

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

SP9145-2015

Radicación n° 45.795

(Aprobado Acta No. 239)

Bogotá D.C., quince (15) de julio de dos mil quince (2015).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Corte decide de fondo sobre la demanda de casación presentada por el representante de la parte civil (CORPORACIÓN COLECTIVO DE ABOGADOS JOSÉ ALVEAR RESTREPO) contra la sentencia proferida el 5 de mayo de 2014 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, que confirmó la emitida el 26 de abril de 2012 por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de esa ciudad, por cuyo medio absolvió a los soldados regulares **OSCAR IVÁN ARIAS HERRERA, JHON ABADÍA DUQUE, FRANCISCO JAVIER BEDOYA AGUIRRE, MARCO TULIO CAÑAS TORRES, RUBÉN DARÍO ARICAPA GARCÍA**, a los cabos segundos **EVERT OSPINA MARTÍNEZ** y **ROBERTO CAMACHO RIAÑO** y al señor **EDELMIRO UL** por los delitos de secuestro extorsivo, agravado y tortura, y al último nombrado también por el de homicidio agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. A eso de las 10:00 p.m. del 1º de febrero de 1988, una patrulla del Ejército Nacional –integrada por hombres de dos escuadras (la 2ª y la 3ª) del Batallón San Mateo, entre ellos, **OSCAR IVÁN ARIAS HERRERA, JHON ABADÍA DUQUE, FRANCISCO JAVIER BEDOYA AGUIRRE, MARCO TULIO CAÑAS TORRES, RUBÉN DARÍO ARICAPA GARCÍA, EVERT OSPINA MARTÍNEZ y ROBERTO CAMACHO RIAÑO**- que acampaba en la vereda Loma Redonda del municipio de Jambaló, departamento del Cauca, guiados por un ciudadano –de rasgos indígenas- que les había reportado la presencia de un guerrillero y de armas de fuego ilegales, arribó a la vivienda de GERMÁN ESCUÉ ZAPATA, ubicada en la vereda Vitoyó de la misma entidad territorial.

Tras amenazar a los ocupantes de la residencia con tumbar la puerta, estos les permitieron el acceso a los cabos **ROBERTO CAMACHO RIAÑO y EVERT OSPINA MARTÍNEZ** y, por lo menos los soldados **OSCAR IVÁN ARIAS HERRERA** y JHON JAIRO LONDOÑO, alias “Memin”, mientras los demás custodiaban los alrededores de la residencia.

Luego de requisar exhaustivamente el predio y manifestar haber encontrado varias armas de fuego (granada, escopetas, municiones) y uniformes de uso privativo de la fuerza pública, el cabo **CAMACHO**, asistido por los demás militares, golpeó en repetidas ocasiones a GERMÁN y a su hermano ALDEMAR (patadas y culatazos de fusil), acusándolos de ser guerrilleros e invasores de tierras.

Enseguida, amarraron a GERMÁN y se lo llevaron –casi desnudo- por el camino que de ese lugar conducía de vuelta a su campamento. Momentos después, el cabo **CAMACHO**, con la anuencia del cabo **OSPINA**, le ordenó al capturado que corriera y ante su negativa en el sentido que si lo hacía lo mataban, aquél lo redujo con un culatazo, luego de lo cual le disparó con su arma de dotación, causándole la muerte instantánea.

Al día siguiente, los referidos oficiales y su comandante, el teniente NAVARRO, aleccionaron a quienes participaron en el operativo para afirmar que fueron víctimas de un enfrentamiento armado con la insurgencia, en la cual habría perecido el aprehendido, producto del cruce de disparos.

2. La investigación, ante la justicia penal militar, tuvo su origen en un informe rendido por el teniente JORGE ALBERTO NAVARRO DEVIA en el que daba cuenta de la muerte en combate del retenido¹.

3. Como quiera que el expediente respectivo se extravió, el Juzgado 34 de Instrucción Penal Militar inició su proceso de reconstrucción².

4. Obtenidos algunos escasos documentos, el 7 de julio de 1988 se ordenó la remisión por competencia de lo actuado

¹ Así se narra en el oficio No. 128/BR8-BIVEN-J34-IPM-252 del 22 de mayo de 1992. Cfr. folio 4 del cuaderno original 1.

² Cfr. folio 7 del cuaderno original 1.

al Juzgado Promiscuo Municipal de Jambaló (Cauca)³. Sin embargo, este, a su turno, lo envió el 14 de octubre del mismo año a la Secretaría Común de las Fiscalías Seccionales de Santander de Quilichao⁴.

5. El Fiscal 2º Seccional de dicho lugar avocó conocimiento de la investigación preliminar el 1º de diciembre siguiente⁵.

6. Tras recaudar algunos testimonios, el 18 de octubre de 2000 se decretó la suspensión de las diligencias previas, en carácter de averiguatorio⁶, pero el 31 de octubre de 2002 se dispuso su reactivación para practicar varios medios de prueba⁷.

7. Al inicio del 2006⁸ se declaró formalmente abierta la investigación y se ordenó la vinculación mediante indagatoria de **ROBERTO CAMACHO RIAÑO**⁹, en calidad de presunto autor responsable del delito de homicidio. Igual determinación se adoptó el 28 de marzo siguiente respecto de **EVERT OSPINA MARTÍNEZ**¹⁰ y JORGE ALBERTO NAVARRO DEVIA.

8. El 31 de igual mes¹¹, el 4 de abril¹² y el 30 de mayo posteriores¹³ se resolvió la situación jurídica de los

³ Cfr. folios 128-129 *ibidem*.

⁴ Cfr. folio 131 *ibidem*.

⁵ Cfr. folio 133 *ibidem*.

⁶ Cfr. folio 161 *ibidem*.

⁷ Cfr. folios 162-163 *ibidem*.

⁸ Se desconoce la fecha exacta porque falta la primera parte de la providencia.

⁹ Cfr. folio 21 del cuaderno original 3.

¹⁰ Cfr. folio 40 *ibidem*.

¹¹ Cfr. folios 66-86 *ibidem*.

¹² Cfr. folios 107-127 *ibidem*.

¹³ Cfr. folios 163-185 *ibidem*.

mencionados con medida de aseguramiento de detención preventiva por el punible de homicidio agravado; los dos primeros en calidad de autores y el último de cómplice. A los últimos, también por el de falso testimonio.

9. El 2 de agosto ulterior se declaró cerrada parcialmente la instrucción¹⁴ y el 15 de septiembre de esa anualidad se calificó el mérito del sumario, frente a los señalados, en el sentido de acusarlos en los términos de la definición de la situación jurídica¹⁵, decisión confirmada horizontalmente el 23 de octubre de la mentada calenda¹⁶ y verticalmente el 12 de enero de 2007¹⁷.

10. Sin decretar la ruptura de la unidad procesal, el 9 de octubre anterior se dispuso la práctica de varias pruebas¹⁸ y el 12 de enero de 2007 se profirió resolución inhibitoria respecto de **EDELMIRO UL** a fin de que fuera la jurisdicción especial indígena -Resguardo Indígena de Jambaló- la encargada de adelantar la investigación correspondiente¹⁹, determinación que no repuso la funcionaria instructora el 2 de febrero siguiente²⁰.

¹⁴ Así se señala en una constancia secretarial del 2 de agosto de 2006. *Cfr.* folio 248 *ibidem*.

¹⁵ *Cfr.* folios 251-298 *ibidem*.

¹⁶ *Cfr.* folios 65-70 del cuaderno original 4.

¹⁷ Así se relata en resolución del 23 de octubre de 2008. *Cfr.* folio 187 *ibidem*.

¹⁸ *Cfr.* folios 43-44 *ibidem*.

¹⁹ *Cfr.* folios 124-130 *ibidem*.

²⁰ *Cfr.* folios 135-138 *ibidem*. Los acusados **CAMACHO RIAÑO** y **OSPINA NARVÁEZ** fueron condenados en cuerda procesal aparte por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santander de Quilichao el 9 de julio de 2008, a la pena de 18 años de prisión por el delito de homicidio agravado, decisión confirmada el 11 de junio de 2010 por el Tribunal Superior de Popayán, providencia ésta en la que se revocó la condena igualmente impartida contra JORGE ALBERTO NAVARRO DEVIA por el mentado reato y se ratificó la proferida en su contra en primera instancia por el de falso testimonio en cuantía de 4 años.

11. Como quiera que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia del 4 de julio del mismo año requirió al Estado colombiano para que cumpliera los compromisos adquiridos en la Convención Americana de Derechos Humanos y, en ese orden, investigara todos los posibles autores o partícipes de las conductas consumadas contra GERMÁN ESCUÉ ZAPATA, el 23 de octubre de 2008, la Fiscalía 21 Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario resolvió continuar, de manera oficiosa, la investigación en su fase previa²¹.

12. El 13 de enero de 2009, se ordenó la vinculación a través de indagatoria de JORGE ALBERTO NAVARRO DEVIA, **ROBERTO CAMACHO RIAÑO, EVERT OSPINA MARTÍNEZ, EDELMIRO UL VARGAS, FRANCISCO JAVIER BEDOYA AGUIRRE, MARCO TULIO CAÑAS TORRES, JHON ABADÍA DUQUE**, ATANAEL LÓPEZ, JHON JAIRO CARDONA RODRÍGUEZ, JULIO CÉSAR ARCE MONTOYA, JHON HAROLD VÉLEZ CASTAÑO, RAMÓN ALBERTO ÁLVAREZ, DORIAN DE JESÚS CORREA GONZÁLEZ, **RUBÉN DARÍO ARICAPA GARCÍA** y **OSCAR IVÁN ARIAS HERRERA** por los delitos de secuestro extorsivo agravado, tortura, hurto calificado y agravado y daño en bien ajeno, para lo cual se libraron las respectivas órdenes de captura. Igualmente, se compulsaron copias penales para investigar la posible comisión del delito de prevaricato por omisión en el trámite del proceso por el titular del Juzgado 34 de Instrucción Penal Militar²².

²¹ Cfr. folios 186-192 *ibidem*.

²² Cfr. folios 193-200 *ibidem*.

13. El 13 de abril de ese año se definió la situación jurídica de DORIAN DE JESÚS CORREA GONZÁLEZ y **OSCAR IVÁN ARIAS HERRERA** con medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario como presuntos coautores de los delitos de secuestro extorsivo agravado, homicidio agravado y hurto calificado y agravado²³. Del mismo modo dispuso «MANTENER vinculados al presente proceso a los imputados citados, por las presuntas conductas punibles de Tortura y Daño en bien ajeno agravado»²⁴.

14. De igual manera se procedió el 5 de mayo posterior respecto de **FRANCISCO JAVIER BEDOYA AGUIRRE**, JHON HAROLD VÉLEZ CASTAÑO y **MARCO TULIO CAÑAS TORRES**²⁵, el 7 de igual mes frente a **JHON ABADÍA DUQUE**, RAMÓN ALBERTO ÁLVAREZ BEDOYA y JHON JAIRO CARDONA RODRÍGUEZ²⁶ y el día siguiente en cuanto a JULIO CÉSAR ARCE MONTOYA, ATANAEL LÓPEZ y **RUBÉN DARÍO ARICAPA GARCÍA**²⁷.

15. En segunda instancia, el 27 de julio de 2009, la Fiscal 46 Delegada ante el Tribunal Superior de Popayán revocó la medida de aseguramiento respecto de DORIAN DE JESÚS CORREA GONZÁLEZ y RAMÓN ALBERTO ÁLVAREZ BEDOYA²⁸. Igualmente, el 7 de septiembre de esa anualidad el fiscal de primer nivel hizo lo propio, en relación con JHON JAIRO CARDONA RODRÍGUEZ, ATANAEL LÓPEZ y JHON HAROLD VÉLEZ

²³ Cfr. folios 71-92 del cuaderno original 5.

²⁴ Cfr. folio 92 *ibidem*.

²⁵ Cfr. folios 51-75 del cuaderno original 6.

²⁶ Cfr. folios 76-102 *ibidem*.

²⁷ Cfr. folios 103-131 *ibidem*.

²⁸ Cfr. folio 184-221 del cuaderno original 7.

CASTAÑO²⁹ y el 20 de octubre ulterior respecto de JULIO CÉSAR ARCE MONTOYA³⁰.

16. El 17 de septiembre³¹ y el 3 de noviembre de 2009³², respectivamente, se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva a **EVERT OSPINA MARTÍNEZ** y a **ROBERTO CAMACHO RIAÑO** por las mismas conductas punibles reseñadas atrás, salvo por la de homicidio agravado.

17. El 12 de enero de 2010 se declaró parcialmente cerrada la instrucción en relación con DORIAN DE JESÚS CORREA GONZÁLEZ, **OSCAR IVÁN ARIAS HERRERA**, **FRANCISCO JAVIER BEDOYA AGUIRRE**, JHON HAROLD VÉLEZ CASTAÑO, **MARCO TULIO CAÑAS TORRES**, JHON JAIRO CARDONA RODRÍGUEZ, RAMÓN ALBERTO ÁLVAREZ BEDOYA, **JHON ABADÍA DUQUE**, **RUBÉN DARÍO ARICAPA GARCÍA**, ATANAEL LÓPEZ, JULIO CÉSAR ARCE MONTOYA, **ROBERTO CAMACHO RIAÑO** y **EVERT OSPINA MARTÍNEZ**³³.

18. El 19 de ese mes, se resolvió la situación jurídica de **EDELMIRO UL VARGAS** con medida de aseguramiento de detención preventiva por iguales conductas que las endilgadas a los soldados³⁴.

19. El mérito del sumario se calificó con resolución mixta de acusación del 5 de abril de 2010 contra los imputados, **OSCAR IVÁN ARIAS HERRERA**, **FRANCISCO JAVIER**

²⁹ Cfr. folios 265-303 *ibidem*.

³⁰ Cfr. folios 122-162 del cuaderno original 8.

³¹ Cfr. folios 28-66 *ibidem*.

³² Cfr. folios 212-252 *ibidem*.

³³ Cfr. folios 86-87 del cuaderno original 9

³⁴ Cfr. folios 122-165 *ibidem*.

BEDOYA AGUIRRE, MARCO TULIO CAÑAS TORRES, JHON ABADÍA DUQUE, RUBÉN DARÍO ARICAPA GARCÍA, ROBERTO CAMACHO RIAÑO y EVERT OSPINA MARTÍNEZ, en calidad de presuntos coautores de los delitos de secuestro extorsivo agravado y tortura, tipificados en los artículos 268, 270.5 (o 270.2³⁵) y 279 del Decreto Ley 100 de 1980, conductas todas ellas que fueron catalogadas como de lesa humanidad.

En el mismo acto, se dispuso precluir a favor de **OSCAR IVÁN ARIAS HERRERA, JHON ABADÍA DUQUE, FRANCISCO JAVIER BEDOYA AGUIRRE, MARCO TULIO CAÑAS TORRES y RUBÉN DARÍO ARICAPA GARCÍA**, por la conducta de homicidio agravado.

Igualmente, se precluyó la investigación a favor de RAMÓN ALBERTO ÁLVAREZ BEDOYA, JULIO CÉSAR ARCE MONTOYA, ATANAEL LÓPEZ, JOHN JAIRO CARDONA RODRÍGUEZ y JHON HAROLD VÉLEZ CASTAÑO, por los injustos imputados (secuestro extorsivo agravado, tortura y homicidio agravado).

Se declaró, también, la prescripción de la acción penal frente a los punibles de hurto calificado y agravado y daño en bien ajeno agravado.

Finalmente, se ordenó la ruptura de la unidad procesal respecto de «los demás individuos que habrían participado en estas mismas presuntas ilicitudes: algunos vinculados al proceso, otros en trámite al respecto (...)»³⁶.

³⁵ Se precisa que en la parte motiva de la resolución de acusación se imputó la circunstancia 2ª del artículo 270 del Decreto Ley 100 de 1980, mientras que en la parte resolutive se imputó la causal 5ª.

³⁶ Cfr. folio 91-149 del cuaderno original 10.

20. El 29 del mes mencionado, al resolver una solicitud de aclaración invocada por la defensa de DORIAN DE JESÚS CORREA GONZÁLEZ, se precluyó la instrucción en su favor por todos los reatos por los que fue vinculado a la actuación³⁷.

21. En la misma actuación, el 12 de julio siguiente se declaró el cierre parcial de la instrucción respecto de **EDELMIRO UL VARGAS**³⁸.

22. Contra el pliego de cargos dictado contra los militares, los representantes de la sociedad y de la víctima y los defensores de **ROBERTO CAMACHO RIAÑO, DORIAN DE JESÚS CORREA GONZÁLEZ, FRANCISCO JAVIER BEDOYA AGUIRRE** y **OSCAR IVÁN ARIAS HERRERA** interpusieron recurso de apelación, pero el 28 de julio de esa anualidad la Fiscal Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá la confirmó, en su integridad³⁹.

23. El 30 de agosto de igual calenda se profirió resolución de acusación contra **UL VARGAS** por los injustos de secuestro extorsivo agravado, tortura y homicidio agravado, en calidad de coautor –delitos a los que se les atribuyó la categoría de lesa humanidad-, se precluyó la investigación por los delitos de hurto calificado y daño en bien ajeno agravado y se declaró la ruptura de la unidad procesal para

³⁷ Cfr. folios 12-15 del cuaderno original 11.

³⁸ Cfr. folio 70 *ibidem*.

³⁹ Cfr. folios 334-354 del cuaderno original 10.

continuar, por aparte, la investigación en contra de ALBERTO NAVARRO DEVIA⁴⁰.

24. Toda vez que **EDELMIRO UL** interpuso recurso de apelación pero no lo sustentó, el 1º de octubre de 2010 se declaró desierto⁴¹.

25. El 24 de noviembre del año señalado el Juzgado Tercero Primero Penal del Circuito Especializado de Popayán avocó el conocimiento del asunto⁴².

26. La audiencia preparatoria se celebró el 25 de febrero⁴³ y el 22 de marzo de 2011⁴⁴ y La vista pública de juzgamiento se llevó a cabo en tres sesiones (11 de julio⁴⁵ y 12 de julio⁴⁶ y 30 de agosto de idéntico año⁴⁷).

27. Mediante sentencia del 26 de abril de 2012, todos los acusados fueron absueltos de los cargos imputados, razón por la que se les concedió la libertad provisional⁴⁸.

28. Inconformes con el fallo de primera instancia, la Fiscalía y la parte civil interpusieron el recurso de apelación, pero fue confirmado el 5 de mayo de 2014 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán⁴⁹.

⁴⁰ Cfr. folios 113-157 del cuaderno original 11.

⁴¹ Cfr. folio 174 *ibidem*.

⁴² Cfr. folios 210-211 del cuaderno original 12.

⁴³ Cfr. folios 339-347 *ibidem*.

⁴⁴ Cfr. folios 1-2 del cuaderno original 13.

⁴⁵ Cfr. folios 247-249 del cuaderno original 14.

⁴⁶ Cfr. folios 250-253 *ibidem*.

⁴⁷ Cfr. folios 340-444 *ibidem*.

⁴⁸ Cfr. folios 462-499 del cuaderno original 15.

⁴⁹ Cfr. folios 22-96 del cuaderno del Tribunal.

29. Contra este proveído el apoderado de la parte civil, oportunamente, interpuso el recurso extraordinario de casación⁵⁰ y presentó la demanda correspondiente⁵¹, la cual fue admitida por la Corte el 4 de mayo del año en curso⁵².

30. El pasado 19 de junio el Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal rindió el concepto de rigor⁵³.

LA DEMANDA

Previa identificación de los sujetos procesales y la sentencia impugnada, sintetiza, en extenso, la cuestión fáctica y la actuación procesal y solicita la «invalidación o casación del fallo pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Sala Penal, (...) para que en su lugar se revoque la sentencia de primer grado y se condene a los procesados (...), como coautores de los delitos de secuestro extorsivo agravado y tortura.»⁵⁴

Igualmente, reclama hacer «las declaraciones impetradas en los respectivos cargos, esto en atención a que se cumpla la estructural función de unificar la jurisprudencia nacional, se provea a la realización del derecho objetivo y se materialice la posibilidad de defensa de los derechos fundamentales de las víctimas.»⁵⁵

Al amparo de la causal primera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000 postula dos cargos, de la manera como sigue:

⁵⁰ Cfr. folio 122 *ibidem*.

⁵¹ Cfr. folios 173-210 *ibidem*.

⁵² Cfr. folio 7 del cuaderno de la Corte.

⁵³ Cfr. folios 9-42 *ibidem*.

⁵⁴ Cfr. folio 186 del cuaderno del Tribunal.

⁵⁵ *Ibidem*.

Primero

Acusa la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho en el sentido de falso juicio de existencia, derivado de «1. El reconocimiento de un hecho carente de demostración, por suposición probatoria. 2. La ausencia de la construcción indiciaria pertinente.»⁵⁶

En cuanto al primer aspecto, señala que los juzgadores le dieron un valor de verdad a una afirmación de descargo de los acusados a la que no le corresponde ese mérito, debido a que tuvieron como cierta una supuesta prueba que no obra en la actuación y que sirvió de base para descartar el punible de secuestro.

Tras aludir al contenido normativo de los artículos 232 y 259 *ejusdem*, reprueba que la duda sobre la existencia del acta de incautación o entrega de material bélico presumiblemente encontrado en la vivienda de la víctima le haya bastado a los jueces de instancia para acreditar que el procedimiento de captura en flagrancia del indígena asesinado fue legal.

Sostiene, en este punto, que la imposibilidad material de aportar dicho documento implica la inexistencia de este medio probatorio, a voces del aludido canon 259, como fue reconocido por las instancias, lo cual significa que las armas no existen y que lo que motivó la retención de GERMÁN ESCUÉ fue la comisión del homicidio con ocasión de la lucha que

⁵⁶ *Ibidem*.

sostenía su familia por la recuperación de tierras y debido a que no encontraron en la vivienda al padre de la víctima – MARIO PASSU-, quien era el objetivo de la patrulla del Ejército y del informante -EDELMIRO UL-.

Si el documento no obra en el expediente, material o jurídicamente, en concepto del letrado, se trata de una negación indefinida, que no estaba obligada a probar la parte civil o el ente acusador por ser imposible.

Al respecto, destaca que la fiscalía agotó todos los esfuerzos para ubicar alguna prueba que diera cuenta de la efectiva entrega de las armas al Batallón San Mateo o de su destrucción –procedimiento regular para la incautación de material de guerra y explosivos-, sin resultado alguno y que los únicos que hicieron referencia al hallazgo de las mismas son los miembros del Ejército aquí investigados, por lo que eran ellos los llamados a probar su existencia.

Aduce que el secuestro extorsivo agravado se produjo con el ánimo de «obtener de él confesión referente a la supuesta condición de miembro del grupo Guerrillero Quintín Lame e Invasor de tierras»⁵⁷, luego de lo cual ejecutaron el homicidio, para cuyo ocultamiento los militares convinieron en afirmar que su muerte ocurrió en combate con la guerrilla.

Según el jurista, la tesis de la fiscalía y la parte civil según la cual en la residencia de ESCUÉ ZAPATA no había

⁵⁷ Cfr. folio 190 *ibidem*.

ninguna arma, se encuentra apoyada en los testimonios de sus familiares, presentes en dicho lugar al momento de los hechos.

A partir de la máxima «lo que no se ha probado dentro del proceso carece de existencia»⁵⁸ asevera que «no es posible darle al supuesto medio de prueba un valor de convicción. Ni le es posible al operador judicial tenerle como base para fundar un argumento dubitativo según el cual, se debe tener por cierto o existente el medio de prueba dentro del proceso como aplicación del principio del Derecho Penal de *In dubio Pro reo* (...) y mucho menos, hacerle producir efectos jurídicos en la sentencia, como posteriormente sucediera en el resultado de las dos sentencias»⁵⁹.

Así, tras citar un segmento del fallo de segunda instancia en el que el Tribunal, con fundamento en el beneficio de la duda, como lo hiciera el *a quo*, le da credibilidad al dicho según el cual en la vivienda del ofendido sí se encontraron armas porque existe el registro probatorio del extravío del expediente de la justicia penal militar en el que se habría incorporado la pieza procesal echada de menos, el censor se queja de que tal argumento haya servido para acreditar una captura en flagrancia y, por ende, que no ocurrió el secuestro extorsivo, vulnerando con esta postura el derecho al buen nombre y a la honra de la víctima.

Ahora, frente al segundo tópico, es decir, el relativo a la construcción inferencial, señala el casacionista que son múltiples los indicios en contra de los enjuiciados, omitidos

⁵⁸ Cfr. folio 191 *ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*.

por el *ad quem*, como los de oportunidad para delinquir y mala justificación y mentira, este último de naturaleza grave.

A efecto de demostrar el yerro, el demandante resalta que los acusados variaron sus declaraciones a lo largo de la actuación, pues, desde la justicia penal militar venían afirmando, conforme al acuerdo entre el teniente NAVARRO DEVIA y los cabos **CAMACHO** y **OSPINA**, que se produjo un intercambio de disparos con un grupo de la guerrilla –cita apartes de los testimonios de **MARCO TULIO CAÑAS TORRES**, **DORIAN DE JESÚS CORREA GONZÁLEZ**, **JORGE ALBERTO NAVARRO DEVIA**-, y, solo, en el 2006, a raíz de que algunos miembros del Ejército revelaran los términos de dicho acuerdo es que NAVARRO aceptó que le había mentado a la administración de justicia.

En criterio del libelista, el hecho indicador consiste en el ocultamiento de la ejecución extrajudicial por parte de los encartados desde la fecha de los hechos hasta el 2006, para hacer creer que la muerte de ESCUÉ ZAPATA fue el resultado de un combate y el hecho indicado corresponde a la responsabilidad penal de los implicados en los delitos endilgados.

Por su parte, la regla de la experiencia, según el actor, apunta a señalar que «quien ha cometido un delito y pretende evitar que lo descubran, tiende a ocultar cualquier vestigio o circunstancia delatora»⁶⁰.

⁶⁰ Cfr. folio 196 *ibidem*.

En punto del indicio de mala justificación, resalta que los inculcados incurrieron en muchas inconsistencias acerca del «tipo, clase o cantidad de las supuestas armas incautadas por los miembros del ejército nacional; tal como también difieren respecto a quien (sic) recibió dicho armamento incautado»⁶¹, por lo que, como hecho indicador se debe tener «la falta de correspondencia y las múltiples divergencias entre lo que exponen los procesados en sus declaraciones»⁶².

Para evidenciar el dislate, cita algunos segmentos de las declaraciones de **EVERT OSPINA MARTÍNEZ**, JORGE ALBERTO NAVARRO y **OSCAR IVÁN ARIAS HERRERA**, en los que, a la par que adujeron que la muerte del indígena se produjo en un combate, el primero dijo que al aprehendido se le encontró una granada de guerra, dos escopetas de calibre, uniformes camuflados y munición de guerra que fue entregada al Batallón San Mateo, pero que también se le entregó a la juez penal militar, el segundo que se halló una escopeta, munición calibre 7.62, munición para la escopeta y un uniforme camuflado del Ejército y el tercero que registraron por todas partes y el cabo **CAMACHO** encontró una escopeta.

