia proferida el día 28 de abril de 2011 por el Juzgado 51 Penal del Circuito de Bogotá y lo actuado a partir del cierre de la investigación, para que la Fiscalía la perfeccione sobre lo ocurrido con respecto a **CRISTINA DEL PILAR GUARÍN CORTÉS, HÉCTOR JAIME BELTRÁN FUENTES, GLORIA STELLA LIZARAZO FIGUEROA, NORMA CONSTANZA ESGUERRA FORERO, LUCY AMPARO OVIEDO BONILLA** y **GLORIA ISABEL ANZOLA DE LANAO,** de conformidad con las razones señaladas en cada caso en la Determinación de Hechos Probados de esta sentencia**.** La nulidad que se decreta no afecta la práctica probatoria realizada.

**SEGUNDO. CONFIRMAR** parcialmente la sentencia apelada. En consecuencia, **CONDENAR** al General (r) **JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES** como coautor mediato, en comisión por omisión, en aparatos organizados de poder, a través de una estructura ilícita conformada dentro de la Brigada 13 que comandaba, del delito de desaparición forzada agravada de personas, previsto en los artículos 165 y 166 del Código Penal, cometido en **CARLOS AUGUSTO RODRÍGUEZ VERA, BERNARDO BELTRÁN HERNÁNDEZ, LUZ MARY PORTELA LEÓN, DAVID SUSPES CELIS** e **IRMA FRANCO PINEDA**, con ocasión de la operación de recuperación del Palacio de Justicia en la ciudad de Bogotá, Colombia, los días 6 y 7 de Noviembre de 1985, tras la ocupación ilegal que realizó el movimiento subversivo M-19. Se mantiene la pena impuesta por la sentencia de primera instancia.

**TERCERO. DÉSE CUMPLIMIENTO,** por la Fiscalía General de la Nación, a lo previsto en los puntos 17.5 y 17.6, de Otras Determinaciones.

Contra esta sentencia procede el recurso extraordinario de casación. Notifíquese y cúmplase.

Los Magistrados,

LUIS FERNANDO RAMÍREZ CONTRERAS

RAMIRO RIAÑO RIAÑO

JORGE DEL CARMEN RODRÍGUEZ CÁRDENAS