Igualmente, resalta que el último militar mencionado en ampliación de indagatoria afirmó que al registrar la casa un soldado encontró una escopeta, otros unos cartuchos y el cabo **CAMACHO** una granada de fabricación ecuatoriana.

Estas incongruencias y las de otros vinculados al proceso respecto a los hechos y sus circunstancias, a juicio

⁶¹ *Ibidem.*

⁶² *Ibidem.*

del abogado, ponen en duda la veracidad de sus dichos acerca del supuesto armamento, dada «la intención de ocultar su participación en el delito y al mismo tiempo crear confusión al respecto.»⁶³

En cambio, dice, los familiares de GERMÁN ESCUÉ ZAPATA fueron enfáticos en señalar que en el operativo del Ejército no se encontraron armas ni ningún elemento de prohibida tenencia, sino solamente una cosecha de frijol que estaba allí amontonada (ALDEMAR ESCUÉ ZAPATA, OMAIRA ESCUÉ COICUÉ), lo que conduce a tener como indicio, la inexistencia de armamento o material de guerra en la vivienda del obitado.

Concluye que los juzgadores omitieron «las inferencias a que hicimos referencia en los anteriores indicios, que por no haber sido construidos dentro del proceso por el juzgador, constituyen un error por falso juicio de existencia (...)»⁶⁴, las cuales habrían servido para cambiar el sentido del fallo atacado.

Solicita casar el proveído impugnado para, en su lugar, dictar otro en el que se condene a los procesados por el delito de secuestro extorsivo agravado.

Segundo

Denuncia la infracción indirecta de la ley sustancial por error de hecho en la modalidad de falso raciocinio, derivado de desestimar la comisión del punible de tortura, no obstante

⁶³ Cfr. folio 198 *ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*.

que los testimonios obrantes en la actuación acreditan que la víctima fue torturada física y psicológicamente durante los hechos que rodearon su secuestro y muerte.

En sentir del recurrente se violentaron las reglas de la sana crítica, específicamente, los postulados de la lógica y las máximas de la experiencia.

Explica que, de un lado, se incurrió en una falacia lógica frente a la definición de tortura y, de otro, se valoraron inadecuadamente las señales físicas de tortura en el cuerpo del occiso.

En cuanto al primer tópico, luego de recordar que, tal como lo destacó el Tribunal, para la época de los hechos, el tipo penal de tortura incluía la expresión “graves” –declarada inconstitucional mediante sentencia C-148 de 2005-, crítica a la colegiatura por estimar que «(...) las pruebas recaudadas no son concluyentes, en cuanto que se haya aplicado sobre el mencionado individuo “Métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental”, sino algunos golpes como el “culetazo” o “golpe con la mano”, que refieren los soldados cuya exposición se trajo a colación en la sustentación de la decisión, que no trascendieron como parte de un método, que se encontrara encaminado a los fines puestos de presente.⁶⁵» (subrayas del demandante)⁶⁶.

⁶⁵ Sentencia de segunda instancia. Rad: 2010-00017-00 Tribunal Superior de Popayán, Sala Penal. Mayo 5 de 2014. Pág. 68.

⁶⁶ Cfr. folio 200 del cuaderno del Tribunal.

Asevera el libelista que tal aseveración es sofisticada y constituye una falacia reductiva porque minimiza «la trascendencia de los maltratos infringidos (sic) a Germán Escué»⁶⁷.

Sobre el particular, relieves que tanto los testimonios de algunos de los soldados como de los familiares del agredido informaron sobre los maltratos a los que fue sometido ESCUÉ ZAPATA. Incluso, un vecino del sector –GREGORIO SECUÉ- hizo referencia a las señales en el cadáver de haber sido torturado («se veía torturado por las manos, como de haber estado amarrado y se veía el cuerpo golpeado»⁶⁸⁶⁹).

Previa transcripción de algunos apartes de los testimonios de ALDEMAR ESCUÉ ZAPATA, OMAIRA ESCUÉ (hermano y cuñada de la víctima, en su orden) en los que se refiere la forma como GERMÁN fue ultrajado por los miembros del Ejército (patadas, golpes con las armas, conducción amarrado y “*pelado*”), descalifica la valoración que se le imprimió a la declaración de VICTORINO MESTIZO –Inspector de policía de la vereda Loma Redonda que practicó el levantamiento del cadáver- según la cual la víctima no tenía señales de violencia o tortura, pues es el mismo testigo quien en un primer momento de su deposición dijo no recordar sobre el particular, dado el paso del tiempo.

El libelista acusa al juez plural de incurrir en una falacia reductiva al afirmar que el abundante material

⁶⁷ Cfr. folio 201 *ibidem*.

⁶⁸ Declaración visible a Folios 120 a 121 del Cuaderno No 1.

⁶⁹ Cfr. folio 201 *ibidem*.

probatorio no es concluyente para determinar la materialidad del injusto de tortura.

En criterio del censor a partir del dicho del referido deponente no se puede predicar certeza, máxime cuando contrario a lo estimado por la magistratura, no es la persona idónea para dar cuenta de las señales de tortura pues se contradijo al indicar en un primer momento -24 de junio de 1999- que le habían pegado unos tiros pero no recuerda el lugar del cuerpo, luego -13 de diciembre de 2002- que no recordaba las señales de violencia por haber ocurrido mucho tiempo atrás y, finalmente –en la última declaración-, que el cuerpo del occiso no presentaba signos tales o tortura.

Así mismo, aduce, el testigo fue inconsistente cuando al final averó que despojó al cadáver de la ropa para revisar las heridas, pero previamente había dicho que no recordaba ni la cantidad, ni la ubicación de las mismas, lo cual no es creíble si se considera que ellas se causaron con disparos de fusil tipo Galil 5.56 y suelen ser ostensibles dado el gran daño y destrucción en los tejidos.

Igualmente, resulta sospechoso para el actor que en la versión del 13 de diciembre de 2002 negara haber declarado antes y que no haya reconocido la firma impuesta en el documento respectivo y que solo al leerle su contenido hubiera dicho que estaba viendo mal y sí era su rúbrica, así como que recordara que sí había dicho lo ahí consignado.

Acusa, igualmente, al fallador de segundo grado, por violar las máximas de la experiencia al afirmar que el nombrado inspector de policía no puede calificarse como una persona profana en la materia al haber desempeñado ese cargo por 8 años que le daba la experiencia suficiente para emitir un concepto calificado, pues, «apenas cuenta con escolarización de segundo grado de primaria, así como él mismo lo señalara, su profesión principal es la de agricultor y esporádicamente debía realizar un levantamiento de cadáver por muerte violenta.»⁷⁰⁷¹

De este modo, es de la idea que se debe aplicar la regla de la experiencia según la cual «una persona que no realiza frecuentemente diligencias de levantamiento por muerte violenta, ni cuenta con el grado de escolarización necesario para emitir conceptos, que precisan de conocimientos especializados en la materia; ineludiblemente debe ser calificada como una persona profana en la materia –contrario a lo que refiere el tribunal superior de Popayán- para emitir un concepto al respecto.»⁷²

Solicita casar el fallo recurrido y dictar uno nuevo en el que se condene a los enjuiciados por el reato de tortura.

En un acápite que intitula «Consideraciones finales»⁷³ destaca que el caso del indígena ESCUÉ ZAPATA fue llevado por los familiares de la víctima a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, oportunidad en la que se condenó al Estado colombiano por su ejecución extrajudicial y la violación de los derechos a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal, consagrados en los artículos 4, 5.1,

⁷⁰ Declaración del Señor VICTORINO MESTIZO, cuaderno No. 1, Folio 150.

⁷¹ Cfr. folio 205 del cuaderno del Tribunal.

⁷² *Ibidem.*

⁷³ Cfr. folio 206 *ibidem.*

5.2, 7.1 y 7.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como a las garantías judiciales y protección judicial reguladas en los cánones 8.1 y 25 *ejusdem*.

También, precisa que el fenómeno de la prescripción se vio interrumpido porque se trata de graves violaciones a los derechos humanos que se tornan imprescriptibles o que implican que el término respectivo se empiece a contar desde el fallo de la Corte Interamericana y su notificación a las partes.

Cuestiona a los juzgadores por no valorar la prueba testimonial y documental que indica que la víctima era un líder indígena y considerar, de manera sofisticada, por esa razón y porque no estaría acreditado un ataque generalizado y sistemático contra la comunidad indígena del departamento del Cauca, que este asunto no corresponde a un crimen de lesa humanidad.

En contrario, afirma, no solo está probado el delito de tortura sino que en el paginario obra copia del acta de posesión de GERMÁN ESCUÉ ZAPATA como gobernador suplente de la localidad de Vitoyó del cabildo de Jambaló y de los testimonios de AYENDER y ALDEMAR ESCUÉ en los que dan cuenta de tal calidad y cómo desde ese cargo trabajó con la comunidad para solucionar problemas de salud, educación y cotidianos, al punto que la tienda comunitaria, que fue su proyecto, lleva actualmente su nombre.

Estima igualmente configurado el punible de concierto para delinquir como consecuencia de la forma en que se organizó el Ejército para hurtar dicha tienda y secuestrar, torturar y asesinar a GERMÁN ESCUÉ y para mentir respecto de lo sucedido e impedir la acción de la justicia.

Para cerrar, el censor acusa de nefasto el propósito del *a quo* al desacreditar a la parte civil y a los familiares de la víctima desde la tesis de las falsas víctimas de la masacre de Mapiripán, pues afecta su derecho a la honra y al buen nombre.

A efecto de responder a tal crítica, el jurista cita la declaración de MARIELA CONTRERAS CRUZ, quien se vio envuelta en el aludido escándalo y aclara que nunca fue guiada por el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo para que mintiera sobre su condición de afectada.

ALEGATOS DE LOS SUJETOS NO RECURRENTE

1. Defensores de MARCO TULIO CAÑAS TORRES, FRANCISCO JAVIER BEDOYA AGUIRRE, JHON ABADÍA DUQUE y RUBÉN DARÍO ARICAPA GARCÍA

Frente al primer cargo, invocado por la ruta del falso juicio de existencia por suposición, destacan que la sentencia acusada reconoce que en el expediente no obra el acta de incautación y entrega de tales elementos a la autoridad competente, pero, como lo señaló el juez de primer nivel, existe el registro probatorio del extravío del expediente en el

que se había incorporado esa pieza procesal, razón por la que, aplicando el beneficio de la duda y con fundamento en el testimonio de tres soldados –no los identifica- se confirió mérito al dicho según el cual en la vivienda de la víctima sí se encontraron armas, cuestión que posibilitaba su captura en flagrancia, al tenor del artículo 40 del Decreto 180 de 1988 y descartaba la comisión del delito de secuestro extorsivo.

De igual manera, aseveran que se deben tener en cuenta las declaraciones de **EVERT OSPINA MARTÍNEZ**, JORGE ALBERTO NAVARRO DEVIA, **OSCAR IVÁN ARIAS HERRERA** y **ROBERTO CAMACHO RIAÑO** –de las cuales transcribe algunos apartes-, quienes dan cuenta del hallazgo del material de guerra, consistente en cartuchos, uniformes camuflados, escopeta y granada de fabricación ecuatoriana.

En ese orden, son de la idea que no se configura el error sobre la existencia de la prueba en la sentencia objeto del recurso.

En cuanto a la falta de construcción del indicio de mentira considera que las aseveraciones falsas realizadas por determinación de los comandantes estaban dirigidas a ocultar a los verdaderos autores del homicidio, pero no involucra a todos los procesados, además que el censor no especificó cuál sería el hecho indicado, a partir del hecho indicador consistente en las manifestaciones mentirosas de los soldados.

En punto del delito de tortura –segundo cargo- señalan que «no existe dentro del expediente prueba científica de medicina legal que indique que el occiso fuese torturado»⁷⁴ y, al contrario, VICTORINO MESTIZO –Inspector de Policía- informó que, al hacer el levantamiento del cadáver, este lucía su vestimenta completa y no tenía signos de tortura o maltrato (transcribe algunos fragmentos).

En consecuencia, piden no casar la sentencia impugnada.

2. Defensa de EDELMIRO UL VARGAS

Solicita a la Corte abstenerse de admitir la demanda, por sus protuberantes yerros de técnica y asemejarse a un alegato de instancia y, de ser el caso, no casar la sentencia impugnada.

Pregona la falta de seriedad de los cargos, evidenciada, inicialmente, en la tergiversación de los presupuestos probatorios del fallo demandado, cuando señala que el Tribunal tuvo por existente un documento: el acta de incautación de las armas, siendo que, en realidad, la providencia atinó al aplicar el principio *in dubio pro reo*, acerca del móvil que llevó a la aprehensión de la víctima, «rescatando elementos que daban cuenta de que previo a la reconstrucción del expediente perdido, en éste se acopió testimonio documental que daba fe de la predicha incautación»⁷⁵.

⁷⁴ Cfr. folio 239 *ibidem*.

⁷⁵ Cfr. folio 246 *ibidem*.

Igualmente, reprueba que el censor no haya establecido la consecuencia de que los procesados faltaran a la verdad, siguiendo las órdenes de sus superiores, sobre las circunstancias de tiempo modo y lugar en que ocurrió la muerte de ESCUÉ ZAPATA y que incurriera en el yerro de asumir, sin sopesar los medios de prueba valorados por la colegiatura, que todos los acusados son responsables de los reatos endilgados, máxime cuando su representado no faltó inicialmente a la verdad, toda vez que siempre declaró de la misma manera.

Además, los militares no solo esclarecieron y justificaron su primera postura sino que fueron coherentes al clarificar que los hechos fueron producto de la propia convicción reprochable del cabo **CAMACHO**.

En punto de la segunda censura crítica al libelista por no señalar las normas transgredidas, ni concretar en qué consistió el falso raciocinio pregonado.

Destaca que las deducciones del *ad quem* parten de los elementos suasorios incorporados a la actuación, «mediando un lógico ejercicio de apreciación de cada uno de [ellos], hasta concluir en una valoración ajustada a las reglas de la sana crítica; sin que el censor establezca de qué manera éstas fueron soslayadas a través del fallo censurado.»⁷⁶

Agrega que la tesis del demandante acerca del testimonio de VICTORINO MESTIZO, riñe con el tipo de ataque

⁷⁶ Cfr. folio 249 *ibidem*.

propuesto, pues, más se parece a un falso juicio de identidad o a un falso juicio de convicción.

Aunque el recurrente afirma que dicho testigo incurrió en hondas contradicciones, lo cierto es que él «siempre fue coherente en sostener que debido al decurso del tiempo, no recordaba el sitio de los impactos de proyectiles de arma de fuego –fusil. Que presentaba el cuerpo del occiso, mas jamás admitió que el cadáver presentara signos de tortura, motivo por el cual, en el acta de levantamiento, no consignó dichas evidencias.»⁷⁷

3. Ministerio Público

La Procuradora 156 Judicial II Penal es del criterio que la demanda de la parte civil es idónea para ser aceptada, pues «cumple rigurosamente los requerimientos técnico-jurídicos estructurados jurisprudencialmente para el recurso de casación»⁷⁸.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal solicita no casar la sentencia acusada.

Para el efecto, en cuanto se refiere al **primer cargo**, previa alusión al artículo 29 Superior, al proceso de constitucionalización del derecho penal (CC C-936 de 2010), a la técnica que informa la demostración del falso juicio de existencia (CSJ AP, 16 jun. 2006, rad. 23.395) y al principio *in dubio pro reo* (artículo 7 de la Ley 600 de 2000 y CSJ SP, 2 jul. 2014, rad. 34.131)

⁷⁷ Cfr. folio 250 *ibidem*.

⁷⁸ Cfr. folio 253 *ibidem*.

parte por destacar que la decisión objeto de censura sostuvo que aunque no figura en la actuación acta de incautación y entrega de elementos ante la autoridad competente, existe registro probatorio del extravío del expediente en el que constaba el acta de incautación de los elementos bélicos, por lo que se aplicó el principio de la duda a favor de los procesados.

Luego de reseñar que los únicos que estuvieron presentes en el lugar de los hechos fueron BERTHA ESCUÉ COICUÉ, compañera sentimental del occiso; ETELVINA ZAPATA, madre del occiso; ALDEMAR ESCUÉ ZAPATA, hermano y OMAIRA ESCUÉ COICUE, esposa de este último, asevera que «en ningún caso afirman o desmienten del hallazgo o no del material bélico, la compañera de la víctima señaló que se quedó asustada adentro de la pieza, la madre se quedó escondida detrás de la puerta de la cocina, y el hermano estaba convaleciente de una cirugía y fue objeto de empujones y Omaira se quedó en la habitación, pero en nada advirtieron sobre la no existencia de los elementos que decían buscar los miembros de la fuerza pública»⁷⁹.

Así también, resalta que los militares involucrados en las investigaciones (**EVERT OSPINA MARTÍNEZ**, JORGE ALBERTO NAVARRO DEVIA, **MARCO TULIO CAÑAS TORRES**, IDELBRAN CASTRO QUINTERO, **OSCAR IVÁN ARIAS HERRERA**, **ROBERTO CAMACHO RIAÑO**) dan cuenta de la incautación del material bélico al relatar, al detalle, cómo el día de los hechos se aproximaron a la vivienda de GERMÁN ESCUÉ y tras ingresar al inmueble hallaron una granada en el cielo raso de la vivienda, un cinturón con cartuchos, una escopeta, motivo por el cual lo detuvieron.

⁷⁹ Cfr. folio 22 del cuaderno de la Corte.

Para el Delegado, entonces, no existe duda de que en la vivienda de la víctima existieron las referidas armas que dieron lugar a su captura, «[s]ituación que se compadece con la anotación que aparece en el acta de visita al Juzgado 34⁸⁰ Penal Militar dando cuenta entre otras cosas se anota: “existió acta de entrega en depósito del armamento retenido Nro. 0054 registrada al folio 70”»⁸¹.

En ese orden, es del criterio que la actuación de los uniformados estuvo amparada por el Decreto 180 de 1988 vigente en la época, y que el maltrato físico causado al agredido por parte del cabo **ROBERTO CAMACHO RIAÑO** «obedece a actuaciones propias del soldado que en nada involucran la responsabilidad de los demás soldados que conformaban el grupo que realizó el operativo»⁸², tanto que resultó condenado junto con **EVERT OSPINA MARTÍNEZ** por el reato de homicidio agravado.

Además, dice, ningún testigo advierte que se haya hecho exigencia alguna por la libertad del detenido o que las patadas y culatazos hayan provenido del grupo de soldados o que se hayan concertado para secuestrar al indígena e infligirle sufrimientos pues, sólo señalan a **ROBERTO CAMACHO RIAÑO** como la persona que originó los improprios al detenido.

Como quiera que, a la luz del artículo 268 del Decreto 100 de 1980, para que se configure el delito de secuestro se debe agotar el verbo rector de arrebatarse, sustraer, retener u

⁸⁰ Cuaderno original 1, folio 75

⁸¹ Cfr. folio 23 del cuaderno de la Corte.

⁸² *Ibidem*.

ocultar y perfeccionar el ingrediente normativo del propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, opina que como GERMAN ESCUÉ fue capturado en situación de flagrancia y no hubo alguna exigencia por parte de los miembros de la fuerza pública y existe condena por el punible de homicidio, «las actuaciones de los soldados fueron dirigidas a consumir la captura en flagrancia del indígena y un soldado, cabo Camacho Riaño, es quien ideó y materializó el acto homicida siendo secundado (...) [por] Evert Ospina»⁸³.

Aduce igualmente, que no se aportaron elementos de juicio que permitan mínimamente inferir la calidad de líder indígena de GERMÁN, sobre todo porque contaba con 18 años de edad y lo alegado fue la actividad desplegada por su padre MARIO PASSU en la recuperación de tierras, a favor de la comunidad indígena, pero no se precisa cuál era el liderazgo asumido por el cabildante asesinado, no se demuestra dicha situación y menos aún que el homicidio haya sido originado por esta posible causa.

Enseguida, tras citar jurisprudencia (CSJ SP, 30 mar. 2006, rad. 24.468, CSJ SP 26 oct. 2000, rad. 15.610 y CSJ AP, 16 sep. 2009, rad. 30.935) y doctrina nacional⁸⁴ en torno a la prueba inferencial, afirma, en punto del indicio de mentira -derivado de que los soldados inicialmente sostuvieran que la muerte de GERMÁN acaeció en combate y después de 18 años variaran su atestación para decir que fueron instruidos por el teniente JORGE ALBERTO y el Cabo CAMACHO para que dijeran lo por

⁸³ Cfr. folio 26 *ibidem*.

⁸⁴ Parra Quijano, Jairo. Algunos Apuntes de la Prueba Indiciaria. (No precisa la edición).

ellos sostenido, hasta que el soldado MARCO TULIO CAÑAS TORRES decidió contar la verdad-, que no le asiste razón al memorialista, por cuanto dicho aleccionamiento en nada compromete a los procesados, teniendo en cuenta la condena que por el delito de homicidio ya se impartió en contra de los comandantes del operativo, ya que aunque el demandante cita algunas posibles contradicciones «en nada demuestra que haya un acuerdo macabro entre el grupo de soldados que realizaron el operativo e incautaron el material bélico, con el teniente y los cabos que asumieron la responsabilidad del operativo militar, está analizado y así se advirtió en el proceso ante la justicia ordinaria que condenó a los cabos en mención como autores del homicidio, pero en nada se evidencia si quiera con prueba indiciaria que los hoy procesados tuvieron que ver en la planeación y ejecución del acto criminal deplorable a todas luces del secuestro y menos aún de la tortura»⁸⁵.

A juicio del Procurador, las declaraciones citadas por el casacionista no distan las unas de las otras, pues pese a que varía el orden, «los procesados fueron concretos en señalar que se incautó una granada tipo ecuatoriana, pero en nada se dijo que se desconociera respecto del suceso muerte del indígena»⁸⁶; las divergencias se presentaron en las versiones sobre su forma de muerte, pero estas «[c]ontradicciones que no son suficientes para tenerse como indicio de mentira y hacer a los aquí procesados como de habitual comportamiento infringir la norma, cuando quiera que de las deponencias se extrae además del aleccionamiento y la obediencia a la orden militar, esta ocurrió después de que el cabo Camacho haya dado muerte al indígena, no existe la mínima inferencia como lo invoca el casacionista que hubo concertación previa por el grupo de soldados que participaron del operativo para asesinar al capturado, no hay mención dentro del proceso de tal acertijo.»⁸⁷

⁸⁵ Cfr. folio 29 del cuaderno de la Corte.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*.

En cuanto a la disparidad de los testigos en señalar la cantidad de armas incautadas y a la autoridad ante la cual las dejaron a disposición, resalta que quien estuvo a cargo del operativo, entró a la vivienda, realizó el registro de la misma, revisó el cielo raso y se llevó en calidad de detenido a GERMAN ESCUÉ, fue el cabo **CAMACHO** pues los otros soldados estuvieron a las afueras prestando guardia y vigilancia y la oscuridad de la noche no les permitió identificar y observar, minuciosamente, lo sucedido, por lo que no existe prueba del acuerdo común entre los demás miembros que formaban la tropa, por lo que procede la confirmación de la absolución por duda.

A su modo de ver, la mentira en punto de la forma como se produjo el deceso de GERMÁN ESCUÉ, no permite inferir un comportamiento habitual falaz de los involucrados que comprometa su responsabilidad en el secuestro y tortura, ya que los medios de convicción indican que los soldados fueron determinados por sus superiores al día siguiente de los hechos para ocultar la realidad de lo sucedido.

Sobre el **segundo cargo**, luego de aludir al principio de legalidad y al concepto de prueba testimonial, con apoyo en jurisprudencia de la Corte (CSJ SP, 1 jul. 2009, rad. 26.869, CSJ SP, 31 oct. 2012, rad. 35.159), destaca que los sucesos objeto de investigación ocurrieron en febrero de 1988, en vigencia del artículo 279 del Decreto 100 de 1980 -con las precisiones de la sentencia C-587/92-.

Previa transcripción de algunos fragmentos de los testimonios de ALDEMAR ESCUÉ, GREGORIO ESCUÉ, OMAIRA ESCUÉ COICUE y VICTORINO MESTIZO MARTÍNEZ estima que no le asiste razón al demandante porque la referida disposición indicaba que la tortura era punible siempre que el hecho no constituyera delito sancionado con pena mayor y, en este caso, obra copia de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santander de Quilichao que condenó a **ROBERTO CAMACHO RIAÑO** y **EVERT OSPINA MARTÍNEZ** como coautores del delito de homicidio agravado agotado en la humanidad de GERMÁN ESCUÉ y a JORGE ALBERTO NAVARRO DEVÍA como autor del reato de falso testimonio.

Por ende, de configurarse el reato de tortura, éste «queda subsumid[o] en el homicidio y no habrá lugar a sancionar el delito de menor pena cometido por los mismos autores, por encontrarnos ante un concurso aparente de tipos penales, solucionable por el criterio de subsidiariedad.»⁸⁸

Igualmente, en gracia de discusión, considera que no es aplicable la Convención contra la tortura debido a que la descripción típica es más compleja «por cuanto exige, por ejemplo, la gravedad de los dolores o sufrimientos y un ingrediente subjetivo de obtener información o confesión, castigarla, de intimidar o coaccionar, lo cual significa que esa descripción menos se ajustaría al cargo debatido (...)»⁸⁹.

En criterio del Delegado, el acervo probatorio no permite deducir ni tímidamente la tortura, pues los malos tratos, narrados por ALDEMAR ESCUÉ, BERTHA COICUE y OMAIRA

⁸⁸ Cfr. folio 39 *ibidem*.

⁸⁹ Cfr. folio 40 *ibidem*.

COICUE, no son suficientes para agotar el verbo rector, como quiera que se requiere causar tortura física o psíquica a una persona y obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya omitido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona, o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación y, en el asunto bajo examen, no se indica que los procesados fueran los que infligieron los golpes con el pie y con el arma de dotación y, en el caso de CAMACHO esta conducta fue subsumida en el delito que comporta pena mayor, es decir, la del homicidio.

Finalmente, en cuanto se refiere a **EDELMIRO UL** concluye que dentro de la foliatura no se estableció que

haya sido quien dirigió el pelotón del ejército a la casa de habitación de Germán Escué, haya ideado los actos criminales por los cuales se pretende que sea condenado por cuanto sólo los testigos de cargos mencionan que suponen que allí estuvo Edelmiro porque en pasadas ocasiones habían disgustos con el padre de Germán, Mario Passu por ocupación de tierras, pero en ningún caso se lo individualizó y menos se identificó como posible autor o en ninguna calidad que haya actuado para cegar la vida del cabildante, en consecuencia no existe mínima prueba que permita abordar el estudio y análisis acerca de la posible responsabilidad del ciudadano en mención.⁹⁰

Corolario de lo anterior solicita no casar el fallo impugnado y mantener incólume el fallo absolutorio.

CONSIDERACIONES

1. Cuestiones previas.

⁹⁰ Cfr. folios 41-42 *ibidem*.

1.1. Para empezar, es relevante significar que, pese a las acertadas críticas de los defensores de **MARCO TULIO CAÑAS TORRES, FRANCISCO JAVIER BEDOYA AGUIRRE, JHON ABADÍA DUQUE** y **RUBÉN DARÍO ARICAPA GARCÍA**, acerca de los defectos lógico argumentativos que exhibía la demanda, una vez realizado el estudio de admisión y superados los mismos, que lo fue con el estricto propósito de verificar la legalidad del fallo impugnado, de cara a la materialidad de las conductas punibles endilgadas y la responsabilidad que eventualmente les pudiera caber a los procesados, atendiendo los supuestos yerros de naturaleza indirecta invocados y, establecer si el derecho material se efectivizó en el caso concreto, no hay lugar a descalificar el libelo en razón de los aspectos técnico formales que rigen la casación y que no fueron atendidos por el libelista.

1.2. De la misma manera, antes de examinar los cargos, se impone verificar si, como de forma vedada lo dan a entender los juzgadores, habría operado, en el caso concreto, el fenómeno jurídico de la prescripción respecto de los delitos de tortura, secuestro extorsivo, y homicidio, los dos últimos agravados, o si como lo asevera el representante de la parte civil, al cierre de su demanda, aquel no ha sobrevenido por tratarse de hechos que se adecuan a la categoría de lesa humanidad.

Al respecto, lo primero a puntualizar es que, si a los términos comunes de prescripción se atuviera la Corte, es

manifiesto que la acción penal respecto de ambos punibles habría prescrito, incluso, desde la fase instructiva.

En efecto, según lo prevén los artículos 83 y 86 del Código Penal vigente (al igual que los cánones 80 y 84 del Decreto Ley 100 de 1980), la acción penal prescribe en el mismo término que el máximo punitivo establecido para cada delito y como mínimo en cinco (5) años durante la instrucción, salvo que se haya calificado el mérito del sumario con resolución de acusación, pues a partir del momento en que esta cobra ejecutoria, se interrumpe el término prescriptivo y corre otro, por la mitad del inicial, el cual en todo caso, tampoco puede ser inferior a cinco (5) años.

Del mismo modo, entratándose de servidores públicos, el referido precepto 83 del Estatuto Punitivo de 2000 –sin la modificación del artículo 14 de la Ley 1474 de 2011- y el 82 del compendio sustantivo anterior, prevén un incremento de la tercera parte en el término prescriptivo, de tal suerte, que tal período nunca podrá ser inferior a seis (6) años ocho (8) meses, tanto en la instrucción como en el juzgamiento.

En este punto, se hace necesario reiterar el criterio que la Corte, en los últimos tiempos, ha venido sosteniendo acerca de la forma de contabilización del término de prescripción, cuando quiera que en las fases de instrucción y juzgamiento el máximo punitivo es superior al límite de veinte (20) y diez (10) años, respectivamente, y el acusado es servidor público (CSJ SP7135-2014):

(...) la Corte además quiere resaltar que los términos de prescripción de la potestad punitiva del Estado en este asunto, son diferentes a los de la prescripción ordinaria, no sólo por tratarse de una conducta delictiva gravemente atentatoria contra los derechos humanos, sino porque en su ejecución participaron miembros de la fuerza pública, circunstancia que impone el incremento en dicho término de conformidad con lo indicado en el inciso 6° del artículo 83 del Código Penal, ampliación que también se encontraba prevista en el artículo 82 del Código Penal de 1980, vigente para la época de comisión de los hechos, en una proporción de la tercera parte, sin que pudiera superar el término máximo fijado en el derogado artículo 80, el cual era de 20 años, regla que también establece el artículo 83 de la Ley 599 de 2000.

Así lo indicó esta Corporación en reciente decisión, precisando que la proporción de aumento de la tercera parte que establece el artículo 83 de la norma penal sustancial, no sólo se aplica al mínimo, sino, una vez interrumpido el término de prescripción de acuerdo con el artículo 86, también se aplica al máximo de 10 años al que se refiere este último precepto. A dicha conclusión llegó la Sala luego de explorar los motivos que años atrás se habían acogido para aumentar el término mínimo de prescripción de la acción penal al servidor público que cometa delito. Veamos:

“Esta postura⁹¹, no obstante, fue variada por la Corte a partir del fallo del 25 de agosto de 2004, en el cual sostuvo que el tope mínimo para calcular la prescripción de la acción penal en comportamientos cometidos por servidores públicos con ocasión del cargo no podía ser inferior a los seis (6) años y ocho (8) meses, es decir, a los cinco (5) años del inciso 2° del artículo 86 del Código Penal aumentados en una tercera parte en virtud del incremento que para esta clase de situaciones preveía el artículo 83 del Código Penal.

(...)

En el fallo del 25 de agosto de 2004, la Corte guardó silencio acerca de cómo debía interpretarse el tope máximo de diez (10) años de que trata el inciso 2° del artículo 86 de la Ley 600 de 2000. Sin embargo, del estudio de la providencia, la Sala encuentra que las mismas razones que justificaron el aumento del mínimo de los cinco (5) años a seis (6) años y ocho (8) meses en esa clase de comportamientos también sirven para el incremento del máximo de diez (10) años, ya sea a trece (13) años cuatro (4) meses o a quince (15) años”⁹².

⁹¹ Aquí se cita la sentencia del 27 de septiembre de 2002, radicación 15311 en la que se dijo que la prescripción fijada en el artículo 86, no estaba supeditada a los incrementos fijados en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000.

⁹² Casación 39611 del 21 de octubre de 2013

Es así que el incremento del término prescriptivo de la acción penal respecto de punibles cometidos por servidores públicos en ejercicio de su cargo o con ocasión del mismo, tiene su razón de ser en el mayor reproche social que merece la ilicitud de un funcionario estatal, de quien se espera un mayor compromiso con el orden jurídico en lugar del indebido aprovechamiento de la posición oficial que le ha sido confiada. Y como quiera que el infractor público puede hacer uso de su poder para evadir la acción de la justicia, al tiempo que la sociedad reclama con pleno vigor la sanción a esta clase de infracciones a la ley penal, se justifica otorgarle al aparato represor un plazo más amplio para la investigación y juzgamiento de tal tipo de conductas cometidas por agentes del Estado, pues la impunidad de las mismas genera severa inconformidad y desconfianza de los ciudadanos frente al sistema judicial.

Así lo consideró el legislador del año 2000, al aprobar el nuevo Código Penal, Ley 599, acogiendo plenamente lo expuesto por la Corte Constitucional en su sentencia C 395 de 1995⁹³,

*“La diferencia en el quantum de la pena, bien que se trate de un sujeto activo simple o de uno cualificado por su condición de empleado oficial, obedece, entre otras razones, a que el delito cometido por persona indeterminada reviste la misma gravedad y produce los mismos efectos independientemente de quien lo cometa. **El delito perpetrado por un empleado público en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos, en cambio, además de vulnerar determinados bienes jurídicos tutelados, lesiona los valores de la credibilidad y de la confianza públicas, lo cual justifica que la pena a imponer sea mayor.** La mayor punibilidad para los delitos cometidos por servidores públicos -reflejada en las causales genéricas o específicas de agravación- responde a la necesidad de proteger más eficazmente a la sociedad del efecto corrosivo y demoleedor que la delincuencia oficial tiene sobre la legitimidad de las instituciones públicas.*

*Como ha quedado expuesto anteriormente, **la diferencia de trato entre empleados oficiales y particulares, en materia de prescripción de la acción penal, se justifica por la existencia de la potestad estatal para fijar la política criminal frente a determinados delitos, según su gravedad, complejidad, consecuencias y dificultades probatorias, sin que sea posible afirmar la vulneración del derecho a la igualdad**”⁹⁴.*

Como se observa, fue voluntad del legislador otorgar un trato diferenciado a los términos de prescripción de la acción penal para el servidor público y para el particular y por ese motivo, en esta oportunidad reitera la Sala que el aumento de la tercera parte, al que se

⁹³ En esa sentencia se resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 82 del Decreto Ley 100 de 1980.

⁹⁴ Gaceta del Congreso N. 280 del viernes 20 de noviembre de 1998. Pag. 23

refiere el inciso 6° del artículo 83 de la Ley 599, y antes, el artículo 82 del Código Penal de 1980, también debe aplicarse al máximo indicado para la fase del juicio, razón por la que el término de prescripción en esta etapa del proceso para el servidor público que cometa delito, es el extremo de 13 años y 4 meses, frente al de 10 años que es el propio para el punible cometido por un particular y de esa forma se hace palpable el trato diferenciado querido por el legislador, entre los términos de prescripción de la acción penal para el particular y para el servidor público.

El criterio fijado en la sentencia C 395 de 1995 fue reafirmado por la Corte Constitucional en la sentencia C-087 de 1997 en la que decidió sobre una demanda de inconstitucionalidad contra varios artículos del Decreto Ley 100 de 1980, entre ellos el 82, oportunidad en la cual nuevamente se indicó que un régimen de responsabilidad más severo para el servidor público que comete delito, no es contrario a la Carta Política:

“La Corte considera que esta disposición encaja dentro del criterio de exigir una mayor responsabilidad en el ejercicio de sus funciones por parte del empleado oficial, que sustenta el régimen de responsabilidad de todos los servidores oficiales, de conformidad con la preceptiva constitucional (artículos 6, 89, 95, 209 de la Carta Política. Por tanto se declarará la exequibilidad del aparte acusado del artículo 82”.

De acuerdo con lo expuesto, para la Sala de Casación Penal es claro que el término prescriptivo de la acción penal, debe incrementarse no sólo en su extremo mínimo, sino también en su extremo máximo, cuando se trate de delitos cometidos por servidores públicos. En ese sentido la interpretación correcta de las normas citadas, lleva a la conclusión que el límite máximo de los 10 años previsto en el artículo 86 de la Ley 599 de 2000, solo opera para delitos cometidos por particulares, pues según lo explicado, cuando el infractor sea un servidor público, en ejercicio de su cargo o con ocasión del mismo, necesariamente se debe incrementar el término prescriptivo máximo en la tercera parte.

Así las cosas, se tiene que la acusación en contra de los militares procesados se produjo por los delitos de secuestro extorsivo, agravado y tortura, y respecto de **EDELMIRO UL** también por el de homicidio agravado, en los términos de los

artículos 268, 270.5 (o 270.2⁹⁵), 279, 323 y 324.7 del Código Penal de 1980, adecuaciones típicas respecto de las cuales las instancias profirieron fallo absolutorio.

A fin de determinar si el Estado habría perdido la capacidad de ejercer el poder punitivo respecto de las conductas punibles endilgadas a los enjuiciados se impone verificar el *quantum* de pena previsto por el legislador para dichos ilícitos –atendiendo criterios de favorabilidad–, procedimiento en el que se debe tener en cuenta la fecha de los hechos y las normas vigentes tanto para la época en que ellos ocurrieron como en los tránsitos legislativos subsiguientes.

De este modo, se sabe que los presuntos actos ilícitos juzgados sucedieron el 1º de febrero de 1988.

Para dicho tiempo, las disposiciones que estaban en vigor respecto de los punibles de secuestro extorsivo agravado, tortura y homicidio agravado eran, respectivamente, los cánones 268, 270.5 (o 270.2) , 279, 323 y 324.2.7 originales⁹⁶, que sancionaban al sujeto activo, por el primero de ellos, con pena de prisión de seis (6) a veintidós (22) años y seis (6) meses, por el segundo con uno (1) a tres (3) años y por el último con dieciséis (16) a treinta (30) años.

⁹⁵ Se precisa que en la parte motiva de la resolución de acusación se imputó la circunstancia 2ª del artículo 270 del Decreto Ley 100 de 1980, mientras que en la parte resolutive se imputó la causal 5ª.

⁹⁶ Es decir, sin las modificaciones del artículo 1º y 3º de la Ley 40 de 1993 respecto del secuestro, del 24 del Decreto 180 de 1988 y 6º de la Ley 589 de 2000 en cuanto al de tortura y 29 y 30 de la Ley 40 de 1993 frente al de homicidio agravado.

En ese orden, el término prescriptivo, durante la fase de instrucción, respecto de cada uno de los militares implicados por el primer injusto, es decir, por el de secuestro extorsivo agravado es de veintiséis (26) años y ocho (8) meses – producto del incremento de la tercera parte sobre el límite de 20 años⁹⁷- y frente al segundo, o sea, el de tortura de seis (6) años y ocho (8) meses.

Así las cosas, el primer período de veintiséis (26) años y ocho (8) meses predicable, en cuanto a los miembros de la fuerza pública, respecto del secuestro extorsivo agravado no alcanzó a transcurrir desde el 1º de febrero de 1988 hasta la fecha en que cobró ejecutoria la resolución de acusación dictada contra aquellos, es decir, el 28 de julio de 2010, cuando se emitió la de segunda instancia, pues, tan solo pasaron veintidós (22) años, cinco (5) meses y veintisiete (27) días. No ocurre lo mismo respecto del reato de tortura pues el segundo lapso de seis (6) años (8) meses se concretó mucho antes de que se dictara el pliego de cargos de primer nivel, concretamente, el 1 de octubre de 1994.

Igualmente, en este punto, es necesario anticipar que de considerar que no fuera viable adecuar la calificación extorsiva de la conducta de secuestro al asunto examinado, por una posible infracción del principio *non bis in idem*⁹⁸, ni imputar las agravantes segunda o quinta del artículo 270 del Decreto 100 de 1980, igualmente, tendría que concluirse que el delito de secuestro simple, descrito en el artículo 269

⁹⁷ La operación es la siguiente: 20 años + 6.6666 años (tercera parte de 20) = 26.66 años.

⁹⁸ Este aspecto se analizará en extenso más adelante.

original del Código Penal de 1980, sancionado con seis (6) meses a tres (3) años, asimismo, habría prescrito -como el de tortura-, en seis (6) años y ocho (8) meses.

Este último panorama no es muy distinto respecto de **EDELMIRO UL** -particular- pues, en su caso, la instrucción avanzó más allá del término de 20 años por los reatos de homicidio y secuestro extorsivo, los dos agravados, y del de cinco (5) años por el de tortura -sin el incremento de la tercera parte por tratarse de un particular- ya que la resolución de acusación, en su caso, data del 30 de agosto de 2010 y cobró ejecutoria el 15 de octubre de igual año⁹⁹, de tal manera, que la prescripción, en su caso, sobrevino el 1 de febrero de 2008 y el 1 de febrero de 1993, en su orden.

Repárese, en este punto, que la Sala se enfrenta a un proceso, *sui generis*, en el que existen dos pliegos de cargos vinculantes distintos, uno frente a los uniformados involucrados -**OSCAR IVÁN ARIAS HERRERA, JHON ABADÍA DUQUE, FRANCISCO JAVIER BEDOYA AGUIRRE, MARCO TULIO CAÑAS TORRES, RUBÉN DARÍO ARICAPA GARCÍA, EVERT OSPINA MARTÍNEZ y ROBERTO CAMACHO RIAÑO**- y otro en cuanto al ciudadano procesado por los mismos actos -**EDELMIRO UL**-, lo cual obedece a que no se dio alcance a la ruptura de la unidad procesal, resultando en un solo juzgamiento respecto de todos ellos.

No obstante, no hay lugar a declarar la prescripción de la acción penal en relación con las últimas conductas

⁹⁹ Tras la decisión del 13 de octubre de 2010 que declaró desierto el recurso de apelación respectivo.

mencionadas toda vez que, contrario a lo estimado por los falladores, los punibles por los que se procesa a los enjuiciados revisten la característica de lesa humanidad, como pasa a argumentarse.

1.3. Ante el advenimiento, en el siglo pasado, en el marco de conflictos armados, de actos atroces contra los seres humanos, capaces de afectar tanto su integridad física y moral como también su dignidad, las naciones civilizadas, a nivel global y local empezaron a adoptar diversos sistemas de justicia para sancionar los crímenes de guerra lesivos del derecho internacional humanitario así como las graves infracciones contra los derechos humanos.

Es así que, en un primer intento por definir y regular los usos de la guerra terrestre, en la Convención de la Haya de 1899, se consagraron algunas disposiciones orientadas al trato con humanidad de los prisioneros de guerra, haciendo, en todo caso, claridad sobre la necesidad de que en los casos no regulados «los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública»¹⁰⁰.

Luego, ante el cruento ataque de la población turca y kurda del imperio otomano en contra del pueblo armenio, llevado a cabo en abril de 1915, el 24 de ese mes, las naciones aliadas (Rusia, Francia y Reino Unido) emitieron una

¹⁰⁰ Preámbulo de la Convención de la Haya de 1899. 1914-1918. Tomo 3. Academia Nacional de Ciencias de la República de Armenia. P. 351

declaración mediante la cual hicieron una advertencia al gobierno turco, en el sentido de hacerlo responsable por las masacres catalogadas como «un nuevo crimen de Turquía contra la humanidad y la civilización»¹⁰¹.

Tras la imposibilidad cierta de castigar gravísimos crímenes contra la humanidad cometidos durante la primera guerra mundial, dada la ausencia de algún marco normativo que así lo permitiera, más allá de algunas declaraciones de buena voluntad y las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907, en los estertores de la segunda guerra mundial, las potencias aliadas (Unión Soviética, el Reino Unido, los Estados Unidos y China) suscribieron las declaraciones de Moscú y de Teherán del 30 de octubre y 1º de diciembre de 1943 mediante las cuales, preocupados por los inmisericordes actos de barbarie cometidos en la Europa ocupada, proyectaron entregar los funcionarios alemanes y miembros del partido Nazi que fueren responsables de crímenes y atrocidades contra la población, a los países en los que se cometieron a fin de que fueran juzgados con arreglo a las leyes de los países liberados.

Posteriormente, con la caída del régimen nacional socialista de ADOLF HITLER, el 8 de agosto de 1945, entre Estados Unidos, Francia, el Reino Unido y la Unión Soviética se suscribió el Acuerdo de Londres por cuyo medio se dispuso crear un Tribunal Militar Internacional para el enjuiciamiento de los criminales de guerra cuyos delitos -

¹⁰¹ OHANIAN, Pascual C. La cuestión armenia y las relaciones internacionales.

crímenes de agresión (contra la paz), de guerra y de lesa humanidad¹⁰²- carecieran de una ubicación geográfica determinada.

Dicho estatuto sirvió de base al enjuiciamiento y condena de la cúpula nazi en los famosos juicios de Nüremberg, así como a la Ley 10 del Consejo de Control Aliado (*Control Council Law n° 10*) del 20 de diciembre del mismo año, destinada a castigar a los culpables de los mencionados crímenes, con la importante adición consistente en omitir la conexión entre el estado de guerra y la comisión de crímenes contra la humanidad, a fin de habilitar la sanción de los actos de barbarie cometidos antes de 1939 contra civiles alemanes, incluidos la persecución de los judíos y la eutanasia de los discapacitados.

Paralelamente, el 26 de julio de 1945, en la Declaración de Postdam, los mismos aliados hicieron pública su

¹⁰² Según el artículo 6° de la carta anexa a dicho acuerdo los delitos sancionados son: a) CRIMENES CONTRA LA PAZ: A saber, planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados; b) CRIMENES DE GUERRA: A saber, violaciones de las leyes o usos de la guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes; c) CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD: A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron. Aquellos que lideren, organicen, inciten a la formulación de un plan común o conspiración para la ejecución de los delitos anteriormente mencionados, así como los cómplices que participen en dicha formulación o ejecución, serán responsables de todos los actos realizados por las personas que sea en ejecución de dicho plan.

intención de perseguir a los oficiales japoneses de mayor rango por los crímenes cometidos durante la primera guerra mundial, de tal suerte que el 19 de enero de 1946 se creó el Tribunal de Tokio mediante una orden ejecutiva -la Declaración del Comandante Supremo de las Fuerzas Aliadas en el extremo Oriente (general Douglas Mc Arthur)-.

El 11 de diciembre de dicha anualidad, la Asamblea General de las Naciones Unidas encargó a la Comisión de Derecho Internacional utilizar los principios empleados en los juicios de Nüremberg en la construcción de un Código Penal Internacional, así como se ocupó, por primera vez, del crimen de genocidio, catalogándolo como de derecho internacional y disponiendo que fuera objeto de una convención.

El Estatuto de este último Tribunal fue similar al de Nüremberg en cuanto a la definición de los crímenes a enjuiciar, aunque precisó algunos conceptos, que luego siguieron siendo desarrollados para dar vida a los Estatutos de los Tribunales de la Antigua Yugoslavia, Rwanda y Sierra Leona, entre otros, y finalmente al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional del 17 de julio de 1998 que reiteró la necesidad de perseguir, bajo el alcance del principio de complementariedad, los crímenes internacionales de genocidio, de guerra, de agresión y de lesa humanidad (artículo 5º).

Particularmente, en punto de la definición de estos últimos, el Estatuto de Roma acude a un listado sistemático

de los actos inhumanos proscritos (artículo 7º), enfatiza en el elemento de contexto dado por la condición sistemática y generalizada de la agresión, describe a la población civil como el objeto del ataque y propone como elemento subjetivo de las infracciones, el conocimiento por el agresor de la existencia del ataque y de que su acto individual forma parte del mismo.

Los actos reprobados de dicha naturaleza, con sus descripciones típicas, a voces del mentado instrumento internacional son:

a) Asesinato;

b) Exterminio, que «comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población.»

c) Esclavitud, que se entenderá como «el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños.»

d) Deportación o traslado forzoso de población, o sea, «el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional.»

e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;

f) Tortura, es decir, «causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.»

g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado¹⁰³, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;

h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; esto es, «la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad.»

i) Desaparición forzada de personas, o sea, la «aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.»

¹⁰³ Equivale al «confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo.»

j) El crimen de apartheid, equivale a «los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.»

k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

En el contexto patrio, algunos delitos de lesa humanidad –la desaparición forzada, el desplazamiento forzado, el genocidio y la tortura- fueron reconocidos y tipificados, por primera vez, en la Ley 589 de 2000 que modificó el Código Penal de 1980, y recogidos en la Ley 599 de 2000 en diversos títulos según el bien jurídico lesionado¹⁰⁴.

Sobre el trámite legislativo que dio paso a la referida consagración legal de los aludidos tipos penales, la Corte en pasada oportunidad (CSJ SP, 31 sep. 2009, 32.022), señaló:

En los debates legislativos previos se insistió en que la tipificación en el ámbito interno de tales delitos, junto con la tortura, pretendía “lograr la plena vigencia de los Derechos Humanos en nuestro país y adecuar

¹⁰⁴ Así los reatos de desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado se consagraron en el artículo 169, 178 y 180 del Código Penal, respectivamente, en el título de los delitos contra la libertad individual y otras garantías y el injusto de genocidio en el canon 101 *ejusdem*, en el título de las infracciones contra la vida y la integridad personal.

nuestra normatividad a los postulados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”¹⁰⁵.

Se advierte que al interior de la Comisión y en la Plenaria del Senado, siempre estuvo presente la idea de incorporar tales delitos a través de la introducción de un nuevo título en el Código Penal, denominado “Delitos de lesa humanidad”, el cual contendría los tipos penales que tipificaban la desaparición forzada de personas, el genocidio, la tortura, el desplazamiento forzado y la “masacre”¹⁰⁶, figura que fue luego eliminada.

Fue así como en la ponencia para primer debate al proyecto de Ley No. 20 de 1998, en el Senado de la República, se expuso:

“1. Delitos de Lesa Humanidad. Consideramos nuestro deber para con las personas que quieran conocer el espíritu del presente proyecto, hacer una presentación de lo que debe entenderse como Lesa Humanidad, para que así no se preste a equívocos comportamientos como Desaparición Forzada, Secuestro y privación ilegal de la libertad.

“Los delitos de Lesa Humanidad, con su ejecución no sólo vulneran los bienes jurídicos de las víctimas, sino que afectan a todo el género humano en su conjunto, por desconocer el respeto universal de los derechos humanos. Se les da tal nombre porque agravan, lastiman y ofenden a la universalidad de los hombres. Se caracterizan porque ofenden la conciencia ética de la humanidad y niega la vigencia de las normas indispensables para la coexistencia humana.

“Los delitos de Lesa Humanidad no son tales por violar normas positiva de un Estado, o derechos adquiridos de personas, grupos o instituciones, ni porque así lo califique determinado código penal, sino porque

¹⁰⁵ Senado de la República. Proyecto de ley No. 20 de 1998, Gaceta del Congreso No. 126 del 22 de julio de 1998, pag. 26.

¹⁰⁶ La redacción del tipo penal propuesto para esta conducta era del siguiente tenor: “El que con el fin de intimidar a un sector de la población o generar zozobra, de muerte bajo un mismo contexto de acción, a varias personas que se encuentren en estado de indefensión o inferioridad o que hayan sido puestas en tales circunstancias incurrirá en prisión de cuarenta y cinco (45) a sesenta (60) años, en multa de quinientos (500) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.

“La pena mínima establecida en el inciso anterior se aumentará en cinco años, cuando el hecho sea cometido por servidor público” (ver ponencia para primer debate al proyecto de ley No. 20 de 1998, Senado de la República, Gaceta No. 185).

*constituyen afrentas a la dignidad humana, y en cuanto tales, hieren y ofenden la humanidad como humanidad*¹⁰⁷.

No obstante, en momentos posteriores y después de múltiples discusiones, algunos legisladores consideraron que tipificar bajo el título de “delitos de lesa humanidad” cuatro conductas, limitaría el concepto adoptado por el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Así lo dejó consignado la Senadora Vivianne Morales Hoyos en la discusión del citado Proyecto de ley:

*“(…) Pienso que estamos en mora de introducir una legislación en el Código Penal, sobre el tema de la desaparición forzada, pero creo que este proyecto es susceptible de mejorarse, en primer lugar considero que llamar al título, sobre los delitos de lesa humanidad, es ampliar o reducir, perdón, indebidamente el alcance de todos los delitos de Lesa Humanidad, porque aquí, solamente consagramos cuatro, cuando se conoce más de diez delitos de lesa humanidad, y en la última definición del estatuto de la Corte Penal Internacional, también da la posibilidad de ampliar, en los delitos de lesa humanidad, a todos aquellos actos inhumanos, cometidos, dice la definición, de carácter similar, que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.”*¹⁰⁸

No se tiene certeza si por esa razón, en la ponencia para primer debate al proyecto de ley No. 142 de 1998 de la Cámara¹⁰⁹, “por medio del cual se tipifica la desaparición forzada de personas, el genocidio, la masacre, el desplazamiento forzado; se modifica y aumenta la pena para el delito de tortura; se modifica la Ley 200 de 1995 y se dictan otras disposiciones”, a pesar de que se mantuvo el título de “Delitos contra la humanidad”, se propuso consagrar como delitos autónomos la desaparición forzada, la tortura y el traslado forzoso de una población, “y cuando ellos o el homicidio sean parte de un ataque generalizado o sistemático a una población civil, sean considerados crímenes de lesa humanidad”, mediante la creación de un artículo que precisará lo anterior, que fue redactado de la siguiente manera:

“Sin perjuicio de los comportamientos definidos en el Derecho Internacional como delitos de Lesa Humanidad se considerarán así, el

¹⁰⁷ Gaceta del Congreso No. 185 del 17 de septiembre de 1998, pag. 6.

¹⁰⁸ Gaceta del Congreso No. 369 del 23 de diciembre de 1998, página 34.

¹⁰⁹ Gaceta del Congreso No. 37 del 7 de abril de 1999

homicidio, el secuestro extorsivo, la desaparición forzada de personas, la tortura y el traslado forzoso de población, cuando se cometieren como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. La pena descrita en estos tipos penales se aumentará de una tercera parte a la mitad y se impondrá una multa de (1.000) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años”.

No obstante, el anterior proyecto fue finalmente concordado con el proyecto de Ley No. 40 de 1998¹¹⁰, correspondiente al nuevo Código Penal, que no incluyó la norma que definía los delitos de lesa humanidad, incorporando las conductas que desde un inicio se consideraron como de esa naturaleza, dentro de aquellos títulos que consagran bienes jurídicos tradicionales.

Pero es claro para la Corte que la no incorporación en la legislación interna de una norma que en estricto sentido defina los delitos de lesa humanidad, no impide su reconocimiento a nivel nacional, porque con base en el principio de integración –artículo 93 de la Carta Política- debe acudirse a los instrumentos internacionales que por virtud del bloque de constitucionalidad obligan en la interpretación y aplicación de las normas.

Así mismo, atendiendo el principio de integración, se ha considerado viable acudir a la cláusula del bloque de constitucionalidad, *strictu sensu*, descrita en el artículo 93 de la Constitución Política, para concebir prevalente en el orden interno, los tratados y convenios de derechos humanos y derecho internacional humanitario, ratificados por Colombia, en especial, la “Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio”, adoptada por la Asamblea

¹¹⁰ *En el acta se dejó constancia de que se formalizó “un acuerdo con el señor Fiscal General de la Nación para que los artículos redactados en esta ponencia, sean incorporados al texto del Nuevo Código Penal, con la salvedad de que las penas se modificarán para hacerlas concordantes con los topes máximos establecidos en esa ley” (Ver Gaceta del Congreso No. 37 del 7 de abril de 1999, pág. 8)*

General de la ONU el 9 de diciembre de 1948 y aprobada mediante la Ley 28 de 1959, la “*Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*”, adoptada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 39/46 de 10 de diciembre de 1984, aprobada por la Ley 70 de 1986 y ratificada el 8 de diciembre de 1987, la “*Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura*”, aprobada mediante la Ley 408 del 28 de octubre de 1997, la “*Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas*”, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 9 de junio de 1994, y aprobada internamente por la Ley 707 de 2001.

Ahora, para los delitos que, siendo de lesa humanidad, hubieren sido ejecutados con anterioridad a la incorporación del delito de genocidio, desaparición forzada, desplazamiento forzado y tortura en el estatuto sustantivo penal colombiano, o en los tratados que integran el bloque de constitucionalidad, también se ha precisado que, es el derecho consuetudinario internacional *-ius cogens-* el llamado a regular tales actos violentos.

El derecho universal, de manera más o menos homogénea, ha decantado ciertas características que diferencian a los delitos de lesa humanidad del resto de categorías de crímenes internacionales y de los punibles comunes. En esencia, son las que siguen:

i) Corresponden a ultrajes especialmente lesivos de la dignidad humana que degradan de forma grave los más caros

intereses del ser humano, como la vida, la libertad, la integridad física, la honra, entre otros.

ii) Se trata de eventos sistemáticos y generalizados -no aislados o esporádicos-, que representan una política deliberada del Estado ejecutada por sus agentes o una práctica inhumana, tolerada por el mismo, desplegada por actores no estatales.

Que el ataque sea generalizado significa que puede ser un acto a gran escala o múltiples actos que involucran un número importante de víctimas. Por su parte, la sistematicidad resulta de que la conducta sea el resultado de una planificación metódica, inmersa en una política común.

iii) Pueden ser cometidos en tiempo de guerra o de paz.

iv) El sujeto pasivo primario de las conductas es, fundamentalmente, la población civil y, en un plano abstracto pero connatural a la ofensiva contra la individualidad del ser humano y su sociabilidad, la humanidad en general.

v) El móvil debe descansar en criterios discriminatorios por razón de raza, condición, religión, ideología, política, etc.

En este sentido, esta Corporación ha precisado que

(...) el crimen de lesa humanidad se distingue de otros crímenes, porque:
a) no puede tratarse de un acto aislado o esporádico de violencia, sino que debe hacer parte de un ataque generalizado, lo que quiere decir que está dirigido contra una multitud de personas; b) es sistemático, porque

se inscribe en un plan criminal cuidadosamente orquestado, que pone en marcha medios tanto públicos como privados, sin que, necesariamente, se trate de la ejecución de una política de Estado; c) las conductas deben implicar la comisión de actos inhumanos, de acuerdo con la lista que provee el mismo Estatuto; d) el ataque debe ser dirigido exclusivamente contra la población civil; y e) el acto debe tener un móvil discriminatorio, bien que se trate de motivos políticos, ideológicos, religiosos, étnicos o nacionales. (CSJ AP, 13 may. 2010, rad. 33118)

De ahí que la Corte haya definido a tales delitos como aquellas «infracciones graves al derecho internacional de los derechos humanos, que ofenden la conciencia ética de la humanidad y niegan la vigencia de las normas indispensables para la coexistencia humana». (CSJ SP, 21 sept. 2009, rad. 32.022).

Ciertamente, por tan especial connotación, la comunidad internacional –en diversos tratados y convenios-, le ha atribuido a esta categoría de delitos una condición particular, la de ser imprescriptibles, con el único propósito de evitar la impunidad que podría tender a revictimizar a los sujetos pasivos de esas graves infracciones.

Frente a tan puntual aspecto, la Corte, en reiteradas oportunidades (CSJ AP, 22 sep. 2010, rad. 30.380, CSJ SP, 23 may. 2012, rad. 34.180, CSJ AP, 16 feb. 2105, rad. 44.312), ha clarificado que si bien Colombia no suscribió la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 2391 del 26 de noviembre de 1968, vigente desde el 11 de noviembre de 1970, ella es aplicable en nuestro país, con fundamento en el derecho de gentes – *ius cogens*-. Así se ha pronunciado:

Esta posición de la Corte implica que una consecuencia jurídica de catalogar un hecho como crimen de lesa humanidad, es librarlo de los límites señalados en la ley como marco temporal para su persecución penal, es decir, darle un tratamiento distinto de los delitos ordinarios, acatando con ello la voluntad de la comunidad internacional de propender por el castigo de sus responsables y evitar la impunidad, tal cual aparece en el preámbulo de la citada Convención.

Ahora, la voluntad internacional quedó allí plasmada como normativa del ius cogens, otra cosa es que los Estados procedan a incorporarla a las legislaciones internas, lo que no es óbice para que pueda ser aplicada preferentemente cuando se esté en presencia de un crimen contra la humanidad.

Ello es lo que precisamente viene resaltando esta Corporación en tanto no hace falta la suscripción de la convención, ni la derogatoria de las normas sobre prescripción, para acoger la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Al respecto, dijo la Corte Suprema de Justicia (CSJ AP, 22 sep. 2010, rad. 30380):

pese a que Colombia no ha suscrito la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, [...] es evidente que tal normativa integra la más amplia noción de ius cogens [conjunto de preceptos inderogables, imperativos (no dispositivos) e indisponibles, con vocación universal, cuya no adhesión por parte de un Estado no lo sustrae de su cumplimiento como compromiso erga omnes adquirido para prevenir y erradicar graves violaciones a los derechos humanos que desconocen la humanidad y su dignidad]¹¹¹.

[...]

En suma, considera la Sala que, retomando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹¹² en cuanto a que la prescripción de la acción penal no puede operar válidamente para generar impunidad en los delitos de lesa humanidad, además de que dar validez a las normas internas sobre prescripción en estos casos comporta una violación de la obligación del Estado, se impone declarar que respecto de los hechos definidos en esta actuación, por corresponder a crímenes de lesa humanidad, no opera a favor de los autores o partícipes el fenómeno de la prescripción, pues se trata de comportamientos imprescriptibles.

¹¹¹ Cfr. Sentencia C-225 de 1995.

¹¹² Fallo del 15 de septiembre de 2005. Caso Masacre de Mapiripán versus Colombia.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ratificando la obligación que tienen los Estados de respetar este tipo de normas internacionales y de evitar el incumplimiento de las mismas, así en el orden interno no se haya ratificado la convención, en sentencia del 26 de septiembre de 2006, caso Almonacid Arellano Vs Chile, señaló lo siguiente:

[...] aun cuando Chile no ha ratificado dicha convención –se refiere a la ya citada convención sobre imprescriptibilidad-, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma del Derecho Internacional General (ius cogens), que no nace con tal convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa [...]»¹¹³

Estas referencias dejan en claro que indistintamente pervivan en el derecho interno normas que regulan la figura de la prescripción, éstas ceden su aplicación cuando se trata de crímenes de lesa humanidad.

Entonces, como no se trata de la derogatoria tácita de reglas atinentes a la prescripción de la acción penal, sino de la aplicación preferente de normas internacionales para eventos concretos y determinados, no es necesario acudir a la excepción de inconstitucionalidad para no tener en cuenta el término prescriptivo señalado en el artículo 83 del Código Penal, como lo pretende el impugnante.

Sencillamente, ante la redefinición o flexibilización del principio de legalidad cuando se trata de crímenes de lesa humanidad, es claro que las disposiciones del orden interno, por autorización constitucional a través de la figura del bloque de constitucionalidad consagrado en el artículo 93 de la Carta Política, permiten a cualquier juez de la República aplicar de manera preferente el derecho penal internacional. (CSJ AP, 16 feb. 2105, rad. 44.312)

Ahora, respecto a la forma en que se debe entender la cláusula de imprescriptibilidad, la Corte Constitucional al

¹¹³ Cita contenida en la obra *Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional*, ed. Kai Ambos/Ezquiél Malarino. Ed. Konrad Adenauer Stiftung. 2008 pg. 375

ejercer el control abstracto de constitucionalidad respecto de la Ley 707 de 2001, aprobatoria de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas – sentencia CC C-580 de 2002- definió que, si bien el enjuiciamiento de los delitos de lesa humanidad se admite en cualquier tiempo, para garantizar que conductas de altísima gravedad contra el género humano no queden en la impunidad, la vigencia de un orden justo, garante del proceso como es debido, obliga a matizar el alcance de tal figura.

Así, dicha Corporación, frente al delito de desaparición forzada, sostuvo que la pena es prescriptible conforme a los términos fijados en la ley, pero, la acción penal es categóricamente imprescriptible siempre que el sujeto activo de la infracción no haya logrado ser identificado o individualizado y efectivamente vinculado a la investigación correspondiente, pues, una vez cumplido este último acto, los períodos prescriptivos, tanto en la fase instructiva como de juzgamiento, operan normalmente, es decir, al tenor de lo prescrito en la ley sustancial.

Ese entendimiento, le ha servido a la Sala de Casación Penal para predicar la imprescriptibilidad de algunos delitos de lesa humanidad, bajo el supuesto de reiniciar el conteo prescriptivo ordinario desde la efectiva vinculación del sujeto activo de la infracción penal a una investigación, efecto de salvaguardar garantías mínimas del procesado.

Al respecto, esta Sala puntualizó (CSJ AP, 21 sep. 2009, rad. 32.022):

En consecuencia, efectivamente el delito en sí mismo es imprescriptible, dice la Corte Constitucional, lo que faculta la posibilidad de investigarlo en cualquier tiempo.

Empero, añade, precisamente por ocasión de la necesaria ponderación entre las finalidades de la imprescriptibilidad y los derechos de los procesados, en los casos en los cuales la justicia ya ha individualizado y vinculado (a través de indagatoria o declaratoria de persona ausente, o, agrega la Sala, para los casos regulados por la Ley 906 de 2004, de la formulación de imputación) a los partícipes o intervinientes en los hechos, sí debe atenderse a las normas que regulan la prescripción, pues, la persona, ya sometida al imperio de la justicia, no puede permanecer indefinidamente en condición sub iudice.

En concreto, esto dijo el Tribunal Constitucional:

“Sin embargo, el interés estatal en proteger a las personas contra la desaparición forzada no puede hacer nugatorio el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas. Por lo tanto, cuando el Estado ya ha iniciado la investigación, ha identificado e individualizado a los presuntos responsables, y los ha vinculado al proceso a través de indagatoria o de declaratoria de persona ausente, la situación resulta distinta. Por un lado, porque en tal evento está de por medio la posibilidad de privarlos de la libertad a través de medios coercitivos, y además, porque no resulta razonable que una vez vinculados al proceso, los acusados queden sujetos a una espera indefinida debida a la inoperancia de los órganos de investigación y juzgamiento del Estado.

“En tales eventos, el resultado de la ponderación favorece la libertad personal. En particular, el interés de la persona vinculada a un proceso penal de definir su situación frente a medidas a través de las cuales el Estado puede privarlo materialmente de la libertad. Por lo anterior, la imprescriptibilidad de la acción penal resulta conforme a la Carta Política, siempre y cuando no se haya vinculado a la persona al proceso a través de indagatoria. Cuando el acusado ya ha sido vinculado, empezarán a correr los términos de prescripción de la acción penal, si el delito está consumado.

“Así, como conclusión del análisis precedente, la Corte establece que la regla de imprescriptibilidad de la acción penal por el delito de desaparición forzada, contenida en el inciso primero del artículo 7 de la Convención, no resulta contraria a la Carta Política. El legislador, al adecuar el ordenamiento interno al presente tratado, puede establecer la imprescriptibilidad de la acción para dicho delito. Sin embargo, si el delito está consumado, los términos de prescripción de la acción empezarán a correr una vez el acusado haya sido vinculado al proceso.

“Entre tanto, en lo que se refiere a la imprescriptibilidad de la pena, deberá aplicarse el inciso segundo que dispone que la prescripción de la pena será igual a la del delito más grave previsto en la legislación interna.”

Tres son, entonces, las conclusiones que se extraen de lo dicho por la Corte Constitucional:

- i) Acorde con nuestra Carta constitucional, en ningún caso puede predicarse imprescriptibilidad de la pena impuesta; ni siquiera en tratándose de delitos de lesa humanidad.*
- ii) Es perfectamente factible que algunos delitos, particularmente los de lesa humanidad, gocen de la posibilidad de que su investigación sea imprescriptible.*
- iii) Empero, cuando respecto de esos hechos ya existe una persona individualizada y formalmente vinculada al proceso (no basta con el cumplimiento de una sola condición, vale decir, se tienen que conjugar la individualización y la formal vinculación, para que se repute existente el derecho del procesado), respecto de ella no opera la imprescriptibilidad.”*

Así las cosas, no obstante el carácter imprescriptible de los delitos de lesa humanidad, distinto a lo argüido por el demandante, no significa que esa clase de infracciones sean por siempre no prescriptibles, pues, como se acaba de señalar, esa visión fue atemperada por la Corte Constitucional en la referida sentencia, en el sentido que, para salvaguardar los más caros intereses de verdad, justicia

y reparación del conglomerado social, tal naturaleza se debe mantener mientras no se logre la individualización o identificación de los presuntos responsables y no se haya obtenido su vinculación formal a una investigación, ya que a partir de ese mismo acto procesal, empiezan a transcurrir normalmente los términos de fenecimiento de la acción penal.

Por manera que, tampoco es como dice el recurrente que el término con que cuenta el Estado para perseguir los injustos de dicha laya, empiece a contar desde la notificación de la sentencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino, se insiste, desde que los presuntos responsables sean vinculados a la actuación penal.

1.4. Trasladas las precedentes consideraciones al caso de la especie, lo primero a significar es que todas las características que permitirían enmarcar los hechos investigados dentro del ámbito de los delitos de lesa humanidad, se encuentran satisfechas.

En verdad, se tiene que, si bien, *a priori*, pareciera que la cuestión fáctica se contrae a un solo acto y a una sola víctima, el escudriñamiento pormenorizado de lo ocurrido la noche del 1 de febrero de 1988 y el estudio minucioso del expediente, permite concluir, como lo hiciera la Fiscalía al calificar el mérito del sumario, lo contrario.

Ciertamente, narran los familiares del agredido – presentes en el teatro de los acontecimientos-, que el ejercicio arbitrario de la fuerza por parte de los militares investigados

no solo estaba dirigido a GERMÁN ESCUÉ ZAPATA, sino a su padre MARIO PASSU, por quien también llegaron preguntando y no fue blanco del ataque debido a que estaba en otro lugar.

Igualmente, dichos testigos informaron que la arremetida contra la integridad física y moral de los ocupantes de la vivienda se perpetró contra GERMÁN y su hermano ALDEMAR, a quien patearon pese a estar en el postoperatorio de una cirugía, así como de sus esposas – BERTHA y OMAIRA, respectivamente- a las que les lanzaron improperios e incluso a la primera de ellas, tras verla llorando, le dijeron que no lo hiciera pues hombres habían muchos, lo cual constituyó una clara sentencia de lo que más adelante pasaría con su pareja.

Además, se sabe que la agresión también se extendió al hogar de OMAR ESCUÉ –hermano de la víctima que no estaba en su residencia- donde funcionaba la tienda comunitaria, sitio en el que los uniformados rompieron ventanas, amenazaron a su esposa –ROMELIA PAZU- y hurtaron una gran cantidad de víveres.

Del mismo modo, el examen de sistematicidad y generalidad debe pasar por el estudio de contexto de la situación que, para esa época, años 80, se inscribe en una persecución frontal en cabeza de los latifundistas de la región –ejecutada materialmente por algunos indígenas- contra varios miembros de la comunidad nasa-paez, asentada en el resguardo de Jambaló, por razón de la recuperación de tierras, abanderada por el padre de la víctima.

Ahora, aunque la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en fallo del 4 de julio de 2007, al examinar lo concerniente a la relación de la muerte de la víctima con la actividad política comunitaria desplegada por ella, estableció que no podía afirmar, de manera concluyente, que tal evento se inscribiera en la grave situación de derechos humanos que afectaba a los pueblos indígenas del Cauca por ese tiempo, debido a que determinó que los militares tenían motivaciones personales para asesinar a quienes consideraran guerrilleros y entre 1976 y 1987 el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria –INCORA- compró y expropió 27 predios para reestructurar el Resguardo, también admitió, i) conforme al Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia que «más de 500 dirigentes fueron asesinados en estos últimos 25 años por razones políticas» y ii) «efectivamente durante la década de los 80 las dos familias [la de la víctima y la de Edelmiro UI] tuvieron varios conflictos de tierras, que incluso resultaron en la muerte de algunas personas⁷². Ante estos enfrentamientos, las autoridades de Jambaló intervinieron en procura de una conciliación, que culminó en 1994 con un acuerdo entre las dos familias y el cese de todo tipo de agresiones⁷³».

Y es que, según consta en el legajo, los terratenientes del lugar, en el propósito de desalojar a los nativos de las tierras sobre las que tenían el respectivo título, emprendieron en su contra una persecución que, a su vez, fue repelida por quienes consientes del derecho natural sobre sus territorios, procuraron conservar más que la posesión de los mismos y recuperar el derecho de dominio respectivo.

Para el efecto, se valieron de algunos indígenas –los pájaros- que, como **EDELMIRO UL**, prohijaban la propiedad en cabeza de los latifundistas.

En el asunto que nos ocupa, narran los allegados del obitado que, los militares no solo los acusaban de ser guerrilleros y conservar armas sino de ser invasores de tierras. Igualmente, no se puede desconocer que, fue un indígena de la región –según lo confirman los militares enjuiciados- el que fungió como informante, con lo cual aparece claro el nexo entre los terratenientes, los indígenas que apoyaban la causa de estos y los militares, contubernio enderezado a reprimir el ánimo beligerante de la familia ESCUÉ ZAPATA y sus simpatizantes en procura de recuperar las tierras ancestrales.

Ahondando en la comprobación del referido vínculo ilegal entre fuerzas del orden público y paramilitares, la resolución de acusación de primera instancia resaltó varios de los hechos que inscriben el homicidio de GERMÁN ESCUÉ ZAPATA en un ataque generalizado y sistemático contra la población civil indígena, los cuales, distinto a lo argüido por las instancias, están debidamente acreditados en el expediente. Como quiera que la Corte comulga con la descripción que sobre el particular defendió el ente acusador, encuentra pertinente citar, en extenso, los siguientes fragmentos del pliego de cargos:

Al respecto obra a folios 35 y 36 del c.o.2., una queja de Febrero 28 de 1988, por medio de la cual, los Cabildos indígenas “reunidos los días 27 y 28 de 1988, en el Resguardo de Paniquitá”, se pronunciaron ante la

opinión pública “por la violencia desatada en el municipio de Jambaló por grupos de autodefensas apoyados por unidades militares pertenecientes al Batallón San Mateo, que han cobrado la vida de dos (2) víctimas hasta el momento, ellos son:

GERMAN ESCUÉ ZAPATA y LISANDRO PAZU ESCUE con residencia en el corregimiento de Loma Redonda”; documento desde luego suscrito por los gobernadores de los cabildos indígenas de Noovirao, Jambaló, Paniquito (sic), Quisco, Totoro (sic), Jebiá, Albalo y Polindara (sic), pertenecientes al departamento del Cauca.

Aunado a ello, el señor Gobernador de uno de los cabildos anunciados, Ángel Quitumbo Dagua, en diligencia de declaración realizada ante el abogado visitador adscrito a la Procuraduría General de la Nación, expresó: “Lo último que nos viene perjudicando al cabildo es sobre otros muertos que hubieron (sic) en la vereda del ... y Trapiche, cuyos nombres no recuerdo..., los muertos fueron tres... Nosotros antes habíamos oído decir que habían muchos grupos de pájaros, pero no hemos sabido quién o quiénes los encabezan.”¹¹⁴

De otro lado, el señor JULIO MEDINA GUECHIA, primo hermano de otra víctima de nombre María Luisa Medina Yacute, ocurrida en el mes de Agosto de 1987, en la vereda El Trapiche del municipio de Jambaló — Cauca, frente a la pregunta relacionada con los presuntos autores del asesinato de su prima, manifestó: “No se oyó ningún comentario.., yo no creo que los guerrilleros hayan sido, sino la tropa con el pajaramento que anda...”. Al referir que el ejército anda con una pajaramenta, aclara que son quienes colaboran con el ejército “que andan matando a la comunidad, unos andan vestidos de civiles y otros andan vestidos de ejército, ellos andan como disfrazados”¹¹⁵.

De otro lado, se aprecia que el señor LIBARDO CONDA RAMOS, informó los asesinatos de que fueron víctimas sus hermanos Eugenio y Porfirio Conda Ramos y la esposa que (sic) aquel Otilia Ascue Dagua, ocurridas el 28 de marzo de 1988, en la vereda el Chuscal, quienes fueron hallados muertos como consecuencia de varios tiros y heridas propinadas en varias partes del cuerpo.¹¹⁶

¹¹⁴ Folio 44 del c.o.2.

¹¹⁵ Fl. 50 del co.2.

¹¹⁶ Fl 51 del c.o.2.

Igualmente se advierte del oficio fechado de 11 de Agosto de 1988, suscrito por el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, doctor HERNAN ASTORQUIZA ORDÓÑEZ, que contra integrantes del Ejército Nacional con sede en los municipios del Cauca, existían más de treinta y un (31) investigaciones, por hechos ocurridos en el municipio de Santander de Quilichao, Suárez, Buenos Aires, Caloto, El Palo — Caloto, Caldono, Silvia, Jambaló, Corinto, Toribio y Miranda, dentro de las cuales se halla incluida los hechos que dieron lugar a la muerte de Germán Escué Zapata.

En relación con la presunta existencia de un grupo de “pájaros” que ayudaban a integrantes del ejército, recuérdese para todos los efectos procesales, que la misma señora Etelvina Zapata, señaló en denuncia instaurada ante la Procuraduría General de la Nación, el día 5 de febrero de 1988, fecha reciente de ocurrencia de los hechos que, la noche de los fatídicos hechos los integrantes del Ejército Nacional “que viven estacionados en Loma Redonda”, ingresaron a su vivienda, en compañía de un grupo de pájaros de la misma región. Agregó que dichos “pájaros” que organiza y arma el ejército, andan con ellos con listas para decidir quién debe vivir o no”.¹¹⁷

En igual sentido, mediante escrito dirigido a la Procuraduría Regional del Departamento del Cauca de 15 de Febrero de 1988, en cumplimiento a un deber ciudadano de denunciar cuando se tenga conocimiento de la existencia de hechos abiertamente contrarios a la ley, ante las autoridades del Estado, la señora Etelvina Zapata de Escue, expresó que como consecuencia de la actividad delictiva de “los pájaros”, habían sido asesinados los indígenas: Misael Pazú Ull, Mano Ull, Ovidio Mendez, Evencio Martínez, Julio Escue, Vicente Dagna, Isidro Pechucue, Elvira Ipia y Francisco Conda. Señala como desaparecidos a Marcelino Mestizo y Marcelino Pazú Ull. Como heridos, señaló a Eusebio Pazú y Arcelia Ull. Como desplazados a José Marino Pechucue y Elías Méndez. Hechos que no obstante, las denuncias oportunas al respecto, muy seguramente quedaron en completa impunidad y sin esclarecer, como se pretendió desde un comienzo, con los hechos materia de la presente investigación; intención que fue evitada muy seguramente ante la denuncia instaurada ante una instancia internacional.¹¹⁸

¹¹⁷ Fl. 67 del c.o.2.

¹¹⁸ Folio 69 del c.o.2.

Por su parte el alcalde mayor del Cabildo Indígena de la Vereda de Vitoyó del municipio de Jambaló, mediante comunicado de 14 de febrero de 1988, tras hacer un recuento de aspectos fácticos que en la actualidad se encuentran plenamente probados y que no son objeto de discusión frente al homicidio, secuestro y tortura de quien en vida respondía al nombre de Germán Escué Zapata, ocurridos en las circunstancias ya anotadas, siendo responsables de estos hechos miembros e integrantes del Ejército Nacional; adicionalmente expresó su rechazo ante los múltiples asesinatos de otros indígenas por parte del Ejército Nacional, a quienes estos atropellan y calumnian de guerrilleros, ocurridos en la vereda de Vitoyó del municipio de Jambaló — Cauca. Siendo denunciados un total de diez (10) asesinatos de indígenas “que nadie los reclama porque si un familiar piensa hacer una denuncia también es asesinado”.

Corolario con lo anterior, de la lectura del documento visible a folio 105 del c.o.2., a través del cual, el Consejo Regional Indígena del Cauca “CRIC” Unidad Tierra y Cultura”, se advierte una solicitud dirigida al señor procurador delegado para la época de las Fuerzas Militares de agosto 4 de 1989, a través de la cual, requieren les sea suministrada información relacionada con las investigaciones que se hayan adelantado por los homicidios de los indígenas Germán Escue Zapata y Armando Camayo, esta última ocurrida en el Cabildo Indígena de Las Delicias, del municipio de Buenos Aires — Cauca.¹¹⁹

No se puede pasar por alto, igualmente, como lo hace ver el casacionista, que si bien para la fecha del deceso de GERMÁN ESCUE ZAPATA, este no fungía como autoridad indígena del cabildo, sí había tenido tal dignidad en los dos años inmediatamente anteriores -1986-1987- y, en todo caso, como bien lo destacó la Corte Interamericana gozaba de un liderazgo de hecho, no menos importante. Así se pronunció ese organismo de justicia:

No obstante, aún cuando el liderazgo formal de la víctima no esté demostrado, la prueba aportada permite a la Corte concluir que la

¹¹⁹ Cfr. folios 127-129 del cuaderno original 10.

víctima tenía un liderazgo de hecho dentro de la comunidad a la que pertenecía y, además de haber ocupado el cargo de Cabildo en 1986, situación que el Estado no controvierte, tenía a su cargo una serie de tareas que la Comunidad le había confiado, entre las que destaca su trabajo en la tienda comunitaria⁶⁹. El liderazgo activo de Germán se dio por sus aptitudes personales y su capacidad de leer, escribir y hacer cuentas, así como por la preparación que recibió con ese propósito⁷⁰. Al respecto, la perito Zamora Patiño manifestó:

Tanto los miembros de los Cabildos como los líderes que cumplen funciones específicas en las comunidades o pueblos, representan una “inversión colectiva” por cuanto se preparan desde niños para asumir responsabilidades. No es una persona que surja de un momento para otro intempestivamente sino que es un “acumulado social” que se viene preparando desde niño para asumir responsabilidades desde su identidad y con conocimiento de los principios y valores identitarios de la comunidad⁷¹.

El abuso de poder de los militares involucrados frente a la víctima y su entorno familiar, constituyó, pues, un acto violento de gran entidad, lesivo de los derechos humanos, que, en últimas, estuvo dirigido contra unos representantes importantes de un grupo minoritario de la población: la comunidad Nasa, que tenía por propósito menguar el espíritu revolucionario de los nativos que protestaban frente a la inequidad surgida de las pretensiones de desalojo de los latifundistas locales.

Si esto es así, no cabe duda alguna que se trata de un evento que, como lo catalogara, desde un inicio, el ente instructor, se enmarca en la categoría de crímenes de lesa humanidad.

Corolario de lo anterior, se impone verificar si, en estas precisas circunstancias, la acción penal se encuentra prescrita.

Al efecto, es del caso señalar que, desde la fecha de vinculación de los aquí juzgados al proceso (25 de marzo de 2006 –**ROBERTO CAMACHO RIAÑO**- 11 de abril de 2006 –**EVERT OSPINA MARTÍNEZ**-, 8 de abril de 2009 –**OSCAR IVÁN ARIAS HERRERA**-, 16 de abril de 2009 –**FRANCISCO JAVIER BEDOYA AGUIRRE**-, 17 de abril de 2009 –**MARCO TULIO CAÑAS TORRES**-, 17 de abril de 2009 –**JHON ABADÍA DUQUE**-, 21 de abril de 2009 –**RUBÉN DARÍO ARICAPA GARCÍA**- y 9 de enero de 2010 –**EDELMIRO UL**-) hasta el 27 de julio de 2010 y el 15 de octubre del mismo año, fechas en que cobraron ejecutoria las resoluciones de acusación respecto de los militares y el particular, respectivamente, no transcurrieron los veintiséis (26) años, ocho (8) meses por el delito de secuestro extorsivo agravado y los seis (6) años, ocho (8) meses por el de tortura –o por el de secuestro simple-, respecto de los militares involucrados o, en relación con el señor **UL**, los veinte (20) años por los de secuestro extorsivo y homicidio, agravados, y cinco (5) años por el de tortura –o secuestro simple-.

Desde luego, en la etapa del juicio no se ha concretado el período mínimo prescriptivo de cinco años.

Establecido lo anterior, la Corte se ocupará de examinar, de fondo, los cargos propuestos.

2. Sobre los delitos de tortura y secuestro extorsivo.

2.1. En cuanto hace al punible de **tortura**, es claro que las prácticas que lo caracterizan tuvieron un desafortunado asiento inveterado, en diferentes latitudes, a través de los siglos, en la tradición inquisitiva de enjuiciamiento empleada por las autoridades nacionales, las cuales solo empezaron a ser abolidas en el siglo XVIII en los reinos de Prusia (1754) y Austria (1776), en el ducado de Florencia (1776) y la República de Venecia (1787) y mayormente condenadas durante el siglo pasado por la comunidad internacional, desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículo 5º), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 7º), la Declaración sobre la Protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 2º) y la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984, instrumento este que lo consagró, por primera vez, como delito internacional, esencialmente lesivo de los derechos humanos.

Es así que el origen de este injusto se remonta al derecho internacional en el que, en términos generales, se identifican algunas características comunes: i) un sujeto activo cualificado, concretamente, agente estatal, ii) un ingrediente material consistente en los actos constitutivos de tortura y iii) un complemento teleológico que corresponde a la finalidad que le sirve para darle carácter autónomo a la infracción.

A nivel local, con ocasión de la obligación, a cargo de los Estados que suscribieron la última Convención mencionada, se incluyó en el Código Penal de 1980 el tipo penal de torturas (artículo 279) bajo el título correspondiente a los delitos contra la libertad individual y otras garantías y en el capítulo del mismo destinado a proteger la autonomía personal, para sancionar con pena de prisión, de uno a tres años, al que someta a otro a tortura física o moral, siempre que el hecho no constituyera delito sancionado con pena mayor.

De este modo, el legislador del 80 omitió cualquier consideración a algún elemento subjetivo de la conducta y la tipificó como subsidiaria, es decir, degradó la conducta a una estirpe dependiente, pues condicionó su exigibilidad al hecho de que no estuviera punida con sanción mayor. Tampoco cualificó al sujeto activo y limitó el reproche a la simple comprobación de actos de tortura física o moral.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia CC C-587 de 1992, precisó que aunque dicho punible está comprendido en los delitos contra la autonomía personal, es de naturaleza pluriofensiva -pues también atenta contra la integridad personal- y puede ser cometida tanto por funcionarios públicos como por particulares.

Además se valió del criterio de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, para decidir que no era viable pregonar ambigüedad alguna en la descripción de la conducta capaz de vulnerar el principio de tipicidad estricta.

En ese sentido, citó la sentencia CSJ SC, 31 ene. 1991, rad. 08 en la que se señaló que:

*...De las normas superiores citadas dimana para el legislador la exigencia de definir de antemano y en forma clara, expresa, inequívoca e impersonal la conducta merecedora de la pena, quedando proscrito el señalamiento de sanciones por comportamientos ambiguos o de contornos indeterminados, pues en este supuesto quedaría al arbitrio de quien debe aplicar la ley la definición de los actos punibles, los cuales serán o no sancionables según el criterio personal de quien los califique.
(...)*

La determinación del tipo penal denominado tortura, no es como lo califica el actor, equívoco o ambiguo, pues los elementos descriptivos y normativos que señala el legislador son perfectamente claros y definidos y además contribuyen a precisar sus contornos, lo cual impide interpretaciones caprichosas o arbitrarias del juzgador sobre la acción punible, a pesar de que no se defina en qué consiste la tortura moral o física, pues en estos casos las reglas generales de hermenéutica indican que las palabras de la ley deberán entenderse en su sentido natural y obvio (art. 28 Código Civil). Para concretar pues, el alcance de la figura delictiva basta acudir al significado semántico de los vocablos y frases e integrarlo al contexto del enunciado genérico

La tortura ha sido definida como "acción de atormentar" es decir, "causar molestia o aflicción", acepciones éstas que en la antigüedad se vinculaban a la finalidad específica de obtener una confesión o infligir un castigo. Sin embargo, para el análisis del tipo penal definido en la norma cuestionada, importa señalar que ésta no exige sujeto activo calificado. Tampoco que el autor de la infracción haya estado animado por algún propósito específico, por tanto, el logro de la finalidad buscada no incide en la configuración del ilícito, aunque eventualmente podría devenir en una acción punible distinta, como la definida en el artículo 24 del Decreto 180 de 1988, hallado exequible por la Corte, que contempla una sanción más drástica para el caso en que la tortura física o síquica se ejecute en cumplimiento de actividades terroristas.

Por ello, como lo advierte con acierto el señor Procurador, la definición legal no conduce a interpretaciones que dependan exclusivamente del

criterio apreciativo del juzgador, lo que acontece es que está estructurada en forma amplia de tal manera que permita subsumir en ella la tortura física o síquica ocasionada por cualquier medio apto para lograr el resultado, pues todos los empleados con este fin se harán pasibles de sanción preestablecida, la cual debe graduar el juez dentro de los límites que fija el legislador; empero ello no significa que con base en la formulación legal que define los rasgos esenciales para considerar la tortura como delito, puedan sancionarse conductas semejantes que el legislador no ha querido prever.

De otra parte, con fundamento en el principio de legalidad que informa el derecho penal, no puede exigirse al legislador que al definir el tipo penal contemple la extensa gama de formas de tortura que pueden presentarse en la vida real, pues la sociedad en su continua y constante evolución crea mecanismos e instrumentos aptos para emplearse con fines ilícitos y que el legislador no puede prever al establecer la hipótesis normativa.

Para una mejor comprensión de la conducta, bien está traer a colación la definición de tortura a voces del artículo 1º de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, adoptada por la Asamblea General de la ONU mediante Resolución 39-46 del 10 de diciembre de 1984, suscrita por Colombia el 1 de abril de 1985 y aprobada mediante la Ley 78 de 1986:

A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores

o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

Del mismo modo, sin intentar, por supuesto, ser exhaustivos, resulta valioso citar algunas de las prácticas que para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos son constitutivas de tortura y, que en su momento, sirvieron de soporte a la decisión de control de exequibilidad recién mencionada:

(...) "plantones al sol en el día y al sereno en la noche"; "ahogamientos y sumergimientos en agua"; "aplicación del 'submarino'"; "venda en los ojos hasta por doce, diez y siete y veinte días"; "vendado y amarrado por cuarenta y siete días en cimitarra"; "sometimiento a golpes en diversas partes del cuerpo con palos y patadas"; "impedimento para dormir hasta por ocho días y falta de reposo"; "amenazas de muerte al detenido, a la familia y a amigos"; "colgaduras atado de las manos"; "prohibición de agua y alimento hasta por cuatro, siete y ocho días seguidos"; "simulacro de dispararles en la cabeza"; "esposados de las manos"; "tortura de otras personas cerca de la celda para que se escucharan los gritos"; "incomunicación"; "palpitación de energía y choques eléctricos en diferentes partes del cuerpo"; "ejercicios hasta el agotamiento"; "permanencia desnudos y de pie"; "provocación de asfixia"; "lavadas"; "caminar de rodillas"; "torturas psicológicas"; "sumergimiento amarrados en un lago"; quemaduras con cigarrillos"; " sacar al detenido a los allanamientos y utilizarlos como 'chaleco antibalas' esposado y vendado"; "simulacros de fusilamientos mientras estaba colgado de un árbol"; "introducción de armas en la boca"; "rotura de nervios como consecuencia de colgamientos"; "desnudo y sumergido en un río"; negativa de asistencia médica para embarazo"; "fractura de costillas"; amarrado, vendado, a veces permanentemente, golpeado con un leño, patadas"; "herida con arma de fuego por la espalda en el sitio de reclusión"; "amenaza de traer a sus familiares para torturarlos en su presencia"; "contemplación de las torturas a otra persona"; ..."¹²⁰

¹²⁰ Informe Colombia, 1981, pág. 111

De lo anterior se sigue, que el tormento causado al sujeto pasivo, titular del derecho vulnerado, a través de condiciones o procedimientos diseñados por su naturaleza o duración para causar sufrimiento, puede ser físico cuando la aflicción se produce a nivel corporal de la víctima –aunque en veces no deje huella por lo sofisticado de los instrumentos utilizados para aplicarla- y moral si la agresión –más allá de la consternación obvia que la de carácter físico genera- equivale a amenazas, intimidaciones o coacciones con la entidad de afligir la esfera psíquica del ser humano, de tal manera que limite sus capacidades de autodeterminación, su voluntad, su dignidad.

Es así que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que una amenaza suficientemente real e inminente de ser torturado o asesinado o una angustia intensa por la suerte que se puede correr, puede ser en sí misma constitutiva de tortura psicológica¹²¹.

La constatación del dolor o padecimiento soportado por el ofendido, no siempre es fácil, pues, en ocasiones, no quedan rastros o huellas del ultraje, sobre todo, cuando es de naturaleza moral; por eso, de cara al principio de libertad probatoria, no podría reclamarse la necesaria comprobación del delito a través de una experticia médica o técnica¹²², sino que cobra especial relevancia la prueba testimonial (CSJ AP, 3 jul. 2013, rad. 40.994).

¹²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 2 de septiembre de 2004, caso Instituto de Reeducción del Menor vs Paraguay.

¹²² Como lo argumentan los defensores de **MARCO TULIO CAÑAS TORRES, FRANCISCO JAVIER BEDOYA AGUIRRE, JHON ABADÍA DUQUE y RUBÉN DARÍO ARICAPA GARCÍA.**

El artículo 279 original del Código Penal de 1980 no sufrió mayor modificación en el tipo con el Decreto Ley 180 de 1988 (canon 24), pues solamente hizo un incremento punitivo -norma que fue adoptada como legislación permanente por el precepto 4º del Decreto 2266 de 1991.

Ahora, aunque para los efectos del caso concreto, en principio, a la Sala sólo le interesaría examinar los elementos normativos del tipo para la época de los hechos, es decir, la sola acción de someter a una persona a tortura física o psíquica, siempre que el hecho no constituyera infracción sancionada con pena mayor, en su labor pedagógica y porque, como quedó visto, por lo menos el ingrediente subjetivo, ya estaba previsto en ese tiempo en la referida convención contra la tortura, debiendo ser adicionado este elemento como tácito, a efecto de distinguir las lesiones personales de la tortura, bien está recordar que con el especial propósito de delinear las bases del Estado social y democrático de derecho, la Constitución Política de 1991 incorporó en su artículo 12, la prohibición superior de someter a cualquier persona a desaparición forzada, a torturas, a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Por su parte, el Código Penal de 2000 –artículo 178- le introdujo al reato examinado algunas variaciones importantes, de cara al principio de tipicidad, de tal suerte que, además que precisó el verbo rector: infligir, describió, con relativa amplitud, qué tipo de actos se pueden considerar tortura –dolores o sufrimientos *graves*, físicos o síquicos- y le

atribuyó una naturaleza claramente autónoma y, en ese orden, le añadió como elemento teleológico, esta vez de manera expresa, la necesidad de que tenga por fin alternativo, i) obtener de la persona agredida o de un tercero información o confesión ii) castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido, iii) coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación iv) o con cualquier otro propósito, por ejemplo, económico o sádico.

Este ingrediente subjetivo del tipo, lo diferencia de otros comportamientos de parecida naturaleza.

Debe eso sí, puntualizarse que la connotación de tortura *grave*, fue revaluada por la Corte Constitucional en sentencia C-148 de 2005 al suprimir este calificativo, al estimar, de acuerdo con uno de los intervinientes: Fiscal General de la Nación- que el artículo 12 Superior no establece ningún tipo de condicionamiento y que tal restricción iba en contravía del principio *pro homine*, del derecho a la dignidad humana, de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura y del canon 93 de la Carta Política.

2.2. En punto del delito de **secuestro extorsivo**, de naturaleza permanente y lesiva del bien jurídico de la libertad individual, basta decir que se incurre en él (artículos 268 del Decreto Ley 100 de 1980 y 169 de la Ley 599 de 2000) cuando el sujeto –indeterminado- priva de la libertad –de locomoción («aquella posibilidad de disponer según su voluntad del lugar en el que quiere permanecer o ir» CSJ SP 11 mar. 2009, rad. 28.563)- a una persona –la

arrebata, sustrae, retiene u oculta (formas violentas)- y condiciona la devolución de la misma a una acción u omisión suya o de un tercero, de orden patrimonial, publicitario o político –provecho o utilidad-.

Se diferencia de la conducta básica –simple- en la manifestación del propósito de obtener un provecho o utilidad ilícitos (elemento subjetivo). Su agotamiento se perfecciona, entonces, cuando se obtiene, efectivamente, el provecho; no obstante, no se requiere para su consumación pues es suficiente con que el infractor actúe motivado intencionalmente por el propósito.

Sobre la distinción entre la modalidad simple y la extorsiva la jurisprudencia de la Corte ha dilucidado (CSJ SP 11 mar. 2009, rad. 28.563):

2. El delito de secuestro ha tenido tradicionalmente como bien jurídico protegido la libertad individual en el sentido básico que involucra privar a otro del derecho de locomoción, esto es, de aquella posibilidad de disponer según su voluntad del lugar en el que quiere permanecer o ir.

Dos han sido igualmente las modalidades de este atentado a la libertad individual de las que se ha ocupado la doctrina y que a su turno el legislador ha erigido en hechos punibles; el secuestro simple y el secuestro extorsivo, empleándose en una y otra descripción típica exactamente los mismos verbos o núcleos rectores delimitadores del ámbito de la conducta.

Está incurso en el reato de secuestro quien arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, se trata por ende de una descripción típica compuesta y alternativa común a ambas especies, emergiendo como elemento diferenciador de una y otra modalidad la introducción de ingredientes subjetivos específicos para el secuestro extorsivo, esto es,

que el delito se cometa con el propósito de exigir por la libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político, en tanto que el secuestro simple obedece a “propósitos distintos” a los enunciados.

3. *Hay tipos penales en los que el aspecto subjetivo se agota en el dolo como voluntad conciente de la realización del hecho, pero hay otros en los cuales dicho componente requiere un plus subjetivo, esto es, una finalidad que persigue un objeto que se encuentra más allá de la realización del tipo objetivo y que permite concebir en abstracto dos momentos distintos: el primero que se ejecuta al actualizar el tipo penal, en tanto que el otro -si bien depende del primero como su presupuesto- no requiere una concreta realización pero sí la exteriorización de una particular intención o tendencia que se procura alcanzar con el hecho.*

Por tanto, los denominados elementos subjetivos del tipo -distintos del dolo- son propósitos definidos o destacadas finalidades que van más allá de la realización del tipo objetivo y que suponen en el autor un determinado cometido o intención que se pone de presente en la forma como actualiza el tipo objetivo.

4. *En el punible de secuestro extorsivo la dirección finalística de la voluntad del agente se dirige hacia la obtención de alguno de los propósitos con el hecho que en el tipo penal se han señalado. Esto es, que a cambio de la liberación se hace una exigencia. Dicha exigencia está expresamente enunciada en el tipo penal a través de diversas alternativas y variables, en tanto que en el secuestro simple no es precisado el objeto que motiva la realización de la conducta, pues no se enuncia coerción particular y concreta alguna como finalidad destacada, dejando abierta la misma a la dirección de la voluntad hacia propósitos diversos de aquellos delimitados para el modelo extorsivo del secuestro, sin que ello signifique que dicho atentado a la libertad carezca de una finalidad, sino que obedece a un cometido diferente.*

No otro puede ser el entendimiento de la expresión “con propósitos distintos” a los señalados para el secuestro extorsivo por el art. 169 del C.P., a que alude el art. 168 idem., de manera que tal y como es destacado por el señor Procurador al afirmar:

“Dada la utilización de un ingrediente subjetivo indeterminado y de condición residual, podría pensarse que el legislador colombiano frente al secuestro simple en realidad no utilizó este instrumento de precisión típica, refiriéndose sólo al ‘propósito distinto del extorsivo’ con la única finalidad de distinguir la hipótesis del secuestro extorsivo que exige constatación del propósito expresamente señalado en la descripción típica, del secuestro simple que parecería no requiere constatación concreta de la intención, bastando sólo la precisión de que la actuación del actor no está motivada por el propósito requerido.

Este último aserto se nos antoja equivocado por cuanto en realidad la presencia típica de un ingrediente subjetivo y residual en caso del secuestro simple exige una averiguación en el caso concreto sobre la finalidad delictiva del actor, para excluir racionalmente la modalidad delictiva del secuestro extorsivo y además para constatar el motivo ilícito del secuestro, pues si no fuera así, en forma equivocada llamaríamos conducta típica de secuestro la retención contra su voluntad de un menor, hecho con el propósito de que no atravesase un río caudaloso, o el ocultamiento, también contra su voluntad, de una persona de quien se sabe, sus enemigos acechan para eliminarla”.

5. Es entendible así, por ende, que tanto en el delito de secuestro extorsivo que contempla un elemento subjetivo fijo delimitado en el propósito que señala la ley, como en el delito de secuestro simple de carácter residual, también nuestro legislador ha previsto como lógico presupuesto al acto de coartar la libertad de una persona que la conducta esté motivada en una finalidad concreta -verificable en cada caso-, diversa según el mandato de la ley de aquella que motiva y direcciona el designio criminal en la exigencia extorsiva del secuestro.

Ahora, desde luego que, conforme a los artículos 23 y 24 de la Constitución Política de 1886 y 28 de la de 1991, la sanción se predica del secuestro, habida cuenta que, si la restricción de la libertad tiene fundamento en la ley, *verbi gratia*, la captura en flagrancia o para cumplir una medida de aseguramiento o una condena impuesta legalmente por la autoridad judicial, la retención se excluye de incriminación

por ausencia de antijuridicidad. Y es que los mandatos superiores referenciados sólo admiten la restricción de la libertad bajo orden estricta de autoridad judicial competente.

3. Adecuación típica del delito de tortura

Recuérdese que para el censor, los jueces de instancia incurrieron en falso raciocinio, concretamente, en una falacia lógica en torno a la definición de tortura y al valorar inadecuadamente las señales físicas de tortura en el cuerpo del occiso.

Independientemente de que los yerros interpretativos acerca de los elementos estructurales del tipo penal de tortura debieron demostrarse por la senda de la causal primera, cuerpo primero (infracción directa) es lo cierto que, razón le asiste al demandante al aseverar que los juzgadores erraron su juicio al estimar que GERMÁN ESCUÉ ZAPATA no fue torturado porque el ataque: culetazo y golpes con la mano, no tuvieron por fin anular su personalidad, pues no solo las pruebas revelan que los vejámenes físicos no fueron para nada insignificantes como parecen sustentarlo los juzgadores y lo apoya el delegado del Ministerio Público, sino que también consistió en agresiones morales con la entidad necesaria para doblegar la voluntad del ofendido, en orden a que reconociera una supuesta condición de guerrillero que no tenía y, respecto de la cual aquellos carecían de todo conocimiento certero, pues quien lo acusaba de tal era un informante de la región que permaneció camuflado entre la patrulla.

Para clarificar cuáles fueron todos esos actos lesivos de la integridad física y moral de ZAPATA ESCUÉ se debe acudir tanto a los testimonios de su familia –presente en el lugar– como de los militares involucrados en las acciones reprobadas.

De un lado, ALDEMAR ESCUÉ ZAPATA, su esposa OMAIRA ESCUÉ y su cuñada BERTHA ESCUÉ –compañera de la víctima– contaron que luego de que entraran abruptamente a su casa y, en especial, al cuarto de GERMÁN e intentaran sacarlo por la fuerza de su habitación, como quiera que éste opuso resistencia, fue golpeado inclementemente por los soldados con patadas y culatazos de fusil, tirado al piso boca abajo y amarrado con las manos hacia atrás, al tiempo que era cuestionado por su presunta situación de guerrillero y obligado inicialmente a marchar con la tropa semidesnudo – en pantaloneta- y descalzo. Así lo narró con meridiana claridad OMAIRA:

(...) llegaron tocando la puerta y diciendo que abrieran la puerta porue (sic) era el ejército, yo me levanté porque ellos dijeron que si no abríamos tumbaban la puerta entonces yo le dije a ALDEMAR que abriéramos cuando abrimos entraron y preguntaron por Mario y le dijimos que no estaba, nos dijeron que saliera para afuera y cogieron y abrieron la otra pieza donde estaba GERMAN que no se había levantado y lo sacaron y como no quería salir lo jalaron de la mano y esculcaron todo adentro, de ahí mientras los unos esculcaban los otros estaban golpiándolo (sic) a GERMAN ahí afuera y a ALDEMAR también, nosotros le dijimos que no los golpiarán (sic) y ellos después de patearlo se lo llevaron así sin ropa como estaba en pantaloneta y descalzo, ya después yo le dije BERTA (sic) que le lleváramos el pantalón y los zapatos, yo le dije a ellos que esperaran y ella le dio los zapatos y el pantalón y la chaqueta y se lo

*llevaron y como Berta estaba llorando le dijeron que para qué lloraba si había tantos hombres, así fue que dijo el soldado (...)*¹²³.

Pese al clamor de BERTHA para que no le pegaran a su esposo porque según les dijo se lo iban a matar, los militares no cedieron en su reprimenda contra él y su hermano ALDEMAR a quien también acusaron de insurgente y golpearon en el estómago –a pesar de estar convaleciente de una cirugía- y, al ser interrogados por aquella sobre el sitio hacia donde se llevaban a su pareja, le dijeron que no llorara porque hombres habían muchos, lo que en sí mismo constituía una sentencia de que nada bueno le iría a pasar al aprehendido.

La paliza narrada por los familiares de GERMÁN es confirmada por el soldado **MARCO TULIO CAÑAS**, quien señala que «a ese señor el comandante –se refiere a CAMACHO- le pegaba para que dijera la verdad que era guerrillero y la señora le decía usted me lo va a matar»¹²⁴.

En similar sentido, **OSCAR IVÁN ARIAS HERRERA** asevera que luego de que le fueran encontradas unas armas a la víctima, **CAMACHO** lo acusó con palabras soeces de ser guerrillero «lo cogió del cuello y lo sacó hacía (sic) afuera y lo golpeo (sic), ya la señora empezó a llorar y los pelaitos (sic), afuera CAMACHO le pego (sic); cuando nosotros nos fuimos a ir ya la señora se puso a llorar y ella comenzó a suplicar que no se lo llevaran y le decía entonces CAMACHO le decía tranquila que ahora se lo mandamos y entonces ella le dijo no usted me lo devuelve muerto (...)¹²⁵.

¹²³ Cfr. folio 257 cuaderno 1.

¹²⁴ Cfr. folio 247 del cuaderno 2.

¹²⁵ Cfr. folio 17 del cuaderno 3.

Algo parecido relata HIDELBRAN CASTRO QUINTERO:

(...) ellos golpearon la puerta con la pata, me parece que fue PATOTAS, sacaron a esa gente de allí, al enfermo no lo sacaron por que (sic) estaba muy mal, entraron a las malas por que (sic) como era un allanamiento para registrar la casa, yo estaba por los lados del trapiche vigilando, pero veía para la casa yo vi cuando sacaron al joven y al otro mán (sic) que estaba operado, luego salio (sic) la señora llorando que no se fuera a llevar, ella era joven, no se quien (sic) era, me parece (sic) que ella tenía un niño de brazos y pues ella no quería dejarlo llevar y como nosotros nos teníamos que ir los compañeros la separaron de él y la empujaron y el cabo CAMACHO le dijo que tranquila que no le iba a pasar nada, lo llevaban apuntando (...) Lo sacaron a las malas, de las manos entre dos, no se si se caería, ellos le apuntaron, no me acuerdo si lo amarraron por que (sic) nosotros no teníamos con que amarrarlo (...)¹²⁶.

Cuentan OMAIRA y BERTHA que al ver que, en mitad de la noche se llevaban detenido a GERMÁN, la primera le sugirió a la segunda que le aprestara a él las prendas de vestir (pantalón, chaqueta, zapatos), y solo fue por esta razón que ella alcanzó a la patrulla para hacerle entrega a su marido de tales elementos.

Ya en el camino, supuestamente hacia la cárcel o el campamento, se sabe que **CAMACHO** le dio la orden a sus subalternos de que marcharan adelante, quedándose en custodia, junto con el cabo **OSPINA** y algunos pocos soldados, entre ellos, **OSCAR IVÁN ARIAS HERRERA**, del capturado a quien el primero le manifestó que se fuera o que corriera¹²⁷, expresión que GERMÁN, seguramente, no pudo generar otra

¹²⁶ Cfr. folios 296 y 298 del cuaderno 2.

¹²⁷ Así lo cuenta el testigo de oídas HIDELBRAN CASTRO QUINTERO Cfr. folio 297 *ibidem*.

reacción que la de temor y angustia extrema por lo que iría a pasar con su vida, ante lo cual éste le contestó que no lo iba a hacer, porque si lo hacía, su captor aprovecharía para matarlo. En esas circunstancias, el cabo **CAMACHO** y a la vista de **OSPINA** y **ARIAS HERRERA**, redujo a la víctima con un culatazo en el estómago, luego de lo cual le disparó por lo menos en dos oportunidades, causándole la muerte.

Así lo confirma **ARIAS HERRERA**:

(...) mi cabo CAMACHO dijo vamos que este [hp] si es guerrillero y nos fuimos, cuando íbamos mas (sic) arriba ya empezó a decirle a todos que siguiéramos adelante y ya se fue quedando atrás con el muchacho retenido, llegamos a un plan que era donde había como una cancha de fútbol por que (sic) había una especie de escuelita, había mucha claridad por que (sic) había luna llena, entonces nos hizo seguir para adelanta (sic), yo me acuerdo que nosotros seguimos para adelanta (sic) y el (sic) se quedó en toda la mitad de la cancha, se quedó con ese man allí y cuando nosotros llegamos al morrito volteamos a mirar y CAMACHO estaba hablando con ese man ahí parado, cuando menos pensó le pego (sic) un culatazo en la barriga, cuando el (sic) le pego (sic), el muchacho se agacho (sic) y entonces CAMACHO se retrocedió y le pego (sic) tres tiros, yo vi los fogonazos, yo estaba como a cien metros, el man quedo (sic) ahí tirado y mi cabo CAMACHO se vino caminando rapidito y empezó a decirnos vamos, vamos y nosotros arrancamos asustados (...)¹²⁸.

Otro de los tópicos que sirvió de base a los juzgadores para la absolución de los acusados provino de conferir mérito suasorio positivo al dicho de VICTORINO MESTIZO MARTÍNEZ, inspector de policía de la vereda Loma Redonda para la época de los hechos, encargado de hacer el levantamiento de cadáver, quien, según el Tribunal, habría negado haber

¹²⁸ Cfr. folios 17-18 del cuaderno 3.

percibido en dicha diligencia algún signo de tortura, lo cual no es del todo preciso, pues escudriñadas, en detalle, todas sus salidas procesales, se percibe cierta ambivalencia que no permitiría confirmar, con seriedad, tal aserción.

En realidad, en la primera oportunidad en la que VICTORINO declaró¹²⁹, manifestó que «sobre los hechos de importancia ocurridos a principios de ese año [1988] no [tiene] presente, pues ya son casi once años atrás»¹³⁰, recordó que alguien lo llamó como a las 7:00 a.m. a su casa para que fuera a hacer un levantamiento en un alto de un potrero o chaparral, que «le habían pegado unos tiros, no recuerd[a] en que (sic) lugar del cuerpo»¹³¹ y que recogió una vainilla y remitió las diligencias al juzgado, como era la mecánica.

En su ampliación¹³² relató que PEREGRINO ESCUÉ lo fue a llamar como a las 7:30 a.m. a su vivienda para hacer el levantamiento al cual acudió con su secretaria; encontró unas dos o tres vainillas que las remitió al Juzgado de Jambaló junto con el acta respectiva. En cuanto al occiso sostuvo que éste tenía ropa común y corriente y frente a alguna señal de violencia respondió: «Vea yo de eso si en el momento no me recuerdo, pero eso fue con arma de fuego, lo que me acuerdo es en que (sic) parte no lo tengo presente, es que eso hace mucho rato»¹³³.

No obstante, a renglón seguido, al ser interrogado sobre si el cadáver fue fotografiado o a la práctica de pruebas

¹²⁹ El 24 de junio de 1999.

¹³⁰ Cfr. folio 150 del cuaderno 1.

¹³¹ Cfr. folio 151 *ibidem*.

¹³² Del 13 de diciembre de 2012.

¹³³ Cfr. folio 216 *ibidem*.

técnicas por parte de alguna autoridad, cambió su versión para indicar que «[e]l (sic) estaba vestido, pero no tenía (sic) golpes ni morados, no estaba torturado, no estaba amarrado ni nada, solo así común y corriente»¹³⁴. Enseguida, se le puso de presente la declaración rendida en pasada oportunidad, pero el deponente negó que la firma allí impuesta fuera la suya y haber ido al despacho de la Juez Promiscuo Municipal de Jambaló a rendirla, por lo que se le leyó en su integridad, momento para el cual manifestó: «Pues, hombre yo estaba viendo mal y esa si es la firma mía, y si ya recuerdo que yo dije eso»¹³⁵.

En su siguiente ampliación¹³⁶, reiteró que PEREGRINO ESCUÉ le informó sobre la muerte de GERMÁN ESCUÉ por lo que se trasladó, con su secretaria y aquél hasta el sitio de los hechos, lugar en el que

(...) lo ví[o] tirado en el piso boca arriba, sobre una lomita lejos del camino real, en ese momento había mucha gente de la comunidad, observ[ó] que el cuerpo no había (sic) sido movido, el (sic) estaba con ropa común (sic) y corriente, tenía (sic) camisa, tenía (sic) pantalon (sic), zapatos, correa, eso debe estar en el acta de levantamiento. La cabeza estaba para el occidente mas o menos, no le encontra[ron] nada de pertenencias, ni dinero, ni reloj, no tenía (sic) nada en los bolsillos, no recuerd[a] como (sic) eran los zapatos, no recuerd[a] color de la camisa ni el pantalon (sic), tenía (sic) interiores puestos pero tampoco [se] acuerd[a] el color, esos datos deben estar en el acta de levantamiento. (...) le quit[ó] las prendas de vestir para mirar las heridas y observ[ó] las heridas mas (sic) que todo, despues (sic) encontra[ron] dos vainillas de fusil, cerca al cadaver (sic) eso es lo que [s]e recuerd[a]. (...) [Sabe] que tenía (sic) las heridas pero no [se] recuerd[a] en que (sic) parte, era en la parte del tronco, tenía (sic) dos heridas, con entradas y salidas, por la entrada no se le veía (sic) nada pero de salida se le veían los destrozos.¹³⁷

¹³⁴ Cfr. folio 217 *ibidem*.

¹³⁵ Cfr. folio 217 *ibidem*.

¹³⁶ Del 18 de marzo de 2009.

¹³⁷ Cfr. folios 7-8 del cuaderno 5.

Preguntado el testigo acerca de otras señales que se hubieran podido ocasionar en su cuerpo, dijo no recordar «debido al sitio (sic) transcurrido»¹³⁸, entiéndase tiempo transcurrido, y afirmó que al cadáver no se le practicó necropsia porque en ese tiempo eso no se usaba.

Finalmente, en la audiencia pública de juzgamiento¹³⁹, reiteró que el cuerpo estaba boca arriba, había recibido dos impactos de fusil, pero no logra recordar dónde o que exhibiera algo más. Sin embargo, más adelante aseveró que no tenía más lesiones o signos de que hubiera estado amarrado porque no tenía laceraciones en sus muñecas.

Este pormenorizado recuento de la versión de VICTORINO MESTIZO, distinto a lo dilucidado por las instancias, no permite establecer a ciencia cierta que el deponente estuviera seguro de que el cadáver de la víctima no presentara señales de tortura, pues más de las veces y desde un inicio, arguyó no recordar –debido al considerable paso del tiempo desde cuando ocurrieron los hechos- si quiera dónde estaban las heridas causadas por arma de fuego de alto calibre, que suelen dejar lesiones de gran entidad, con mayor razón las de menor tamaño.

Nótese cómo solo después de 23 años, es que tras iterar que no recordaba el sitio de las heridas por arma de fuego,

¹³⁸ Cfr. folio 8 *ibidem*.

¹³⁹ Cfr. minuto 18:43 del CD 5 de la sesión del 12 de julio de 2011.

prodigiosamente recuerda que el cuerpo carecía de más lesiones, sobre todo en sus muñecas.

Esta última iluminada visión de lo que el deponente observó muchísimo tiempo atrás no brinda la confiabilidad indispensable para concluir, como lo hicieran los falladores, que el cuerpo del occiso no presentaba ningún signo de tortura.

Y es que, repárese cómo este testigo fue perfectamente consistente al recordar, en todas sus deposiciones, sobre la persona que le informó del fallecimiento y requirió de sus servicios para hacer el levantamiento, el sitio donde yacía el cadáver, la ropa que tenía puesta, las vainillas encontradas, pero, sigilosamente, a pesar de admitir que le retiró las prendas de vestir al cuerpo, tiene una gran dificultad para recordar en dónde estaban las heridas que le causaron la muerte a GERMÁN, cuando por el daño causado, presumiblemente intenso, la imagen percibida debió ser muy impactante.

En cambio, es viable acudir a los testimonios de las personas que el 2 de febrero de 1988 observaron el cuerpo inerte de la víctima –algunos familiares y otro no- y, de manera homogénea, refieren la existencia de rastros de la misma.

En primer lugar, como lo hiciera ver el libelista, está la declaración de GREGORIO SECUÉ, vecino del lugar, quien

refiere¹⁴⁰ que «ese señor estaba bocarrriba, los tiros los tenía (sic) en el pecho, si se veía (sic) que estaba torturado por los (sic) manos como de haber estado amarrado, y se veía (sic) el cuerpo golpeado, no vi que le hicieran autopsia. (...)»¹⁴¹.

Parecido a lo anterior, OMAR ESCUÉ ZAPATA confirmó que a su hermano no le hicieron autopsia, que tenía «tiros de arma grande en el pecho (...) se veían varias huellas como de haberles peliado (sic), a lo mejor por defenderse del mal, (...) estaba golpeado y luchado como defendiéndose (sic) y se le veía (sic) huellas como de tortura, por el cuello;»¹⁴². Igualmente, MARIO PASSU relató que en el lugar en el que mataron a su hijo lo único que dejaron «fué (sic) un poco de tiros de fusil y las señales de tortura que le quedaron a su hijo, tenía golpes por todo el cuerpo, en la cara (...)»¹⁴³.

Tales signos son perfectamente compatibles con las agresiones que narraron los familiares del agredido y algunos uniformados, presentes en el lugar de los hechos.

Todos los militares implicados coinciden en negar la tortura. Uno de ellos: **MARCO TULIO CAÑAS TORRES**, por cuanto estima que torturar es «mocharle los dedos, meterle agujas y eso no se hizo»¹⁴⁴ y otro, el plurimencionado cabo CAMACHO porque no lo colgaron¹⁴⁵.

¹⁴⁰ El 25 de enero de 1996.

¹⁴¹ Cfr. folio 120 vuelto del cuaderno 1.

¹⁴² Cfr. folios 118 vuelto-119 *ibidem*.

¹⁴³ Cfr. folio 142 *ibidem*.

¹⁴⁴ Cfr. minuto 02:25:02 del CD 1 de la sesión de audiencia pública del 11 de julio de 2011.

¹⁴⁵ Cfr. minuto 10:30 del CD 2 de la sesión de audiencia pública del 11 de julio de 2011.

Sin embargo, es claro que los métodos o procedimientos empleados por los uniformados para conseguir que el ilegalmente aprehendido confesara que era guerrillero, contrario a lo estimado por los jueces de conocimiento, son altamente eficientes para anular la personalidad del sujeto agredido, tanto en el plano físico como moral.

De este modo, como lo sostuvo el casacionista, la Sala es del criterio que el Tribunal incurrió en una falacia reductiva al minimizar el alcance de los maltratos causados a GERMÁN ESCUÉ ZAPATA. Sea esta la oportunidad para agregar que, no porque el tiempo ocupado por los militares en afligir semejantes castigos inhumanos a la víctima no fuera sustancialmente considerable puede desestimarse la incidencia de los vejámenes en la humanidad y la conciencia del agredido.

Para la Sala no es necesario abundar en si el inspector VICTORINO MESTIZO estaba calificado o no para emitir un concepto sobre los signos de tortura o no del cadáver, pues, de un lado, no se trata de deslegitimar las conclusiones de un protocolo de necropsia sino de conocer cuáles fueron los hallazgos que, a simple vista, habrían quedado consignados en el acta de levantamiento del cadáver –perdida, al parecer, en el extravío del expediente inicial de la justicia penal militar-, para lo cual el grado de escolaridad –segundo grado de primaria- de dicho funcionario policivo no resulta relevante, pues, si bien, no es viable desconocer que, un conocimiento especializado podría ayudar a dilucidar con mayor acierto y claridad sobre éste tópico, hasta para el más

profano –como lo pueden ser, a su vez, los familiares y vecinos del obitado-, ciertos rastros en el cuerpo son indicativos de actos de tortura.

De este modo, también es oportuno insistir en que, contrario a lo estimado por la defensa, no se demanda de prueba científica para acreditar ocurrencia de la tortura, pues bajo la textura del principio de libertad probatoria, al conocimiento de los hechos se puede llegar por cualquier medio de convicción debidamente practicado en la actuación, máxime si de probar comportamientos constitutivos de tortura psicológica se trata.

En fin, son las inconsistencias protuberantes en el relato de dicho testigo, inadvertidas por los falladores, las que conducen a la Sala a restarle la credibilidad que sí le confirieron las instancias y a otorgársela a la prueba testimonial que da cuenta de las acciones lesivas de la autonomía personal de la víctima.

En este punto, son valiosas las conclusiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual, sobre el particular, específicamente, acerca de la violación del derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5° de la Convención Americana, sentenció:

69. Conforme a la prueba aportada y a la confesión del Estado, la víctima fue golpeada por militares¹⁴⁶ mientras era acusada de ser

¹⁴⁶ Cfr. declaración de Bertha Escué Coicue de 4 de diciembre de 2002 (expediente de anexos a la contestación a la demanda, expediente de la Fiscalía, Cuaderno 1, folio 1905); declaración de Omaira Escué Coicue de 4 de diciembre de 2002 (expediente de anexos a la contestación a la demanda, expediente de la Fiscalía, Cuaderno 1, folio

guerrillero y presionada a confesar dicha condición y la supuesta posesión de armas. Asimismo, fue llevada hacia las montañas y momentos antes de su ejecución se le pidió que corriera, a lo que la víctima contestó que no iba a hacerlo por temor a ser ejecutada, lo que en efecto ocurrió inmediatamente después (supra párr. 38). De ese modo, además de los maltratos físicos perpetrados mientras la víctima era detenida, ésta también padeció el sufrimiento de caminar por algún tiempo sin saber su destino y el desenlace de la operación militar, intimidada por un grupo de militares armados y bajo el miedo de ser privada de su vida.

70. Asimismo, los familiares de la víctima señalaron que el cuerpo del señor Escué Zapata fue encontrado con signos de haber sido físicamente torturado, presentando fracturas en los miembros inferiores, golpes en todo el cuerpo y el rostro destrozado¹⁴⁷. En contrario, el señor Victorino Mestizo Martínez, inspector de Policía que procedió al levantamiento del cadáver, afirmó la inexistencia de equimosis u otros signos de golpes en el cuerpo, y afirmó que la víctima no aparentaba haber sido torturada, y que tampoco estaba amarrada¹⁴⁸.

71. Sobre tales hechos, la Corte nota que de las declaraciones de los familiares de la víctima y del funcionario público señaladas en el párrafo anterior, así como la de algunos militares¹⁴⁹, se desprende que el señor

1915); declaración de Marco Tulio Cañas Torres de 24 de febrero de 2006 (expediente de anexos a la contestación a la demanda, expediente de la Fiscalía, Cuaderno 3, folio 2334); declaración de Francisco Javier Bedoya Aguirre de 18 de marzo de 2006 (expediente de anexos a la contestación a la demanda, expediente de la Fiscalía, Cuaderno 3, folio 2402); declaración de Oscar Iván Arias Herrera de 18 de marzo de 2006 (expediente de anexos a la contestación a la demanda, expediente de la Fiscalía, Cuaderno 3, folios 2410 y 2411), y declaración jurada de Bertha Escué Coicue de 16 de enero de 2007 (expediente de fondo, Tomo III, folio 606).

¹⁴⁷ Cfr. declaración de Mario Pasu de 27 de mayo de 1999 (expediente de anexos a la contestación a la demanda, expediente de la Fiscalía, Cuaderno 1, folio 1781); declaración del señor Aldemar Escué Zapata de 1 de julio de 1999 (expediente de anexos a la contestación a la demanda, expediente de la Fiscalía, Cuaderno 1, folio 1805); declaración de Etelevina Zapata en la audiencia pública ante la Comisión Interamericana celebrada el 17 de octubre de 2002; declaración del señor Aldemar Escué Zapata de 30 de noviembre de 2002 (expediente de anexos a la contestación a la demanda, expediente de la Fiscalía, Cuaderno 1, folio 1912); declaración jurada de Mario Pasu de 16 de enero de 2007 (expediente de fondo, Tomo III, folio 645); declaración jurada de Bertha Escué Coicue de 16 de enero de 2007 (expediente de fondo, Tomo III, folio 606), y declaración jurada de Ayénder Escué Zapata de 16 de enero de 2007 (expediente de fondo, Tomo III, folio 652).

¹⁴⁸ Cfr. declaración de Victorino Mestizo Martínez de 13 de diciembre de 2002 (expediente de anexos a la contestación a la demanda, expediente de la Fiscalía, Cuaderno 1, folio 1873).

¹⁴⁹ Cfr. declaración de Oscar Iván Arias Herrera de 18 de marzo de 2006 (expediente de anexos a la contestación a la demanda, expediente de la Fiscalía, Cuaderno 3, folios 2410 y 2411).

Escué Zapata fue lesionado después de que éste fue conducido de su residencia hacia el lugar de su ejecución. El tipo de lesiones o la severidad de las mismas no se pueden tener como demostrados. Sin embargo, ante la confesión del Estado de los hechos de este caso y la falta de una investigación adecuada al respecto¹⁵⁰, la Corte los tiene como hechos establecidos.

72. Consecuentemente, la Corte considera que los maltratos y lesiones que el señor Escué Zapata sufrió implicaron una violación por parte del Estado al derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana.

73. Respecto de la obligación de garantizar el derecho reconocido en el artículo 5 de la Convención Americana, la Corte ha señalado que ésta implica el deber del Estado de investigar posibles actos de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes¹⁵¹.

74. En igual sentido, el Tribunal ha señalado anteriormente que: a la luz de la obligación general de garantizar a toda persona bajo su jurisdicción los derechos humanos consagrados en la Convención, establecida en el artículo 1.1 de la misma, en conjunto con el derecho a la integridad personal conforme al artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal) de dicho tratado, existe la obligación estatal de iniciar de oficio e inmediatamente una investigación efectiva que permita identificar, juzgar y sancionar a los responsables, cuando existe denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura¹⁵².

75. En definitiva, el deber de investigar constituye una obligación estatal imperativa que deriva del derecho internacional y no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de

¹⁵⁰ La Corte ha establecido que el Estado es responsable, en su condición de garante de los derechos consagrados en la Convención, de la observancia del derecho a la integridad personal de todo individuo que se halla bajo su custodia. En consecuencia, existe la presunción de considerar responsable al Estado por las torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes que exhibe una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales, si las autoridades no han realizado una investigación seria de los hechos seguida del procesamiento de los que aparezcan como responsables de tales conductas. *Cfr.* Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), supra nota 34, párr. 170, y Caso Baldeón García, supra nota. 38, párr. 120.

¹⁵¹ Caso de la Masacre de Pueblo Bello, supra nota. 19, párr. 142; Caso Bueno Alves, supra nota 9, párr. 88, y Caso del Penal Miguel Castro Castro, supra nota 17, párr. 344.

¹⁵² *Cfr.* Baldeón García, supra nota 38, párr. 156; Caso Bueno Alves, supra nota 9, párr. 89, y Caso del Penal Miguel Castro Castro, supra nota 17, párr. 345

ninguna índole. Como ya ha señalado este Tribunal, en caso de vulneración grave a derechos fundamentales la necesidad imperiosa de prevenir la repetición de tales hechos depende, en buena medida, de que se evite su impunidad y se satisfaga las expectativas de las víctimas y la sociedad en su conjunto de acceder al conocimiento de la verdad de lo sucedido. La obligación de investigar constituye un medio para alcanzar esos fines, y su incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado¹⁵³.

76. En este caso, la evaluación acerca de la obligación de garantizar el derecho a la integridad personal por la vía de una investigación seria, completa y efectiva de lo ocurrido, se hace en el Capítulo X de esta Sentencia. Es suficiente indicar para los efectos de la determinación de la violación del artículo 5 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, que en este caso el Estado no ha garantizado efectivamente el derecho a la integridad personal.

Ahora, a juicio del delegado del Ministerio Público, la conducta punible de tortura es atípica frente a los cabos **CAMACHO** y **OSPINA**, por ser de naturaleza subsidiaria para la época de los sucesos delictivos, concretamente, respecto del punible de homicidio por el que estos ya fueron condenados.

No obstante, si bien, en vigencia del Estatuto Punitivo anterior, no es posible negar el carácter no principal del reato en cuestión, en criterio de la Corte, no parece claro que la tortura pudiera ser subsidiaria del homicidio si se considera que aunque podría argumentarse que tienen cierta afinidad en punto de uno de los intereses jurídicos tutelados, específicamente, la integridad personal, aquel comportamiento aflictivo de la autonomía personal y del ser físico o moral, no se subsume en la del homicidio consistente en arrebatarse la vida a una persona, pues una y otra acción

¹⁵³ Cfr. Caso Velásquez Rodríguez, supra nota 18, párrs. 174-177; Caso Bueno Alves, supra nota 9, párr. 90, y Caso del Penal Miguel Castro Castro, supra nota 17, párr. 347.

son sustancial y típicamente diversas y, por ende, pueden consumarse, como en el caso de la especie, de forma autónoma, en la medida que primero ocurrió la tortura y luego, el homicidio, el cual sobrevino no con ocasión de la tortura.

4. Sobre el delito de secuestro extorsivo de cara al caso concreto

Un error de hecho en el sentido de falso juicio de existencia por suposición proviene de apreciar una prueba que no obra en el proceso como si efectivamente se hubiera practicado, para dar por probado algún supuesto de hecho o derecho, con efecto trascendente en la decisión de fondo.

Este es el yerro que el casacionista le achaca a los fallos de instancia, por cuanto considera que los juzgadores le confirieron mérito positivo al acta de incautación o entrega del presunto material bélico decomisado a la víctima, medio de prueba inexistente en el expediente pero que le habría servido a los falladores para acreditar que el procedimiento de captura en flagrancia fue legal.

Al respecto, de entrada se debe establecer que faltó al principio de corrección material el libelista, cuando de manera tergiversada sostuvo que las sentencias supusieron dicho elemento de convicción por cuanto, es el mismo demandante quien admite que los jueces de instancia,

expresamente, aceptaron que dicha acta no consta en el legajo¹⁵⁴.

Distinto es que, atendiendo otros elementos de prueba hayan inferido que las presuntas armas y municiones sí existieron, cuestión que les sirvió de base para decantar que no se configuró el secuestro extorsivo porque la aprehensión de GERMÁN ESCUÉ ZAPATA habría sido producto del hallazgo de tales elementos de guerra en su vivienda.

Para llegar a esta conclusión, los falladores adverbaron, con soporte en la prueba testimonial de los implicados - quienes narraron haber encontrado el material bélico en la residencia del occiso- y el registro procesal de la previa existencia de la referida acta en el expediente extraviado, que tal pieza probatoria seguramente llegó a hacer parte del diligenciamiento, pero como éste se perdió, también dicho documento inserto en él.

Contrario a lo argüido por el casacionista, los jueces de instancia no perdieron de vista que los familiares de la víctima –ALDEMAR ESCUÉ ZAPATA (hermano), BERTHA (esposa), OMAIRA ESCUÉ COICUÉ (cuñada)-, presentes en el lugar de los hechos, fueron reiterativos en afirmar que, el obitado no guardaba ningún tipo de arma de fuego o munición en la vivienda, que habilitara a los uniformados a capturarlo en flagrancia sino que prefirieron otorgarle valor suasorio a la

¹⁵⁴ *Cfr.* folio 65 de la sentencia de segunda instancia a folio 87 del cuaderno de Tribunal.

versión de los militares, pues las contradicciones en que incurrieron fueron insustanciales.

Nótese sobre el particular que el juez plural se inclinó por creer en lo narrado por los implicados, en el entendido que si los soldados desmintieron la primera de las versiones entregada a la justicia sobre la forma en que se desarrolló el homicidio, confeccionada por los cabos **CAMACHO** y **OSPINA** y su comandante Navarro, es porque «pese a la subordinación que tenían respecto de aquellos se atrevieron a contradecir a sus jefes de aquella época, para aclarar a la justicia la verdad de lo ocurrido, razón por la cual debe dársele credibilidad a sus dichos», tanto respecto de aquel aspecto –el homicidio a manos de **CAMACHO**– como frente a la existencia de las armas.

En efecto, no es posible ignorar que las versiones de los uniformados a este respecto son homogéneas pese a que incurren en algunas contradicciones entre ellos y consigo mismos, respecto a la cantidad y clase de armas, municiones y material de intendencia y su destino. Ello es comprensible, atendiendo que no todos cumplieron idéntica función en la diligencia de registro, ni tuvieron igual lugar privilegiado para observar los más mínimos detalles, pues solo algunos entraron a la residencia y los otros permanecieron afuera de ella y los únicos que se encargaron de hacer entrega del material bélico fueron los comandantes, además del considerable tiempo transcurrido entre el momento de los hechos y las fechas en que rindieron declaración.

Para dilucidar, con mayor claridad, la coherencia en los relatos de los militares, acerca de tan puntual aspecto, la Corte hará un recuento pormenorizado de lo narrado por ellos a lo largo de la actuación.

Así, se tiene que, el cabo **EVERT OSPINA**, en su primera salida procesal¹⁵⁵, reveló que

(...) [s]e tuvo información de que en sitio PITAYO (sic) había un integrante del Quintín Lame, se hizo el registro del área y se encontró un individuo porque el resto salió huyendo, que tenía guardada una granada de guerra, se le encontraron dos escopetas de calibre, uniformes camuflados no record[a] la cantidad y munición de guerra, se retuvo al individuo y se procedió a llevarlo a la autoridad competente (...) las mencionadas armas que le decomisamos fueron entregadas al Batallón San Mateo.¹⁵⁶

Después¹⁵⁷, aseveró que no sabía si la patrulla retuvo a la víctima «por sospecha o por algún acto que se le vio o fue por informaciones, lo cierto fue que se retuvo por que (sic) él tenía unas armas, en una casa, posiblemente se llegó a la casa o se retuvo antes de la casa, lo cierto fue que se le encontraron, armas, uniformes, municiones, (...). Eso fue entregado a la Juez penal militar y quedó (sic) bajo la custodia del batallón de artillería No. 8 en San Mateo en su depósito de armamentos. (...)»¹⁵⁸; explicó que cuando llegó al lugar un soldado tenía un arma incautada en la mano (una escopeta o una carabina) y que luego se encontraron otras armas, uniformes y municiones dentro de la casa. Una de las armas y los uniformes, según lo rememora, se hallaron en el cielo raso, pero no recuerda si

¹⁵⁵ Del 10 de noviembre de 1992.

¹⁵⁶ Cfr. folio 46 del cuaderno 1.

¹⁵⁷ El 24 de febrero de 2006.

¹⁵⁸ Cfr. folios 237-238 del cuaderno 2.

la persona fue capturada fuera o dentro de la casa, aunque le parece que una muchacha decía que al aprehendido lo habían obligado a tener esas armas ahí.

Por su parte, en su indagatoria¹⁵⁹, confirmó que cuando arribó a la casa, un soldado tenía una escopeta o carabina incautada pero aclaró que vio cuando un soldado encontró en el cielo raso «una granada de guerra, era una granada como ecuatoriana de esas largas como de tarro, no era de esas hechizas sino como de fabricación ecuatoriana»¹⁶⁰. En total, cree que encontraron 2 armas, la granada, una munición y uno o dos uniformes.

Más adelante, en la misma diligencia, al ser cuestionado frente a la inconsistencia derivada de que el soldado **OSCAR IVÁN ARIAS HERRERA** dijera que quien encontró el explosivo fue el cabo **CAMACHO**, explicó que en verdad solo escuchó la voz que dijo que había una granada y que «posiblemente el cabo CAMACHO la encontró y el que gritó o dijo del encuentro fue un soldado», y lo que si observó fue el artefacto porque lo tuvo en sus manos. Esta última versión la ratificó en la primera ampliación de injurada¹⁶¹, oportunidad en la que agregó que «[c]uando se encontró la Granada que salió CAMACHO de dentro de la casa, le dijo al joven que el (sic) si (sic) era GUERRILLERO y que lo iba a hacer meter a la cárcel»¹⁶².

En la segunda ampliación de la misma¹⁶³, dijo que al llegar al sitio vio a un soldado con una escopeta de calibre y

¹⁵⁹ Rendida el 11 de abril de 2006.

¹⁶⁰ Cfr. folio 94 del cuaderno 3.

¹⁶¹ Del 7 de junio de 2006.

¹⁶² Cfr. folio 203 del cuaderno 3.

¹⁶³ Del 30 de julio de 2009. Cfr. folio 146 del cuaderno 7.

que, quienes estaban requisando sacaron otras armas, entre ellas, una granada, un uniforme y un cinturón donde se ponen municiones.

Por su parte, luego de que el soldado **FRANCISCO JAVIER BEDOYA** manifestara no recordar haber registrado un inmueble con ocasión de una información sobre un presunto guerrillero o incautado armas¹⁶⁴, en la ampliación de su declaración¹⁶⁵ afirmó que al día siguiente del operativo respectivo aparecieron un par de granadas, pero que desconocía de dónde las sacaron¹⁶⁶, en su indagatoria¹⁶⁷ volvió a negar que estuvo en un allanamiento¹⁶⁸ y en la ampliación de nuevo admitió su presencia en el lugar de los hechos en su condición de vigilante y que se detuvo a la víctima, sin otra referencia al motivo de la retención.

MARCO TULIO CAÑAS, a su vez, empezó declarando haber salido a un reconocimiento para verificar una información sobre presencia de la guerrilla en la zona en el que habrían sido atacados por el grupo insurgente, combate en el que murió un guerrillero y del que se recuperó una granada hechiza. Así mismo, negó haber estado en algún registro o captura de alguien, pero, enseguida, cambió su narración para contar que debido a que se decía que en la casa de la víctima había un guerrillero, acudieron al lugar, CAMACHO golpeó la puerta, identificándose como de un grupo guerrillero y procedieron a requisar la casa, sacaron a una

¹⁶⁴ Declaración del 24 de febrero de 2006. *Cfr.* folio 244 del cuaderno 2.

¹⁶⁵ Del 18 de marzo de 2006.

¹⁶⁶ *Cfr.* folio 10 del cuaderno 3.

¹⁶⁷ Del 16 de abril de 2009.

¹⁶⁸ *Cfr.* folio 136 del cuaderno 5.

persona y aquél lo sostenía mientras otros compañeros buscaban en la vivienda; en el techo ellos encontraron la granada hechiza –elaborada con un tarro de leche–, por lo que aquél le pegó a GERMÁN para que confesara que era guerrillero. Únicamente, se encontró la granada y un cinturón¹⁶⁹.

Posteriormente, en su indagatoria¹⁷⁰ reiteró que **CAMACHO** golpeó la puerta y dijo que si no les abrían tumbaban la puerta, sacaron a un señor y aquél les dio la orden a los soldados para revisar la casa, «el cabo se quedó afuera, (...) al rato escuch[ó] cuando uno de los soldados manifestó que encontraron una granada casera y él contesta “sigan buscando” y luego escuch[ó] que otro soldado que dijo “mi cabo, aquí hay un cinturón con unos tiros”»¹⁷¹, y en la ampliación de esta injurada señaló: «encontraron una granada hechiza (un tarro de clavos) una escopeta y un cinturón lleno de tiros, no recuerdo que hayan encontrado mas, los elementos los vi al otro día cuando llegaron a loma redonda (...)»¹⁷². Y para justificar su comportamiento agregó: «a mi me parece que la operación iba muy bien hasta el memento (sic) de antes de hacer los tiros, era legal por que (sic) se incauto (sic) las cosas que habían en la casa, la granada y el otro material que había ahí (...)»¹⁷³.

En la audiencia pública¹⁷⁴ afirmó que su función fue la de estar de guardia como a 15 metros de la vivienda, que había mérito para capturar a la víctima porque en la casa – no sabe en qué parte de ella- se encontró una granada y un

¹⁶⁹ Cfr. folios 246-247 del cuaderno 2.

¹⁷⁰ Del 17 de abril de 2009.

¹⁷¹ Cfr. folio 141 del cuaderno 5.

¹⁷² Cfr. folio 107 del cuaderno 7.

¹⁷³ Cfr. folio 107 del cuaderno 7.

¹⁷⁴ Sesión del 11 de julio de 2011.

poco de tiros de calibre alto los cuales tuvo la oportunidad de observar, insistió en que el operativo estuvo bien hecho ya que estaban en una zona roja y se encontraron armas y que «lo malo es que lo suiciden [al capturado] y los metan en problemas a los otros».

JHON ABADÍA DUQUE, al igual que **FRANCISCO JAVIER BEDOYA**, en sus primeras dos atestaciones¹⁷⁵, negó recordar la incautación de alguna arma¹⁷⁶ y haber participado en operativo alguno¹⁷⁷, en su indagatoria admitió esto último¹⁷⁸ y en la audiencia pública lo reiteró pero negó estar cerca de la casa y saber de la incautación de material de guerra¹⁷⁹.

El soldado HILDEBRAN CASTRO QUINTERO¹⁸⁰ contó que a la casa de GERMÁN entraron a las malas porque era un allanamiento, que el cabo CAMACHO se subió al techo «y se le vino una granada como hechiza como de un tarro de gaseosa, creo, también encontraron una escopeta indumil y un pantalón de la policía y el muchacho no decía nada, el caso es que a él se lo llevaron por que (sic) como el informante lo estaba señalando a él y como a él le ponían una linterna en la cara y el informante decía que si (...) el (sic) [refiriéndose a la víctima] era guerrillero por que (sic) el informante fue el que lo aventó y encontra[ron] esas armas y el uniforme ahí (...)»¹⁸¹. En todo caso, precisó que en el campamento no vio a nadie con la escopeta o la granada y no recuerda que las hayan llevado.

¹⁷⁵ El 16 de marzo de 2006.

¹⁷⁶ Cfr. folio 275 del cuaderno 2.

¹⁷⁷ Cfr. folio 179 del cuaderno 5.

¹⁷⁸ Del 29 de julio de 2009.

¹⁷⁹ Sesión del 11 de julio de 2011.

¹⁸⁰ Del 17 de marzo de 2006.

¹⁸¹ Cfr. folio 297-298 del cuaderno 2.

Así mismo, **RUBÉN DARÍO ARICAPA** atestiguó¹⁸² que estuvo en el operativo, a 50 metros de la vivienda, y no observó ningún elemento bélico retenido¹⁸³, pero en la indagatoria¹⁸⁴ negó haber estado en esa patrulla y dijo que se había quedado de centinela en el campamento¹⁸⁵, lo cual iteró en la ampliación de la misma¹⁸⁶ y volvió a modificar en la audiencia pública¹⁸⁷ donde manifestó haber estado a 20 metros del lugar y desconocer si se incautó algo porque no entró a la residencia.

Otro de los implicados, **OSCAR IVÁN ARIAS HERRERA** relató¹⁸⁸ sobre el particular que a la casa entraron él, los cabos **CAMACHO** y **OSPINA** y JHON JAIRO LONDOÑO, alias “Memin”, registraron por todas partes y **CAMACHO** encontró una escopeta y una canana con proyectiles de escopeta y en el «enciado»¹⁸⁹, «una granada de las que (...) llama[n] CLAUSEN (...) por que era redonda como una cerveza en lata y encima tiene un estopín»¹⁹⁰, procediendo dicho oficial a acusar con palabras soeces al agredido de guerrillero, ante lo cual este le contestó que eso se lo había encontrado cuando el Ejército lo había dejado olvidado. Aclaró que uniformes no hallaron y que los elementos incautados los llevaba **OSPINA** y se los mostraron a quienes fueron a tomar las diligencias.

¹⁸² El 18 de marzo de 2006.

¹⁸³ Cfr. folio 13 del cuaderno 3.

¹⁸⁴ Del 21 de abril de 2009.

¹⁸⁵ Cfr. folios 255 y 257 del cuaderno 5.

¹⁸⁶ Del 29 de julio de 2009. Cfr. folios 121-122 del cuaderno 7.

¹⁸⁷ Sesión del 12 de julio de 2011.

¹⁸⁸ El 18 de marzo de 2006. Esta versión fue ratificada el 7 de junio siguiente. Cfr. folio 192 y ss.

¹⁸⁹ Cfr. folio 17 del cuaderno 3.

¹⁹⁰ Cfr. folio 17 *ibidem*.

En la indagatoria¹⁹¹ solo se refirió al hallazgo de una granada tipo Clausen por **CAMACHO** y de una escopeta –no explicó por quién- y que este fue el motivo por el que la víctima fue capturada¹⁹², pero en su ampliación¹⁹³ reiteró que la granada hechiza aquél la encontró en una «claraboya», variando su versión para decir que la escopeta la halló un soldado y otro de ellos unos cartuchos. Así mismo, se justificó señalando que la operación iba bien hasta que su comandante tomó la decisión de asesinar al muchacho.

El cabo **ROBERTO CAMACHO RIAÑO** aseveró en su injurada¹⁹⁴ que cuando llegó a la casa de GERMÁN ESCUÉ, un soldado ya había encontrado unos cartuchos de fusil, revólver y de carabina y unos camuflados y que después él halló debajo de un cuero de vaca, en el techo, una granada y un soldado una escopeta. Los elementos se entregaron a una juez penal militar¹⁹⁵.

En su primera ampliación¹⁹⁶, dijo que en la requisita él encontró unas armas, una granada de mano ecuatoriana, unas carabinas, unos cartuchos y unos uniformes –no se acuerda si eran de policía o militares-¹⁹⁷ y en la segunda¹⁹⁸, averó que no secuestró a ESCUÉ porque en cumplimiento de una orden de su comandante Navarro le encontró armas a la víctima. Explicó que el Teniente Navarro le entregó el

¹⁹¹ Del 8 de abril de 2009.

¹⁹² Cfr. folio 69 del cuaderno 5.

¹⁹³ El 30 de julio de 2009.

¹⁹⁴ El 25 de marzo de 2006.

¹⁹⁵ Cfr. folio 29 del cuaderno 3.

¹⁹⁶ El 11 de julio de 2006.

¹⁹⁷ Cfr. folio 208 del cuaderno 3.

¹⁹⁸ Rendida el 1° de octubre de 2009.

armamento la Juez Penal Militar, quien se lo llevó al depósito de armamento del Batallón San Mateo y recibió las declaraciones de los que participamos en la misión. Añadió que

El armamento eran unas CARBINAS (sic), dos o tres; unas municiones de varios calibres, unos uniformes de uso privativo del EJÉRCITO y DE LA POLICÍA NACIONAL; y lo que nunca se me olvida, fue una GRANADA de mano de fragmentación, que tenía unas letras que decían EJÉRCITO DEL ECUADOR; ya que yo la encontré en el techo de la casa del individuo que llevaba retenida la patrulla y que después se confirmó era de apellido ZAPATA. (...) A esa casa mientras revisé el techo de la vivienda y bajé de allí con la granada que antes mencioné ya otros miembros de la patrulla habían requisado encontrando el resto de armas; pero no me acuerdo quién fue.¹⁹⁹

En la audiencia de juzgamiento²⁰⁰ reiteró lo anterior y arguyó que se trató de una captura en flagrancia conforme al artículo «40 del Decreto 180 de 1987 (sic)», el cual era de su conocimiento porque los comandantes informaban, de manera radial, sobre las normas que se expedían.

Para finalizar, el teniente JORGE NAVARRO DEVIA, inicialmente, aseguró haber estado en el operativo, incautado varias armas (una granada de fabricación ecuatoriana, una escopeta, munición calibre 7.62 y de escopeta y un uniforme camuflado)²⁰¹ y entregado las mismas a la justicia penal militar, pero tuvo que desdecirse de tales aseveraciones – salvo de la última- porque nadie confirmó su presencia en la patrulla sino su compromiso en la emisión de la orden para

¹⁹⁹ Cfr. folio 91 del cuaderno 8.

²⁰⁰ Sesión del 11 de julio de 2011.

²⁰¹ Declaración del 12 de noviembre de 1993. Cfr. folio 55 del cuaderno 1.

practicar el operativo con ocasión de la información que recibió de un habitante de la región -que luego le sirvió de guía a sus escuadras-.

El anterior recuento muestra, al detalle, cómo bien podía inferirse válidamente que el material de guerra existió en poder de la víctima, pues hay consenso en que por lo menos se encontró una granada, una escopeta, municiones y algún tipo de uniforme y que estos elementos fueron entregados al Batallón San Mateo, a través de la juez penal militar designada al caso.

Ahora, del otro extremo, es decir, del de la familia de la víctima, hay voces que, contrario a lo argumentado por el Ministerio Público, niegan la presencia de armas en su lugar de domicilio. Así, ALDEMAR contó en sus primeras salidas procesales²⁰² que la noche de los hechos unas personas llegaron golpeando la puerta, diciendo que eran del Ejército, que iban a hacer una requisa y que si no les abrían rompían la puerta, por lo que procedieron a abrirla, momento para el cual a la luz de una vela vio a varios hombres uniformados que no les mostraron papeles y empezaron a buscar en la casa, manifestándoles que los iban a capturar a todos. Al terminar intentaron llevárselo a él pero como estaba recién operado y tenía tuberculosis lo dejaron y se llevaron a su hermano GERMÁN.

²⁰² Testimonios del 1º de julio de 1999 y 30 de noviembre de 2002. Cfr. folios 158-159 y 254-255 del cuaderno 1.

En ampliación del 12 de febrero de 2009, el mismo testigo insistió en que «ellos entraron y dijeron que venían (sic) a una requisita, pero no dijeron que venían (sic) con orden de nadie, que eran solamente del ejército (sic), no mostraron ninguna clase de documento u orden de alguna autoridad»²⁰³ y afirmó lo siguiente:

*(...) en ese momento que entraron a mi me dijeron que éramos (sic) todos guerrilleros y que tenían (sic) que llevarnos y entonces les dije que ustedes no han comprobado nada y en esa me sacaron y me tiraron al piso y me pegaron patadas y un soldado me puso el pie en el pecho y ellos empezaron a requisar y me dijeron que a mi no me llevaban porque tenía dos hijos, pero a Germán sí lo llevaban porque tenía (sic) un solo hijo, entonces eso fue lo que ocurrió (sic) salieron y se lo llevaron (...). No nos mostraron ninguna orden y les dijimos que porque (sic) entraban así sin orden, y ellos dijeron que no tenían (sic) orden que eran del ejército (sic) y que por lo tanto podían (sic) ingresar y se pusieron todos bravos. (...) Ellos nos dijeron que nosotros éramos (sic) unos guerrilleros, entonces le (sic) dijimos que no y que podían revisar la casa allí (sic) solamente había (sic) una cosecha de frijol que estaba amontonada allí (sic) y no cogieron nada. Les preguntamos que porque (sic) requisaban de noche se pusieron bravos y de una me empujaron y me maltrataron y nos dijeron lo que ya exprese (sic) anteriormente, (...)*²⁰⁴.

De similar manera, BERTHA narró²⁰⁵ que les «tantearon la puerta»²⁰⁶, se identificaron como del Ejército, les dijeron que salieran y «que necesitaban a Germán para llevárselo para la cárcel»²⁰⁷, entonces él se levantó porque ya estaba acostado y medio se vistió. Ella les preguntó la razón por la que lo detenían y le contestaron que «era para irse para la cárcel», pero no le mostraron orden de captura.

²⁰³ Cfr. folio 272 del cuaderno 4.

²⁰⁴ Cfr. folio 272 del cuaderno 4.

²⁰⁵ Testimonio del 1° de julio de 1999. Cfr. folios 158-159 del cuaderno 1.

²⁰⁶ Cfr. folio 156 cuaderno 1.

²⁰⁷ *Ibidem*.

Posteriormente, en su primera ampliación reiteró que los militares «buscaban por fuera alrededor de la casa y adentro requisaron por ahí en la pieza, solo encontraron la herramienta del trabajo, preguntaban a GERMAN y al PAPA (sic) MARIO ESCUE, pues inicialmente patearon la puerta y preguntaron a GERMAN y como el (sic) estaba ni modo de decir que no estaba, todos se entraron, ellos dijeron que lo necesitaban para una declaración un momentico por ahí arriba (...)»²⁰⁸

Y en su última atestación, iteró que ellos manifestaron que requerían a GERMÁN para una declaración «que lo iban a llevar para la Cárcel y German se reboto (sic) y les dijo que no lo sacarian (sic) de allí (sic) y como eran varios no pudi[eron] evitarlo»²⁰⁹.

Igualmente, OMAIRA adujo que tras la amenaza de tumbar la puerta, la abrieron y los soldados preguntaron por MARIO a lo que le respondieron que no estaba luego de lo cual sacaron a GERMÁN de la otra pieza, y mientras unos lo golpeaban otros esculcaban la casa. Al finalizar se lo llevaron a él²¹⁰.

Luego, en la siguiente oportunidad, precisó que no les mostraron orden de captura y que:

Nosotros estábamos (sic) durmiendo cuando tocaron (sic) la puerta donde estaba durmiendo German, luego tocaron la otra puerta o sea donde estábamos (sic) nosotros, de allí (sic) ya dijeron nosotros somos del ejercito (sic) venimos por German o los que están aquí, nos sacaron para afuera y yo miraba que hablaban en la pieza de German y yo quise entrar a la habitación (sic) de German pero no me dejaron entrar y entonces me quede (sic) afuera con Aldemar y la niña eso ocurrió como a las once de la noche, de allí (sic) nos sacaron a todos para afuera y nos dijeron que nos iban a llevar y a Aldemar lo tenían (sic) en el piso

²⁰⁸ Declaración rendida el 4 de diciembre de 2002. Cfr. folio 248 cuaderno 1.

²⁰⁹ Cfr. folio 279 del cuaderno 4

²¹⁰ Cfr. folio 257 cuaderno 1.

amarrado boca abajo y con el pie encima y a German lo tenían (sic) amarrado, de las manos hacia atrás, el (sic) estaba en pantaloneta no mas (sic), ellos le decían (sic) que entregara las armas que Ustedes son guerrilleros, entonces le dijimos que no teníamos (sic) nada que entregar y German les grito (sic) que no teníamos (sic) nada y le pegaron patadas con el pie en el cuerpo y con las armas de ellos. (...) Ellos nos dijeron que eran del ejercito (sic) y que nosotros nos manteníamos con la guerrilla pero nosotros no teníamos nada que ver con nadie. Y nos decían (sic) que teníamos (sic) armas de la guerrilla pero nosotros en verdad no teníamos (sic) nada.²¹¹

En este punto, es de advertir que, igual que para los juzgadores, a juicio de la Corte el testimonio de ETELVINA ZAPATA, madre de la víctima, no merece mayor credibilidad, teniendo en cuenta que si bien ésta asegura haber sido testigo de viso de los hechos, su presencia en la vivienda fue negada por su hijo ALDEMAR y sus nueras BERTHA y OMAIRA, en sus versiones iniciales –del año 1999–, el primero, cuando categóricamente afirmó: «mi papá y mi mamá no se encontraban en la casa, se encontraban en una novena en la vereda del naranjo»²¹², la segunda porque no mencionó que aquella estuviera en el lugar y la tercera por cuanto especificó que los presentes en la vivienda eran BERTHA, ALDEMAR, GERMÁN, los dos niños pequeños y ella.

Y aunque en las declaraciones que los mismos testigos rindieron diez años después, ALDEMAR y OMAIRA aludieron a la presencia de ETELVINA en la casa, tal aseveración no resulta contundente, sobre todo si esta última la ubica en otra pieza del inmueble y repele las reglas de la lógica y de la experiencia que, en una casa como la descrita por la progenitora del

²¹¹ Cfr. folio 284 cuaderno 4.

²¹² Cfr. folio 159 cuaderno 1.

occiso, de escasas dos habitaciones y una cocina, requisada al milímetro como lo fue por varios militares –como lo cuentan los otros residentes y lo confirman los acriminados- ella haya podido permanecer oculta detrás de la puerta de la cocina, mientras sus hijos –uno de ellos convaleciente- eran inclementemente golpeados y los soldados se aprestaban a llevarse a uno de ellos detenido.

Y es que no resulta comprensible que la conocida devoción de madre, misma que ha permanecido inalterable tras la muerte de GERMÁN al promover, a instancias nacionales e internacionales, el adelantamiento de acciones judiciales para la sanción de los responsables, haya sido presa del miedo por haber sido nombrada por los soldados entre las personas buscadas, máxime cuando los otros ocupantes de la vivienda insisten en que los únicos por los que se indagaba era por MARIO PASSU y GERMÁN ESCUÉ.

Retomando, se tiene que ninguno de los residentes del hogar de ESCUE ZAPATA para la noche de los dolorosos hechos, da cuenta del hallazgo del material bélico que dicen haber encontrado los militares; no obstante, existe un motivo serio y plausible para desconfiar de la versión de los familiares de GERMÁN, al cual ninguna atención le prestó el casacionista, pese a que los fallos fueron expresos en destacar que, en el expediente obra el registro de que el acta de incautación de las armas si existió en el proceso.

En verdad, auscultado el voluminoso expediente, se constata que, tras la pérdida del paginario rituado en la

jurisdicción castrense, se intentó su reconstrucción, labor en la que si bien no se obtuvo respuesta positiva del Batallón de Artillería No 8 San Mateo, en aras de ubicar la orden de operaciones, radiogramas o algún documento relacionado con la muerte de GERMÁN ESCUÉ y el material de guerra incautado²¹³, si se logró la consecución de copia del folio 192 del libro radicator de procesos del Juzgado 34 de Instrucción Penal Militar, con sede en Cartago (Valle), en el que se consigna la siguiente información:

Proceso 1580 BASMA

Sindicado: En averiguación.

Apoderado:

Delito: Homicidio

Ofendido: Particular Germán Zapata Escué (sic)

Denunciante: Te Jorge Alberto Navarro Devia

Fechas: Vitoyó (C) feb 02-88

Iniciado: Feb-04-88

Captura:

Auto detención

Tramitación

Feb-04-88 Se inició de oficio dictándose auto cabeza de proceso.

Feb-05-88 Ratificación y ampliación informe Te Jorge Alberto Navarro.

Feb-05-88 Declaración CP Roberto Camacho Leiva; CS Evert Ospina Martínez; Sl. Luis Albeiro Buitrago Aguirre; Sl. Marco Tulio Cañas Torres; Sl. Francisco Bedoya Aguirre.

Feb-05-88 Acta de levantamiento practicada Inspolicía (sic) judicial Loma Redonda; acta de defunción.

Feb-05-88 Diligencia de inspección judicial.

Feb-11-88 Acta de entrega en depósito del armamento retenido # 0054 registrada al folio 70.

Feb-12-88 Se comunicó autoridades militares en radiograma #108.

Feb-29-88 Se ordena el envío a Cobasma.

Feb-29-88 Se envía con oficio 177 a AA15G. SALIDO

²¹³ Cfr. folios 44-47 del cuaderno original 3.

Mar-30-88 Se recibió de la Dirección de Instrucción Criminal indagación preliminar del denunciado instaurado por la sra. Etelvina Zapata Escué. Se envía AA15G con oficio 281. Consta de 2 cuadernos de 6 y 5 folios útiles.
25-Nov-88 El juez de instancia por conducto AA15G (...) envío (sic) diligencias con oficio 469 al juez de instrucción criminal CR) de Popayán Cauca.²¹⁴ (Subrayas no originales).

En el mismo sentido, consta un oficio suscrito por el titular del aludido despacho judicial en el que fielmente responde un requerimiento del comandante de la Octava Brigada con asiento en Armenia, el cual es del siguiente tenor:

Con el presente me permito dar atenta respuesta a su oficio No. 096 de fecha 9 de los corrientes [mayo de 1992], sobre el proceso que se adelantó por Homicidio cometido en el particular Germán Zapata Escué, nombre con que aparece, radicado al Nro. 1580 del Libro Radicador de sumarios, Tomo II, folio 192 del cual constan los siguientes datos; Iniciado el 4 de febrero de 1988, según hechos ocurridos en Vitayó (sic) Cauca, del citado mes y año, por denuncia del TE. JORGE ALBERTO NAVARRO DEVIA. Rindieron declaración C.P. ROBERTO CAMACHO LEYVA (sic), CS EVERT OSPINA MARTÍNEZ, SL, JOSÉ ALBERTO BUITRAGO AGUIRRE, SL MARCO TULLIO CAÑAS TORRES, SL. FRANCISCO BEDOYA AGUIRRE. Asimismo se allegó acta de levantamiento del cadáver practicado por el Inspector de Policía Judicial de Loma Redonda, y acta de defunción; diligencia de Inspección Judicial, acta de entrega en depósito del armamento retenido Bro. 0054 registrada al folio 70. Se comunicó con Radiograma Nro. 108 de 11 de febrero de 1988. Además se allegó a la indagación preliminar de la denuncia instaurada por la señora Etelvina Zapata Escué.

²¹⁴ Cfr. folios 25 y 195-196 del cuaderno original 1. De la existencia de dicha anotación también da cuenta el informe de investigador judicial No. 1972 del 19 de noviembre de 2002, visible a folios 177-178 del cuaderno original 1, el acta de visita especial del 9 de junio de 1992, realizada por una abogada visitadora de la Procuraduría Departamental de Risaralda a la Auditoría Auxiliar Quince de Guerra, del Batallón San Mateo de Pereira, que obra a folios 276-277 del cuaderno original 1, el informe 024 del 18 de abril de 1991 a folios 288-290 del cuaderno original 1 y el acta de inspección judicial practicada el 3 de marzo de 2003 en las instalaciones del Juzgado 56 Penal Militar ubicado en el Batallón San Mateo, a folios 35-36 del cuaderno original 5.

*El Comando del Batallón San Mateo, con oficio Nro. 469 de fecha 25 de noviembre de 1988 remitió lo actuado al Juzgado de Instrucción Criminal reparto de la ciudad d Popayán Cauca, por conducto de la Auditoría Auxiliar 15 de Guerra.*²¹⁵ (Subrayas fuera del texto).

En estas circunstancias, los jueces de conocimiento podían concluir, contra los testimonios de quienes sufrieron el allanamiento y registro y bajo el amparo del principio *in dubio pro reo*, que estas diligencias fueron legales, pues, no es posible desconocer que tres días antes de los hechos²¹⁶, había entrado en vigencia el Estatuto Antiterrorista (Decreto 180 de 1988 “*Por el cual se complementan algunas normas del Código penal y dictan otras disposiciones conducentes al restablecimiento del orden público*”) que habilitaba practicar ese tipo de operativos sin orden judicial de autoridad competente (artículo 40²¹⁷), que el cabo **CAMACHO** adujo en la audiencia pública de juzgamiento que tuvo conocimiento, por radio, del vigor de dicha norma para ese momento y que, en efecto, ante el descubrimiento de varias armas –incautadas mediante acta 0054- al interior del inmueble, la captura en flagrancia se ofrecía como un procedimiento válido y legítimo.

²¹⁵ Cfr. folio 4 del cuaderno original 1. De la existencia de este oficio, también da cuenta un acta de visita especial realizada por la Procuraduría No. 80 en lo Penal, del 2 de agosto de 1994, visible a folio 75 del cuaderno original 1.

²¹⁶ El 27 de enero de 1988.

²¹⁷ Además de las funciones o atribuciones establecidas en el artículo 334 del Código de Procedimiento Penal a la Policía Judicial, cualquier miembro de las Fuerzas Militares, Policía Nacional, Policía Judicial y del Departamento Administrativo de Seguridad, podrá coadyuvar en caso de urgencia o fuerza mayor y practicar las siguientes actuaciones:

(...)

c) Penetrar a residencias donde se tenga indicio de que se guarden ilegalmente municiones, armas de fuego o explosivos, cuando fueren requeridos por algún morador;

d) Someter a requisa a las personas en cualquier sitio público, con el objeto de constatar si portan ilegalmente armas de fuego, municiones, explosivos, sustancias químicas, inflamables, corrosivas, material electrónico o equipo utilizable para comunicaciones que pueda ser empleado en actividades terroristas.

Ahora, la Sala no ignora que la Corte Interamericana de Derechos Humanos encontró responsable al Estado colombiano de la violación del derecho a la libertad, descrito en el artículo 7 de la Convención Americana.

No obstante, además que dicha condena no es de carácter personal sino que se pregona, exclusivamente, de la entidad estatal, en tanto sujeto jurídico de derecho internacional, signatario de la Convención Americana de Derechos Humanos, es claro que la atribución de responsabilidad por parte dicho organismo supranacional de justicia obedeció a que Colombia admitió su compromiso en la vulneración de dicha garantía y debido a que se estimó que la detención de ESCUÉ ZAPATA fue ilegal porque se llevó a cabo «*sin orden de detención ni de allanamiento o comprobada situación de flagrancia, detuvieron al señor Escué Zapata*²¹⁸», cuando lo cierto es que los militares, para esa época, estaban autorizados para allanar y registrar, sin orden judicial, los inmuebles cuando tuvieran sospecha de que se guarden ilegalmente municiones, armas de fuego o explosivos, así como para detener, bajo la hipótesis de flagrancia, a los presuntos responsables, la cual se consolidó en el caso de la especie, a raíz del producto del registro: armas de fuego sin permiso de autoridad competente.

²¹⁸ Cfr. declaración del señor ALDEMAR ESCUÉ ZAPATA de 1 de julio de 1999 (expediente de anexos a la contestación a la demanda, expediente de la Fiscalía, Cuaderno 1, folio 1804); declaración de HIDELBRAN CASTRO QUINTERO de 17 de marzo de 2006 (expediente de anexos a la contestación a la demanda, expediente de la Fiscalía, Cuaderno 3, folio 2389); declaración jurada de Aldemar Escué Zapata de 16 de enero de 2007 (expediente de fondo, Tomo III, folio 657), y diligencia indagatoria de Evert Ospina Martínez de 1 de abril de 2006 (expediente de anexos a la contestación a la demanda, expediente de la Fiscalía, Cuaderno 4, folio 2550).

En ese orden de ideas, es necesario concluir que la materialidad de la conducta punible endilgada, no se encuentra suficiente acreditada en la medida que no se coartó arbitrariamente la libertad de GERMÁN ESCUÉ ZAPATA porque existía legitimidad: situación de flagrancia, para detenerlo y conducirlo ante una autoridad judicial.

Menos, podría haberse incurrido en el delito de secuestro extorsivo, toda vez que, como lo destaca el Procurador Delegado, el fin de obtener un provecho deducido en la resolución de acusación, consistente en la obtención de confesión sobre la condición rebelde de la víctima, no solo, en el examen de los medios de conocimiento no aparece como un requerimiento claro en pos de que los agentes le retornaran la libertad al aprehendido, sino que -como lo hace ver el *a quo*- está en directa afrenta con el principio *nos bis in idem*, que protege al ciudadano de ser investigado, juzgado y condenado dos veces por un mismo hecho, como quiera que el cuestionamiento formulado por los uniformados al entonces aprehendido estaba dirigido a que éste admitiera su presunta condición de guerrillero -lesiva del bien jurídico de la seguridad pública-, componente subjetivo equivalente al elemento subjetivo tácito del delito de tortura -en vigencia del Decreto 100 de 1980 y de acuerdo con la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes- relativo al «*fin de obtener de la persona o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra*

persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.»

Esta precisión, a la vez, por sustracción de materia, releva a la Corte de examinar el referido ingrediente subjetivo de la conducta de secuestro extorsivo, relativo al propósito de obtener un provecho, y por ende, como es natural, no se ocupará de adecuar la cuestión fáctica al mismo.

Igualmente, es indispensable puntualizar que era imposible la atribución de la circunstancia de agravación punitiva endilgada por el ente acusador, descrita en el numeral 5° del artículo 270 del Decreto 100 de 1980²¹⁹, que contempla un incremento punitivo cuando el delito de secuestro extorsivo²²⁰ se comete por servidor público o que sea o haya sido miembro de las fuerzas de seguridad del Estado, toda vez que dicha disposición sólo fue introducida mediante el artículo 3° de la Ley 40 de 1993, y los hechos datan de fecha anterior: 1° de febrero de 1988.

En efecto, verificada la norma que, con anterioridad a dicha modificación regía las circunstancias de agravación punitiva –canon 171 original del Decreto 100 de 1980–, es claro que ninguno de los eventos allí descritos, coincide, en términos de tipicidad estricta, con el referido agravante.

²¹⁹ Imputación realizada en la parte resolutive de la resolución de acusación de primera instancia del 5 de abril de 2010.

²²⁰ Repárese que el artículo 270, con la modificación introducida por el artículo 3° de la Ley 40 de 1993, reputa las circunstancias de agravación específica únicamente respecto del delito de secuestro extorsivo –que no del punible de secuestro simple– en tanto señala que es la pena señalada en el artículo 1° de dicho compendio normativo la que se aumenta con el agravante, es decir, la que tipifica el injusto de secuestro extorsivo.

Por manera que, el principio de legalidad del delito tornaba inviable una imputación en el sentido propuesto.

Así mismo, para evitar cualquier duda, habrá de aclararse, también, que la circunstancia de agravación específica del secuestro –simple o extorsivo– descrita en el numeral 2° del artículo 171 original del Código Penal de 1980 o en el numeral 2° del precepto 170, modificado por el artículo 3° de la Ley 40 de 1993, enunciada en el acápite de la calificación jurídica del pliego de cargos²²¹, relativa al sometimiento a tortura física o moral durante el tiempo del secuestro, tampoco puede ser endilgada a los enjuiciados, en salvaguarda del postulado *non bis in idem*, amén que a los procesados se les imputó el delito de tortura en la modalidad concursal heterogénea.

5. El juicio de reproche por el delito de tortura

La responsabilidad penal de los implicados en este delito, a título de coautoría impropia, por su parte, se decanta de la presencia, de principio a fin, de los militares acusados en la escena de los hechos y, concretamente, del acuerdo tácito antecedente y concomitante para su ejecución, visible a partir de los siguientes argumentos.

Si bien los uniformados investigados niegan algún plan preconcebido para atentar contra las garantías del

²²¹ Cfr. folio 119 del cuaderno 10.

ciudadano torturado y posteriormente asesinado, pues aducen que a ellos simplemente se les informó, al caer la noche del 1° de febrero de 1988, que iban a salir a un reconocimiento de la zona, por razón de una información entregada por un indígena del lugar sobre un guerrillero y unas armas, es lo cierto que algunos de ellos –**OSCAR IVÁN ARIAS HERRERA**²²², **EVERT OSPINA MARTÍNEZ**²²³ y **ROBERTO CAMACHO RIAÑO**²²⁴– cuentan que vieron en la tarde al particular que les serviría de guía hablando con el teniente NAVARRO, mismo que les dio la orden a **CAMACHO** y **OSPINA** de que se alistaran para ir, tarde en la noche, en búsqueda del supuesto insurgente.

Recuérdese cómo, algunos militares narran que el cabo **CAMACHO**, siendo conocido como un “matón”²²⁵ o “rambo”²²⁶ que conservaba la insignia: “*guerrillero capturado, guerrillero asesinado*”, solía llevarse a sus correrías delictivas a sus soldados más allegados, se entiende para que le guardaran, confidencialmente, la espalda, siendo esto precisamente lo que sucedió en este caso, en el que no participaron, como habría sido lo lógico, si el operativo hubiera estado destinado a ser conducido por los cauces de la legalidad, todos los soldados de cada una de las escuadras a las que se les encomendó la misión, sino unos cuantos, los de íntima confianza de los oficiales a cargo.

²²² Cfr. folio 66 del cuaderno 5.

²²³ Cfr. folio 200 del cuaderno 3.

²²⁴ Cfr. folio 207 *ibidem*.

²²⁵ Así lo cataloga **RUBÉN DARÍO ARICAPA**.

²²⁶ En este sentido, ver el testimonio de **ARICAPA** y **ARIAS**.

Es así como RAMÓN ALBERTO ÁLVAREZ cuenta que **CAMACHO** y **OSPINA** «eran los dos colegas de hacer embarradas»²²⁷ y que el día de los hechos se llevaron sus dos escuadras «pero las armaron ellos antes de irse»²²⁸.

La intención denodada y preconcebida de no apegarse a la senda legal, se percibe en que habiéndose entrevistado, desde temprano, los oficiales al mando con el informante, la operación se realizó por cuenta propia, sin solicitar autorización a la comandancia –así lo admite el teniente NAVARRO-, tampoco se realizó inmediatamente o por lo menos en el margen de tiempo razonable para trazar la estrategia operacional, ya que al guía se lo citó para que compareciera en la noche, se lo vistió con prendas privativas de las fuerzas militares, e incluso hasta se lo armó con un fusil; el cabo **CAMACHO** escogió a los soldados de su entera confianza que lo irían a acompañar –de su escuadra y de la del cabo **OSPINA**, entre ellos, los aquí acusados: **ARICAPA GARCÍA, ARIAS HERRERA, BEDOYA AGUIRRE, CAÑAS TORRES, ABADÍA DUQUE-**, dejando al resto, en el campamento –así lo afirma **ARIAS HERRERA**²²⁹–.

Si bien los soldados involucrados coinciden en señalar que sabían que el desplazamiento tenía por fin un allanamiento porque se había tenido información sobre unos fusiles a incautar²³⁰ y de la presencia de un guerrillero y que no supieron sobre algún plan diferente porque todo lo

²²⁷ Cfr. folio 3 del cuaderno 3.

²²⁸ Cfr. folio 2 *ibidem*.

²²⁹ Cfr. folios 193 y 196 *ibidem*.

²³⁰ Cfr. folio 196 *ibidem*.

hablaron entre **CAMACHO**, **OSPINA** y NAVARRO, es la verdad que, aún si fuera cierto que el designio criminal no se orquestó antes de iniciar el operativo, indiscutiblemente, se concretó en el momento de la tortura del ofendido.

En realidad, ya en la vivienda de GERMÁN ESCUÉ ZAPATA, la mayoría de los implicados: **MARCO TULIO CAÑAS TORRES**, **JHON ABADÍA DUQUE**, **RUBÉN DARÍO ARICAPA** y **FRANCISCO JAVIER BEDOYA** tratan de salvar su responsabilidad sosteniendo que su única función fue la de prestar seguridad, al haber sido ubicados por su superior a algunos metros del inmueble; del mismo modo, **OSCAR IVÁN ARIAS HERRERA** admite haber ingresado al inmueble junto con los cabos **CAMACHO** y **OSPINA** y JHON JAIRO LONDOÑO, alias “Memin”, pero intenta disuadir cualquier atribución de responsabilidad, misma que deposita, con carácter exclusivo en su comandante, por haber sido quien golpeó y detuvo a la víctima.

Sin embargo, es claro que el aporte intencional de los primeros acusados mencionados, teniendo completo dominio del hecho, fue determinante en los punibles investigados pues aún de no haber invadido materialmente el domicilio de la víctima y de su familia, atendiendo su labor específica de vigilancia en la división del trabajo, permitieron que bajo el cargo de conservar armas y con el estigma indemostrado de guerrillero -condición de imposible comprobación en ese preciso momento-, se irrogara al nativo una penosa tortura, no haciendo nada por evitarla, pudiendo hacerlo y, con mayor razón respecto de **ARIAS HERRERA**, que participó

activamente dentro de la vivienda en la requisita y posterior retención del agredido.

Y que no se diga, en este punto, que los uniformados no podrían haberse opuesto a las directrices de sus inmediatos superiores y a los actos infames lesivos de la integridad física y moral de GERMÁN, habida cuenta que solo una orden legítima –y esta no lo era- habría servido como eximente de responsabilidad, en los términos del numeral 2º del artículo 29 del Decreto 100 de 1980 y el canon 2.3 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

De igual manera, no se puede pasar por alto, el indicio de manifestaciones posteriores que se edifica en contra de los inculpados teniendo en cuenta que, en un principio, algunos implicados negaron haber estado en el operativo de “allanamiento y registro” o, en cambio, sí haber participado en él, pero optando, según el libreto graficado por los comandantes: **CAMACHO**, **OSPINA** y NAVARRO, por contar que, tras la captura del supuesto insurgente –en el último caso-, o estando patrullando por el sector –conforme a la primera versión-, sufrieron un enfrentamiento con fuerzas insurgentes en el que el indígena aprehendido pereció por el cruce de disparos.

Únicamente, luego de que uno de los llamados a rendir declaración, alterara su versión inicial, para incriminar al cabo **CAMACHO** en el homicidio de GERMÁN ESCUÉ ZAPATA, es que el referido deponente y los demás integrantes de la

abusiva patrulla, empezaron a contar lo que verdaderamente había ocurrido, guardando prudente sigilo en no autoincriminarse.

En consecuencia, se casará parcialmente el fallo de segunda instancia, en el sentido de revocarla para, en su lugar, declarar penalmente responsables a **OSCAR IVÁN ARIAS HERRERA, JHON ABADÍA DUQUE, FRANCISCO JAVIER BEDOYA AGUIRRE, MARCO TULIO CAÑAS TORRES y RUBÉN DARÍO ARICAPA GARCÍA, EVERT OSPINA MARTÍNEZ y ROBERTO CAMACHO RIAÑO**, en calidad de coautores, del injusto de tortura.

6. Las consecuencias jurídicas de la conducta punible

Atendiendo que la Corte decidió acoger parcialmente la calificación jurídica atribuida por la Fiscalía a **OSCAR IVÁN ARIAS HERRERA, JHON ABADÍA DUQUE, FRANCISCO JAVIER BEDOYA AGUIRRE, MARCO TULIO CAÑAS TORRES y RUBÉN DARÍO ARICAPA GARCÍA**, a título de coautores del injusto de tortura, descrito en el artículo 279 del Código Penal, se impone tasar la pena correspondiente, dentro de los márgenes punitivos consagrados en dicha norma para la fecha de los hechos y conforme a las previsiones de los artículos 59 a 61 *ejusdem*, que resultan ser más favorables a los sentenciados que el canon 67 del Decreto 100 de 1980 porque limitan la mayor discrecionalidad del juzgador al momento de fijar la sanción respectiva.

Al efecto, lo primero a concretar es que el delito de tortura, para la época de los hechos, estaba sancionado con pena aflictiva de la libertad que va de uno (1) a tres (3) años.

Para individualizarla, inicialmente, es necesario determinar el ámbito de movilidad punitivo en los términos del referido canon 61. Así, se tiene que los cuartos se integran de la siguiente forma:

Primero ²³¹	Segundo	Tercero	Cuarto
12 m.-18 m.	18 m. 1 d.-24 m.	24 m. 1 d.-30 m.	30 m. 1 d.-36 m.

Dado que en la resolución de acusación no se dedujeron circunstancias de mayor o menor punibilidad, la Corte se ubicará en el primer cuarto para el delito de tortura pero se apartará del mínimo punitivo para imponer la pena máxima del mismo: dieciocho (18) meses de prisión, considerando que la conducta ejecutada por los inculpados es grave y causó un daño real al bien jurídico protegido, en la medida que intencionalmente e inscritos en un plan de trabajo criminal participaron en los vejámenes físicos y morales infligidos a un ciudadano indefenso con el propósito de incriminarlo en el delito de rebelión y concretar el plan homicida por razón de tal supuesta condición insurgente.

De esta manera, se ofrece indispensable que los sentenciados purguen una sanción aflictiva de la libertad proporcional a la efectiva lesión causada al bien jurídico tutelado, instrumento punitivo a través del cual podrán

²³¹ Las siglas son como siguen: m. (mes); d. (día).

cumplirse las funciones preventivas, especial y general, de la pena.

Así mismo, la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas²³² lo es por el mismo término de la de prisión.

7. Libertad definitiva por pena cumplida.

Habida cuenta que, verificado el expediente, se constata que los soldados regulares **OSCAR IVÁN ARIAS HERRERA**²³³, **JHON ABADÍA DUQUE**²³⁴, **FRANCISCO JAVIER BEDOYA AGUIRRE**²³⁵, **MARCO TULIO CAÑAS TORRES**²³⁶ y **RUBÉN DARÍO ARICAPA GARCÍA**²³⁷ estuvieron privados de la libertad por un lapso superior a la pena de prisión definitivamente impuesta en esta sentencia: dieciocho (18) meses, resulta imperioso concederles la libertad *definitiva* por pena cumplida.

Igualmente, es indispensable precisar que no es posible conferir la misma consecuencia jurídica a los cabos **EVERT OSPINA MARTÍNEZ** y **ROBERTO CAMACHO RIAÑO** debido a que

²³² Para la época de los hechos, se denominaba interdicción de derechos y funciones públicas, a voces del artículo 50 del Decreto 100 de 1980.

²³³ Fue capturado el 8 de abril de 2009 y permaneció recluso en establecimiento carcelario hasta el 27 de abril de 2012. *Cfr.* folios 14 del cuaderno original 6 y 543 del cuaderno original 15.

²³⁴ Fue capturado el 17 de abril de 2009 y permaneció recluso en establecimiento carcelario hasta el 27 de abril de 2012. *Cfr.* folios 151 del cuaderno original 5 y 534 del cuaderno original 15.

²³⁵ Fue capturado el 14 de abril de 2009 y permaneció recluso en establecimiento carcelario hasta el 27 de abril de 2012. *Cfr.* folios 104 del cuaderno original 5 y 538 del cuaderno original 15.

²³⁶ Fue capturado el 15 de abril de 2009 y permaneció recluso en establecimiento carcelario hasta el 27 de abril de 2012. *Cfr.* folios 110 del cuaderno original 5 y 542 del cuaderno original 15.

²³⁷ Fue capturado el 19 de abril de 2009 y permaneció recluso en establecimiento carcelario hasta el 27 de abril de 2012. *Cfr.* folios 195 del cuaderno original 5 y 527 del cuaderno original 15.

ellos actualmente se encuentran descontando pena por el delito de homicidio cometido en GERMÁN ESCUÉ ZAPATA, por lo que deberán cumplir la sanción aquí impuesta, una vez hayan hecho lo propio con la que les precede.

8. Los sustitutos penales

Aunque los sentenciados **EVERT OSPINA MARTÍNEZ** y **ROBERTO CAMACHO RIAÑO** cumplen el presupuesto objetivo para ser beneficiarios de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria –bien, conforme al artículo 68 del Decreto 100 de 1980 o el 63 de la Ley 599 de 2000, por un lado, y de acuerdo con el canon 38 *ejusdem*, por el otro-, por cuanto la pena impuesta es inferior a tres (3) años y la sentencia se impone por un delito cuya pena mínima prevista en la ley es inferior a cinco (5) años de prisión, respectivamente, la Corte les negará este subrogado, por cuanto la naturaleza y modalidades de la conducta punible de tortura, permiten a la Corte suponer que los condenados requieren de tratamiento penitenciario y no es posible deducir seria, fundada y motivadamente que no pondrán en peligro a la comunidad y que no evadirán el cumplimiento de la pena.

10. Cuestiones finales

10.1. Teniendo en cuenta que, la demanda impetrada por la parte civil, únicamente, apunta a revocar las absoluciones que por los delitos de tortura y secuestro fueron impartidas por los jueces de conocimiento a favor de los

militares acusados, pues ninguna crítica vinculante se hace a los fallos de instancia en punto de la absolución de **EDELMIRO UL** por dichos delitos y el de homicidio agravado – más que la referencia tangencial a que el objetivo de la patrulla militar y del informante que identifica como tal, era el padre de la víctima- es necesario precisar que la Corte no está legitimada para emitir ningún pronunciamiento acerca de la responsabilidad penal que le pudiera caber en los injustos por los que fue acusado.

10.2. Tampoco se impone la determinación de perjuicios morales o materiales causados con la infracción penal a favor de ETELVINA ZAPATA ESCUÉ –madre de la víctima-, habida cuenta que en la demanda de la parte civil, de manera expresa, se señaló, con fundamento en las sentencias C-275 de 1994 y C-228 de 2002, que **renunciaba** a perseguir reparación económica alguna por el hecho investigado y que «[e]l propósito principal de esta demanda de parte civil es el de contribuir en el curso de la investigación y del juicio, para que los autores materiales sean sancionados ejemplarmente conforme a las disposiciones penales»²³⁸.

Lo anterior, implica que lo procurado, realmente, por este sujeto procesal era la satisfacción de la verdad y la justicia, cuestión que, entonces, se encuentra plenamente garantizada en el fallo de la Corte.

10.3. Igualmente, se impone puntualizar a la parte civil que resulta inviable examinar la materialidad de la conducta punible de concierto para delinquir o emitir juicio de

²³⁸ Cfr. folio 2 del cuaderno de la parte civil.

reproche alguno por este presunto comportamiento, toda vez que esta infracción no hizo parte del catálogo de injustos imputados en el pliego de cargos ni de la valoración de los jueces de instancia.

10.4. Tampoco la Sala se ocupará de la inconformidad de la parte civil por la descalificación que el juez de primer grado hizo por la participación del Colectivo de Abogados en la representación de los intereses de las víctimas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Mapiripán, pues no guarda ninguna relación o pertinencia con el asunto de la especie, ni se demuestra la trascendencia de la crítica.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Casar parcialmente la sentencia del 5 de mayo de 2014 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, en el sentido de revocarla, en parte, para condenar a los soldados regulares **OSCAR IVÁN ARIAS HERRERA, JHON ABADÍA DUQUE, FRANCISCO JAVIER BEDOYA AGUIRRE, MARCO TULLIO CAÑAS TORRES, RUBÉN DARÍO ARICAPA GARCÍA** y los cabos segundos **EVERT OSPINA MARTÍNEZ, ROBERTO CAMACHO RIAÑO**, a título de coautores del delito de tortura.

Segundo. En consecuencia, imponer a **OSCAR IVÁN ARIAS HERRERA, JHON ABADÍA DUQUE, FRANCISCO JAVIER BEDOYA AGUIRRE, MARCO TULIO CAÑAS TORRES, RUBÉN DARÍO ARICAPA GARCÍA, EVERT OSPINA MARTÍNEZ y ROBERTO CAMACHO RIAÑO** la pena principal de dieciocho (18) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Tercero. Negar a **EVERT OSPINA MARTÍNEZ y ROBERTO CAMACHO RIAÑO** la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Cuarto. Conceder a **OSCAR IVÁN ARIAS HERRERA, JHON ABADÍA DUQUE, FRANCISCO JAVIER BEDOYA AGUIRRE, MARCO TULIO CAÑAS TORRES y RUBÉN DARÍO ARICAPA GARCÍA** la libertad definitiva por pena cumplida.

Quinto. En lo demás, la providencia impugnada se mantiene incólume.

Sexto. Comuníquese esta sentencia a las autoridades de control, según lo previsto en el artículo 472 de la Ley 600 de 2000.

Séptimo. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Octavo. Devuélvase la actuación al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
Presidente

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria