

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

APROBADO ACTA N°. 300-

Bogotá, D.C., catorce (14) de agosto de dos mil doce (2012).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Resolver el recurso de casación presentado por los defensores de José María Barros Ipuana y Adrián Agustín Bernier Barros contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que confirmó la proferida por el Juzgado 9º Penal del Circuito Especializado de esta ciudad y los condenó por un concurso de homicidios agravados, tentativa de homicidio, desplazamiento forzado, concierto para delinquir y desaparición forzada, este último solo respecto del primero.

HECHOS

En la región comprendida entre Bahía Portete, Bahía Honda, zona de la Alta Guajira, del Municipio de Uribia, durante los días 18, 19 y 20 de abril de 2004 un grupo de aproximadamente 40 hombres fuertemente armados, pertenecientes a las autodefensas unidas de Colombia -AUC-, que se movilizaban en vehículos denominados “copetranas”, torturaron y asesinaron varios indígenas de la etnia Wayúu. Fue así como dieron muerte a Rubén Epinayu, Rosa Fince Uriana, Margot Epinayu Ballesteros y a otra persona que no fue identificada pero de quien se halló su miembro superior izquierdo calcinado. Adicionalmente, desaparecieron los indígenas Diana Fince Uriana y Reina Fince Pushaina.

La actuación desplegada generó temores en la vida e integridad de los demás residentes, produciéndose el desplazamiento forzado y masivo de alrededor de 600 personas, entre ellas mujeres, ancianos, niños y niñas hacia otras poblaciones, incluso al Estado de Maracaibo (Venezuela).

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 5 de mayo de 2004 la Fiscalía 2ª Seccional Especializada de Riohacha abrió investigación previa¹ y el 4 de junio siguiente dispuso apertura formal de instrucción².

Por reasignación especial, las diligencias fueron remitidas a la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y el 25 de agosto del mismo año la Fiscalía 17 Seccional Especializada de Santa Marta decretó la nulidad de la resolución anterior y aclaró que la investigación continuaba en etapa preliminar³. Con posterioridad, el 8 de octubre de 2004 dicho ente abrió formal investigación y dispuso vincular en indagatoria y librar orden de captura contra José María Barros Ipuana alias “Chema Bala”, Adrian Agustín Bernier Barros y otros⁴.

2. José María Barros Ipuana y Adrian Agustín Bernier Barros fueron escuchados en injurada⁵ y el 14 de octubre de 2004 se les resolvió situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva⁶.

3. Cerrado el ciclo instructivo el 13 de abril de 2005⁷, la Fiscalía calificó el mérito del sumario el 3 de junio siguiente con resolución de acusación en contra de Barros Ipuana y Bernier Barros⁸; el primero como coautor intelectual y el segundo como coautor material de homicidios agravados múltiples (artículo 104 -numerales 4, 6 y 7 del Código Penal), tentativa de homicidio, desaparición forzada (artículo 165 Ib),

desplazamiento forzado (artículo 180 lb), terrorismo, tortura, hurto calificado (artículos 239 y 240 -numerales 1 y 2- lb) y concierto para delinquir.

Esa decisión fue confirmada el 19 de agosto siguiente por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Bogotá⁹.

4. Por solicitud de la agente especial del Ministerio Público, la Sala de Casación Penal de esta Corporación, en auto del 13 de diciembre de 2005, dispuso el cambio de radicación y asignó el conocimiento del proceso a los jueces Penales del Circuito Especializado de Bogotá¹⁰.

5. El Juzgado 9º Penal del Circuito Especializado de esta ciudad avocó conocimiento, corrió el traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000 y convocó a audiencia pública de juzgamiento.

6. Suscitado conflicto de competencia positivo entre la jurisdicción ordinaria -Juzgado 9º Penal del Circuito Especializado- y la jurisdicción indígena -Asociación de Autoridades Indígenas Wayúu Departamental A.I.W.D.-, fue resuelto a favor de la primera el 10 de abril de 2007 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura¹¹.

7. El 27 de junio de 2008 el Juzgado de conocimiento profirió sentencia en la que resolvió condenar a los acusados así¹²:

A Barros Ipuana a 480 meses de prisión (40 años), multa de 2.300 salarios mínimos legales mensuales (smlmv) e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años, tras hallarlo penalmente responsable de concierto para delinquir simple, en calidad de coautor, y, como determinador, de un concurso de homicidios agravados, tentativa de homicidio¹³, desplazamiento forzado y desaparición forzada.

A Bernier Barros a 420 meses de prisión (35 años), multa de 800 smmlmv e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años, tras hallarlo penalmente responsable, en calidad de coautor, del concurso de homicidios agravados, tentativa de homicidio, concierto para delinquir simple y desplazamiento forzado.

Al mismo tiempo absolvió a Barros Ipuana de los cargos por tortura, terrorismo y hurto calificado y a Bernier Barros de los de desaparición forzada, tortura, terrorismo y hurto calificado.

Los condenó por perjuicios morales¹⁴ y les negó los sustitutos penales.

8. El apoderado de la parte civil y los defensores apelaron la decisión, que fue confirmada el 10 de febrero de 2010 por el Tribunal Superior de Bogotá¹⁵, proveído en el cual se compulsaron copias para investigar las conductas de María del Carmen Ipuana o Carme Barros Ipuana y Mireya Barros.

9. Los defensores de ambos procesados recurrieron en casación y presentaron las demandas correspondientes.

10. El expediente fue remitido a esta Corporación con oficio del 13 de julio de 2011, recibido el mismo día¹⁶ y correspondió por reparto al magistrado Gómez Quintero.

11. El 18 de julio siguiente declaró ajustadas las demandas y ordenó correr traslado a la Procuraduría General de la Nación¹⁷.

12. El concepto de la Delegada arribó a la Corte el 17 de agosto del mismo año¹⁸ y subió al despacho mencionado al día siguiente -el 18-19.

13. El 2 de mayo de 2012 se remitió el proceso al despacho del magistrado Augusto J.

Ibáñez Guzmán por conocimiento previo, conforme a los acuerdos de la Sala del 18 de julio de 2002 y 30 de junio de 2004²⁰.

LAS DEMANDAS

A favor de José María Barros Ipuana

Primer cargo (causal primera)

El fallador incurrió en violación indirecta de la ley sustancial, consistente en un falso juicio de identidad al haber tergiversado la prueba “de carácter documental”²¹, esto es, las declaraciones de Moyo Pérez Uriana, Lilia Epinayu y Xiomara Epinayu.

El Tribunal le restó valor demostrativo a las contradicciones que presentaban dichos testimonios, pues mientras Pérez Uriana, pieza singularmente importante para vincular a su representado, afirmó haber estado presente en el lugar de los hechos acompañado de su familia, su hija Xiomara Epinayu dijo encontrarse en ese instante con su madre Lilia Epinayu. Así las cosas, no puede aceptarse lo atestiguado por el primero.

Las reglas de la experiencia impiden valorar técnicamente sus manifestaciones (cita apartes de lo afirmado por los tres declarantes) y el ad quem no hizo reparo alguno frente a lo consignado en la resolución de acusación que, forzando la lógica y razonabilidad, sostuvo que Moyo Pérez “no se encontraba en la casa pero si (sic) en el sector”²².

Los falladores desestimaron sin razón las atestaciones exculpatorias de Jorge Eliécer Ballesteros Bernier, ex gobernador de la Guajira, José de Jesús Henríquez González, Laura Deniris Andreolis Arévalo, Calmides Rafael Barros Pulido, Wilson Rafael Rojas Vanegas, Marcelino de Jesús Gómez Gómez, Alfredo Alberto del Toro Aguilar, Hercilia Josefa Gómez Pana, Enrique Afanador, Sixta Dilia Zúñiga Lindao, José María Pinto Lubo y Hernán

Parodi Acosta.

Moyo Pérez adujo estar con sus “pelados y su mujer”, pero su hija asegura que se hallaba junto con su mamá, lo que deja claro que los testigos no presenciaron los acontecimientos porque no estaban en el mismo sitio el día de su ocurrencia. No dijeron la verdad, por lo que no pueden ser fundamento de la sentencia. Si fuese cierto que los paramilitares llegaron directamente donde Moyo Pérez, ¿qué explicación tendría –como lo dijo su hija- que cuando ellos aparecieron preguntaran por su padre?

En caso de no prosperar el cargo, pide se case discrecional y oficiosamente la sentencia.

Segundo cargo (causal primera)

El Tribunal violó indirectamente la ley sustancial al incurrir en un falso juicio de existencia por omisión en la valoración del testimonio de José Gregorio Álvarez, desertor de las autodefensas, quien aseguró que Barros Ipuana (tío de Bernier Barros) le pidió al comandante Pablo eliminar a sus enemigos del puerto de Portete para quitar “del camino a sus enemigos”²³ y procedió a llevar al grupo a la zona, toda vez que lo consideró veraz y le dio toda la “fiabilidad de acusación”²⁴.

Se pregunta ¿por qué el fallador creyó lo que dijo ese testigo y no lo que relató Jorge Tovar Pupo, alias “Jorge 40”, quien aceptó la responsabilidad de las autodefensas en los hechos? Así las cosas, el ad quem “OMITIÓ EL RECONOCIMIENTO DE DICHA PRUEBA, y por ende incurrió en FALSO JUICIO DE EXISTENCIA”²⁵. El testimonio que echa de menos habría acreditado que Barros Ipuana no pertenecía a las AUC, que no intervino en los hechos y, por lo tanto, no es coautor ni determinador.

Jorge 40 no aceptaría que su comandante Pablo, a quien le encomendó el control de la Sierra Nevada y el norte de la Guajira, terminara siendo subordinado por un indígena. Teniendo en cuenta lo dicho por Jorge 40, lo asegurado por José Gregorio Álvarez es

mentira, esto es, que escuchó de Barros Ipuana pedirle a Pablo que limpiara el camino en el Portete.

En caso de no prosperar el cargo, pide se case discrecional y oficiosamente la sentencia.

Tercer cargo (causal primera)

Se evidencia una “violación directa de la ley sustancial por error de derecho por falso juicio de legalidad, que condujo a la falta de aplicación del artículo 147 del C.P.P.”²⁶.

Los testimonios de Lilia Epinayu, Xiomara Epinayu, Moyo Pérez Ipuana, Josefa González Uriana, Tito Aguilar Epinayu, Débora Elena Barros Fince, Vicente Gutiérrez Epinayu, Ojenita Epinayu, Teresa Epinayu, Wuachi Epinayu, Silverio Fince Epinayu, Isabel Fince Epinayu, Ana Graciela Fince Epinayu, Lorenza Epinayu, Mariana Epinayu y Yeici Iguarán Epinayu se recibieron sin cumplir con lo exigido en el artículo 147 de Código de Procedimiento Penal, y aunque pidió la nulidad de los mismos, ello le fue negado.

Los mencionados declararon en su lengua wayunaiki y los supuestos traductores, Mensual Epinayu y Hernández Ezpeleta, no demostraron la condición de intérpretes pues no aportaron la certificación correspondiente. La inexistencia de un intérprete calificado lesionó los derechos de su prohijado como indígena, por lo que los testimonios enlistados son nulos.

La designación de intérpretes debió realizarse conforme lo dispone el artículo 9 del Código de Procedimiento Civil, de la lista de auxiliares de la justicia, y Mengual Epiayú y Hernández Ezpeleta eran funcionarios judiciales por lo que según el artículo 11 del Decreto 2265 de 1969 estaban inhabilitados para fungir como tales.

En caso de no prosperar el cargo, pide se case discrecional y oficiosamente la sentencia.

Cuarto cargo (causal tercera)

El fallo se dictó en un juicio viciado de nulidad por concurrir la causal prevista en el artículo 306, numeral 2, del Código de Procedimiento Penal.

Las razones expuestas por el Ministerio Público para pedir el cambio de radicación a espaldas de la defensa fueron falsamente motivadas, ya que no acreditó los requisitos del artículo 85 de la Ley 600 de 2000. Además, la autoridad competente para resolverlo no era la Corte Suprema de Justicia.

En caso de no prosperar el cargo, pide se case discrecional y oficiosamente la sentencia.

Quinto cargo (causal tercera)

Con apoyo en el numeral 2 del artículo 306 del Código de Procedimiento Penal reclama la nulidad del fallo.

Ante el juez de conocimiento pidió la nulidad de lo actuado desde que la Fiscalía 2 de Riohacha envió las diligencias a la 17 Especializada que instruyó porque no remitió un cuadernillo con interceptaciones telefónicas, sin embargo, ello le fue negado y confirmado por el Tribunal.

La defensa no tuvo acceso al mismo bajo el argumento que era reservado y correspondía a actuaciones adelantadas en la etapa preliminar. Se desconoció el principio de investigación integral porque esas interceptaciones iban dirigidas a demostrar la no responsabilidad de los procesados. Ha debido repararse en el cuadernillo y analizar esas comunicaciones.

Se violó, además, el derecho de defensa porque la fiscalía, ante petición similar, simplemente afirmó que eran documentos reservados.

En caso de no prosperar el cargo, pide se case discrecional y oficiosamente la sentencia.

Finalmente, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y proferir la que corresponda, haciendo prevalecer el derecho sustancial.

A favor de Adrián Agustín Bernier Barros

Primer cargo (causal primera)

La censura es idéntica a la propuesta por el defensor anterior.

Segundo cargo (causal primera)

El Tribunal incurrió en violación indirecta por falso juicio de existencia por omisión en la valoración del testimonio de José Gregorio Álvarez, desertor de las autodefensas, quien aseguró que Barros Ipuana (tío de Bernier Barros) le pidió al comandante Pablo eliminar a sus enemigos del puerto de Portete para quitar “del camino a sus enemigos”²⁷ y procedió a llevar al grupo a la zona, toda vez que lo consideró veraz y le dio toda la “fiabilidad de acusación”²⁸.

A ese testimonio se le dio credibilidad para efectos de condenar a Barros Ipuana pero no respecto de lo que dijo de su prohijado, que lo exculpó cuando adujo que éste no tenía vínculo alguno con los hechos ocurridos.

De haber apreciado el juzgador lo declarado por José Gregorio Álvarez respecto a que pertenece a las AUC y que conoció los pormenores de lo ocurrido, habría determinado que Moyo Pérez mintió y que su representado no integró ese grupo.

En caso de no prosperar el cargo, pide se case discrecional y oficiosamente la sentencia.

Tercer cargo (causal primera)

Se evidencia una “violación directa de la ley sustancial por error de derecho por falso juicio de legalidad, que condujo a la falta de aplicación del artículo 147 del C.P.P.”²⁹.

Los testimonios de Lilia Epinayu, Enrique Epinayu, Xiomara Epinayu, Moyo Pérez Ipuana, Josefa González Uriana, Tito Aguilar Epinayu, Débora Elena Barros Fince, Vicente Gutiérrez Epinayu, Ojenita Epinayu, Teresa Epinayu, Wuachi Epinayu, Silverio Fince Epinayu, Isabel Fince Epinayu, Ana Graciela Fince Epinayu, Lorenza Epinayu, Mariana Epinayu, Yeici Iguarán Epinayu y Antonio Ipuana se recibieron sin atender el artículo 147 de Código de Procedimiento Penal, el Decreto 2265 de 1969, el artículo 9 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 1 de la Ley 585 de 2000 y aunque pidió la nulidad de los mismos, ello le fue negado.

Los mencionados declararon en su lengua wayunaiki y los supuestos traductores, Mengual Epinayu y Hernández Ezpeleta, no demostraron la condición de intérpretes y no aportaron la certificación correspondiente.

Los traductores aborígenes que presenciaron los testimonios en los que se apoya la fiscalía no probaron esa calidad.

Reitera las consideraciones que su colega expuso al sustentar el mismo cargo.

En caso de no prosperar la censura, pide se case discrecional y oficiosamente la sentencia.

Cuarto cargo (causal tercera)

Las consideraciones son similares a las expuestas por su colega en el mismo cargo.

En caso de no prosperar la censura, pide se case discrecional y oficiosamente la sentencia.

Quinto cargo (causal tercera)

Las consideraciones guardan identidad a las expuestas por el defensor anterior en el mismo cargo.

En caso de no prosperar su reproche, pide se case discrecional y oficiosamente la sentencia.

Finalmente, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y proferir la que corresponda, haciendo prevalecer el derecho sustancial.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado para la casación penal aclaró que se referiría en conjunto a ambas demandas, con algunas precisiones respecto de cada una, dado que las censuras son concordantes.

Pidió no declarar las nulidades propuestas ni casar la sentencia objeto de disenso por las siguientes razones:

Cuarto cargo (nulidad)

El principio constitucional de juez natural, según el cual quien sea sindicado tiene derecho a ser juzgado por el competente en el territorio donde se cometió la conducta punible, no es absoluto, tal como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia, justamente por la posibilidad legal del cambio de radicación.

La razón que tuvo la Corte para acceder al cambio solicitado fue el origen de los acusados, la grave situación de violencia que registraba el distrito judicial donde se

adelantaba el proceso y la necesidad de proteger a los testigos.

Quinto cargo (nulidad)

Comparte los criterios expuestos por los falladores de instancia cuando negaron la nulidad planteada por razón de los cuadernillos con las interceptaciones.

En la Ley 600 de 2000 rige el principio de permanencia de la prueba y durante la fase preliminar es natural que se practiquen aquellas que en ese momento no sean conocidas por el futuro imputado hasta tanto no esté identificado. Una vez ello tiene lugar y es vinculado, su defensor puede ejercer los derechos de contradicción y pedir su repetición, según sea el caso.

Que no hubiese tenido la defensa posibilidad de conocer el contenido de la actuación antes de que fuera remitida a la Unidad Nacional de Derechos Humanos, no es trascendente porque con posterioridad y durante todo el proceso tuvo acceso al expediente.

Primer y segundo cargos (falsos juicio de identidad y de existencia)

Los profesionales critican la valoración probatoria contraponiendo sus personales apreciaciones a las de los juzgadores, los que si bien admitieron contradicciones en los declarantes de la familia Pérez Epinayu, lo cierto es que, acudiendo a la sana crítica, valoraron las pruebas en conjunto y concluyeron sobre la tipicidad de las conductas y la responsabilidad de los acusados. Además, de prescindir incluso de los testimonios cuestionados por los censores, los restantes medios de prueba son suficientes para mantener la condena.

Los juzgadores determinaron con testimonios, documentos e indicios la relación de los acusados con grupos armados al margen de la ley, comenzando por Barros Ipuana, quien,

tal como lo reconocieron varios declarantes, desde años atrás había llevado a los paramilitares a la región del Portete para remediar hurtos de mercancías, los alojó en las rancherías de Karlerrwuo y Marañamana. En lo que toca con Bernier Barros, algunos testigos manifestaron que se le veía en compañía de integrantes de grupos armados ilegales que operaban en esa región y que era conductor de vehículos en los que ellos se trasportaban.

Entre esos testigos están Débora Elena Barros Fice, Vicente Gutiérrez Epinayu, Silverio Fince Epinayu e Isabel Fince Epinayu. También la maestra de la escuela, Yeice Iguarán Fince relató la llegada del grupo paramilitar al centro educativo, en el estaba Bernier Barros.

El Tribunal también se soportó en lo dicho por Enrique Epinayu, Tito Aguilar Epinayu, Vicente Gutiérrez Epinayu, Mariana Epinayu, Victoria Helena Ballesteros, estas dos últimas ante la Procuraduría General de la Nación, en lo narrado por las víctimas desplazadas hasta la ciudad de Maracaibo (Venezuela), Ojenita Epinayu, Teresa Epinayu, Wachi Epinayu y Silverio Fince Epinayu. Lo anterior indica que existen otros elementos de prueba, que no están cuestionados, en los que se soportó la condena y que fueron apreciados bajo las reglas de la sana crítica.

En relación con el testigo José Gregorio Álvarez, los falladores tuvieron en cuenta sus manifestaciones, pero al valorarlas arribaron a conclusiones diversas a las de los defensores. El funcionario judicial está facultado para tomar las pruebas en su totalidad o parcialmente, dependiendo donde halle la verdad procesal. Fue así como otorgaron credibilidad a algunos de sus relatos y a otros no.

Coincide con los falladores en el sentido que hay testimonios favorables, señalados por los casacionistas como pretermitidos, tales como el de Tovar Pupo “alias Jorge 40”, que carecen de fuerza suficiente para derruir las razones inferidas por ellos para

condenar.

Tercer cargo (falso juicio de legalidad)

Es un mandato legal que las personas que no comprendan el castellano tendrán traductor oficial, pero si no existe, como en este caso, el nombramiento recae en la persona reputada como idónea para hacer la traducción.

No es posible pretender la aplicación de normas de procedimiento civil cuando en el procedimiento penal se regula el asunto. Comparte lo que al respecto argumentó el Tribunal al negar la nulidad planteada.

CONSIDERACIONES

1. Aunque la demanda adolece de ostensibles fallas en cuanto a la formulación y fundamentación de los cargos, una vez admitida la Sala no se ocupará de ellas y resolverá el asunto, esto es, estudiará de fondo las censuras propuestas; y, tal como procedió el representante del Ministerio Público, dadas las similitudes de las demandas presentadas, la Corte abordará los cargos propuestos en forma conjunta, iniciando por los de nulidad, en razón a que, de comprobarse su existencia, la actuación tendría que retrotraerse hasta el estadio que corresponda, en orden a garantizar los derechos o las garantías violadas.

No obstante, previamente se detendrá en dos aspectos relevantes: uno, la caracterización de lesa humanidad de los delitos imputados a los acusados y, dos, el fenómeno jurídico de la prescripción ocurrido respecto de algunas conductas punibles.

La gravedad de las conductas endilgadas y la prohibición de la no reformatio in pejus

2. Barros Ipuana y Bernier Barros fueron condenados, tanto en primera como en segunda

instancia, por, entre otros delitos, el de concierto para delinquir simple. Para arribar a esa conclusión y descartar la posibilidad de que el mismo fuese agravado en los términos del segundo inciso del artículo 340 del Código Penal, el a quo hizo un extenso análisis para finalmente sostener:

“...los procesados (...), como se dijo, han sido acusados por el delito de concierto para delinquir, en consideración a que pertenecen al grupo armado ilegal Autodefensas Unidas de Colombia, circunstancia que consideramos se halla plenamente demostrada, ya que conforme a las reglas de la experiencia no puede darse otra explicación al hecho que el procesado BARROS IPUANA haya llevado a miembros del citado grupo a la región de Bahía Portete; así mismo, la estrecha relación de BERNIER BARROS con integrantes de la organización paramilitar mencionada, sólo puede ser explicada por su militancia en la misma.

No obstante, como se advirtió al inicio de este acápite, la actual configuración jurídica del artículo 340 del C.P., demanda del ente investigador una precisión absoluta de los hechos jurídicamente relevantes endilgados, a efectos de poder hacer una adecuación típica ajustada a tales preceptos fácticos.

En este orden de ideas, encuentra el Despacho que en el caso sub examine, no es posible encuadrar la conducta endilgada a los acusados (pertenecer a un grupo armado ilegal) al inciso segundo del artículo 340 del ordenamiento penal, es decir, a las modalidades de concierto para delinquir que implican un mayor reproche punitivo; veamos los argumentos que nos permiten afirmar tal cosa.

En primer lugar, y aún en forma consuetudinaria, se venía adecuando la pertenencia de una persona a una agrupación al margen de la ley, a la modalidad agravada del artículo 340 del ordenamiento penal, consideramos que tal adecuación no encuentra soporte jurídico alguno, habida cuenta que el texto original de dicha norma,

no contemplaba los rectores pertenecer o conformar, como modalidades delictivas punible de conformidad con tal precepto.

Así mismo, y como lo indicamos antes, consideramos que no puede admitirse que el comportamiento de quien pertenece a un grupo al margen de la ley, se adecue a los verbos rectores, organizar, promover, armar o financiar, ya que es verdad de Perogrullo que desde una perspectiva óptica tales acciones tienen unas connotaciones fácticas totalmente diferentes, a las de la mera pertenencia a un grupo armado ilegal.

Tan es así, que el propio legislador, en la Ley 1121 de 2006, reasignó tales verbos rectores al punible de financiación de terrorismo, lo que nos permite afirmar sin lugar a hesitación alguna, que el alcance de los verbos organizar, promover y financiar grupos armados al margen de la ley, tienen unas connotaciones jurídicas diametralmente distintas a las de la mera pertenencia a una organización de tal jaez.

(...)

Sin embargo, debemos precisar que la pertenencia a un grupo armado ilegal, satisface los presupuestos dogmáticos de la modalidad genérica del punible de concierto para delinquir, por cuanto aquella solo exige, que varias personas se concierten para cometer delitos, circunstancias que se hallan claramente demostradas en el plenario, ya que el hecho de que los procesados (...) militen en un grupo de autodefensas, supone necesariamente la existencia de una manifestación de voluntad, al menos tácita; con lo que se cumple el primero de los requisitos mencionados (concertarse), lo que implica también que se compartan los fines pretendidos por el grupo, los cuales como lo enseñan las reglas de la experiencia, están orientados a la lesión de bienes jurídicos indeterminados, dado el enorme plexo de conductas punibles que desarrollan tales agrupaciones, lo cual nos permite afirmar que se halla presente el segundo de los elementos dogmáticos del punible sub examine (cometer delitos).

Acorde con lo anterior, resulta claro que la conducta de los procesados se adecua en su aspecto objetivo a la modalidad básica del punible de concierto para delinquir.

No obstante, antes de continuar con el análisis jurídico pertinente, resulta importante advertir que se nos podría objetar que en el caso sub examine se ha probado en el plenario que los acusados (...) se concertaron también para cometer delitos de tortura, desplazamiento forzado, terrorismo, homicidio, etc., a más que es posible afirmar de conformidad con el acervo probatorio, que BARROS IPUANA sí organizó, promovió y financió el grupo armado al margen de la ley, por lo que tal modo de proceder ameritaría de suyo la punición establecida en el inciso segundo del artículo 340 del ordenamiento penal.

Sin embargo, revisada minuciosamente la resolución que calificó el mérito del sumario encontramos que el núcleo de la imputación fáctica, respecto del delito de concierto para delinquir, se centró en el hecho que se hallaba corroborada la pertenencia de los procesados al grupo ilegal Autodefensas Unidas de Colombia, tal y como se advierte a folio 189 de C.O.5.

Por lo tanto, introducir en el fallo los hechos que se deducen de las pruebas obrantes en el plenario, es decir, que BARROS IPUANA fomentó la llegada de un grupo a Bahía Portete, así como que él y el acusado BERNIER BARROS participaron en un acuerdo para cometer delitos de homicidio, terrorismo, desaparición forzada, etc., implicaría necesariamente la modificación del soporte fáctico de la acusación.

En ese orden de ideas encontramos que realizar tal cambio en el fallo, entraña necesariamente la transgresión de las garantías fundamentales de los procesados, precisamente porque en el sistema de imputación de la Ley 600 de 2.000, lo determinante en la resolución acusatoria, es la imputación fáctica, habida cuenta que en virtud al principio *iura novit curia*, la imputación jurídica es provisional y puede ser

variada a instancias del Juez (...).

Así las cosas, mal haría el Despacho en adecuar la conducta del procesado, a modalidades delictivas del punible de concierto para delinquir que no fueron objeto de imputación fáctica por parte de la Fiscalía, ya que como se dijo ello conllevaría una flagrante violación a los derechos de defensa y debido proceso de los acusados (...).”³⁰

De los apartes transcritos se colige que el juez, después de valorar la totalidad de las pruebas, evidenció que los acusados no solo incurrieron en el punible de concierto para delinquir simple sino en uno agravado. Sin embargo, por respeto a la acusación fáctica hecha por la fiscalía y para garantizar los derechos de aquéllos, no hizo modificación alguna al respecto.

Ahora bien, la Corte, luego de examinar el material probatorio, advierte, en igual sentido, que el acuerdo criminal se perfeccionó con el propósito de cometer delitos de desaparición forzada, desplazamiento forzado, torturas y homicidios, por lo que estaría inmersa dentro del segundo inciso del artículo 340 del Código Penal. Sin embargo, la conducta desplegada por Barros Ipuana y Bernier Barros no queda tan solo allí, porque, dadas las particularidades de su actuar delictivo y del contexto mismo en el que tuvo lugar, no parece haber duda de que los demás punibles perpetrados deben enmarcarse dentro del contexto de crímenes de lesa humanidad.

En efecto, conforme a lo expuesto por varios de los testigos y a las características de lo acontecido, el ataque perpetrado contra varios indígenas de la etnia Wuayúu adquirió dimensiones de generalidad y sistematicidad, de modo que alteró el orden mínimo social y cívico de los pobladores del lugar, atentando contra los derechos humanos. La ruptura del orden no solo tuvo lugar por la participación de Barros Ipuana y Bernier Barros, sino que éstos pactaron con otras personas, integrantes de las AUC, la

ejecución de los punibles.

Véase, por ejemplo, lo narrado por José Gregorio Álvarez Vargas respecto al pacto hecho por Barros Ipuana con alias Pablo para la realización de actos delictivos:

“...entonces CHEMA BALA le dijo, bueno PABLO, yo te doy la zona mía y tu me acabas con los enemigos míos que tengo en Portete. (...) Entonces cogió la seguridad de él y le dijo a CHEMA BALA voy a hacerte el trabajo, voy pa allá pa Portete pa acabarte con los enemigos tuyos, a dejarte sin enemigos. (...) Ellos llevaron a Portete, matando indios, si me entiende? (...) ese motivo fue porque él quería los muelles que estaban en Portete, los quería para él solo entonces los otros paisanos dijeron que no que eso no podía ser posible, porque esos muelles le pertenecían la mitad a ellos y la mitad a CHEMA BALA, entonces por eso viene la riña de ellos. Entonces CHEMA BALA consiguió apoyo con el señor PABLO, como consiguió apoyo con el señor PABLO los acabó a todos...”.³¹

Por su parte, María Epinayu relató:

“CHEMA BALA trajo a los paramilitares para que le cuidaran las mercancías en los puertos y que nadie le robara nada y que el que le robaba le cortaba los dedos. Nosotros no queremos que abran más ese puerto por que (sic) para que lo abran deben pagar muy bien todos los muertos, por que (sic) los que murieron no son perros, son personas (...) CHEMA BALA con sus cuñados que son MERENGUE JIRNU, ORANGE JIRNU fueron los que mataron al muchacho FRANCISCO IGUARAN EPINAYU hace ocho años en Portote (sic) por orden de CHEMA BALA, pero nosotras las mujeres calmamos a nuestros hombres para que no sucediera nada y a pesar de eso miren lo que ha hecho.”³²

En relación con la presencia paramilitar en la zona de Bahía Portete, Mariana Epinayu contó:

“Antes de que ellos llegaran, los paramilitares a la guajira, se oían rumores, dichos por

los caleteros, que los paracos que trajo Chema Bala, iban a controlar a los Wuayucitos, las pariñas, los que recogían lo que quedaba de los barcos, las chancas, él, JOSE MARIA BARROS IPUANA les decía a los Wuayyu que había traído unos hombres que iban a hacer una ley blanca, ya ustedes no van a pirañar mas (sic), salté montaña tras montaña para traerlos, y ya ustedes no van a pirañar mas, el que se robe una chancleta le van a sacar las uñas. Después los Wuayyu decían que vamos a tener una reunión con los paracos y se encontraban con JOSE MARÍA BARROS IPUANA, los sobrinos de él, y unos doce o quince hombres armados (...) los paracos hicieron muchas cosas, después de eso, mas (sic) adelante las cosas cambiaron, cuando ellos mataron los hombres de la DIAN, eso también quedó así, ellos hicieron (sic) lo que querían hacer, ellos paraban a los Wuayyu, ellos ya hacían desastres por la zona, quitaban mercancía y gasolina, por toda la zona controlaban habían radios, ellos llegaron como unos tres años.”³³

De manera pues que las conductas punibles perpetradas durante los días 18, 19 y 20 de abril de 2004, dirigidas contra una comunidad indígena, constituyen grave infracción al derecho internacional de los derechos humanos y una afrenta, no solo contra esa población étnica, sino contra la humanidad; actos que fueron cometidos como parte de un ataque generalizado, sistemático contra la población civil y con conocimiento de dicho ataque³⁴.

Vale la pena traer a colación lo que, en providencia del pasado 23 de mayo³⁵, sostuvo la Sala en torno a las características propias de los delitos de lesa humanidad:

“...los crímenes de lesa humanidad demandan un contexto general dentro del cual se desarrollan, esto es, el ataque ordenado contra una población civil, del cual tiene pleno conocimiento el agente, quien lleva a cabo uno cualquiera de los comportamientos enunciados en el artículo 7°, para alcanzar las políticas o los planes de quienes disponen el ataque.

El propósito de ejecutar la conducta inhumana, con el conocimiento de que la misma se inscribe en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, es el elemento que transforma los actos indicados en crímenes de lesa humanidad, "... no en vano el encabezado del artículo 7° dispone que el autor debe poseer 'conocimiento de dicho ataque', de lo contrario, sin este conocimiento especial, su aspecto subjetivo se enmarcaría dentro de un delito común."36

(...)

El carácter generalizado del ataque implica que debe ser masivo, frecuente o lo que es igual, dirigido contra una multiplicidad de víctimas, lo cual implica que la víctima es colectiva: el grupo objeto del ataque, de ahí que se emplea la palabra 'población', es decir, "el conjunto de personas que habitan la tierra o cualquier división geográfica de ella, o el conjunto de individuos de la misma especie que ocupan una misma área geográfica",37 de manera que quienes cometen crímenes contra la humanidad tienen por objetivo a individuos sobre una base colectiva o no individualizada38.

El término población civil, en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, alude igualmente al carácter masivo o sistemático del ataque, con lo cual excluye los actos totalmente aislados. En la expresión referida "el acento no es puesto en la víctima individual, sino, ante todo, en la colectiva", toda vez que la victimización del individuo no deriva de sus características personales, sino de su pertenencia a un determinado grupo o población civil que es tomado como blanco39.

(...)

A modo de resumen: Caracterizar el delito de lesa humanidad supone atender el contexto en que se produce, el móvil, la forma, el destinatario del ataque, así como el victimario.

1. Demanda un contexto general dentro del cual se desarrolla el ataque ordenado contra la población civil, del cual tiene pleno conocimiento el agente que lo realiza, a través de cualquiera de las conductas descritas en el artículo 7.1 del Estatuto de Roma, para lograr los planes de quienes lo dispusieron.
2. Requieren de un móvil, el cual no se contrae a motivos raciales, nacionales, religiosos o políticos, sino a cualquier circunstancia que cohesione al grupo poblacional objeto del ataque.
3. El ataque bajo el cual se desarrollen las conductas debe ser generalizado, vale decir, masivo, frecuente, ejecutado colectivamente, de gravedad considerable y dirigido contra multiplicidad de víctimas. También debe ser sistemático, o sea, cuidadosamente organizado, atendiendo un plan y política preconcebida, el cual debe enfocarse contra una población civil.
4. Por último, para que las conductas se consideren delitos de lesa humanidad, deben ser realizadas por un grupo de agentes del Estado, o por particulares que obran con su anuencia o avenencia, o que no tienen relación con el Estado.”

Véase cómo las conductas punibles desplegadas por los acusados estuvieron dirigidas hacia un grupo poblacional determinado: los indígenas de la etnia Wayúu, ubicados en la región de Bahía Portete, Bahía Honda, zona de la Alta Guajira; quienes, tal como se desprende del plenario, no pertenecían a organización armada ilegal alguna.

Así mismo, surge que los indígenas habían sido hostigados en ocasiones anteriores por los paramilitares, exhortados éstos por Barros Ipuana y Bernier Barros. Es más, de los testimonios rendidos por ellos mismos se extracta que Barros Ipuana, a quien apodaban “Chema Bala”, consiguió, con “Pablo”, apoyo de grupos paramilitares para aniquilar a todos los que asentaban en el puerto, que no eran otros que aborígenes también Wayúu. Por consiguiente, resulta fácil reconocer que lo acontecido durante el

mes de abril de 2004 no fue un hecho aislado, sino que se trató de una acción sostenida y concertada, consecuencia de una sucesión de acciones similares dirigidas contra un objetivo determinado: los indígenas Wayúu.

No obstante lo expuesto, es evidente que la Corte no puede variar la calificación que de las conductas hizo el ente acusador porque ello constituiría una trasgresión del principio de prohibición de reforma en peor, toda vez que solamente los procesados fueron quienes recurrieron en casación. Tampoco podría declarar la nulidad desde el mismo acto de llamamiento a cargos porque, además de las razones expuestas por el a quo, es evidente que proceder en ese sentido también sería una reforma en peor por vía indirecta.

En todo caso, conviene dejar consignadas las consideraciones precedentes con el fin de orientar las investigaciones que eventualmente se inicien o hayan iniciado con ocasión de los hechos ocurridos en Portete y en las que aún no se individualizare al presunto responsable, toda vez que, vale destacar, los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles.

Ello con la advertencia que ha hecho la Corte Constitucional y que ha reiterado esta Sala, en el sentido de que la imprescriptibilidad de la acción penal opera sin inconveniente alguno cuando no se ha individualizado al presunto infractor del ordenamiento jurídico, porque una vez ello haya tenido lugar, correrán los términos de prescripción descritos en el Código Penal.

Es así como en auto del 21 de septiembre de 2009, radicado 32.022) esta Sala manifestó:

“Ahora, sobre la imprescriptibilidad que caracteriza los delitos de lesa humanidad, directamente consagrada en el Estatuto de Roma, cabe precisar, acorde con lo examinado al momento de referenciar la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, que si bien la Corte Constitucional, en la Sentencia C-580 de 2002

(a la cual se hizo referencia allí), estudió en concreto lo correspondiente a la prescripción de la pena y la acción respecto de esa conducta punible, los criterios plasmados en ese antecedente sirven de referente necesario para delimitar el mismo factor de enervación de la persecución estatal, en torno de los otros delitos de lesa humanidad.

En particular, la sentencia que se analiza advirtió cómo el artículo 28 de la Carta Política, solo establece limitación, en punto de la prescripción, en lo tocante a la pena, pero no alude directamente a la “acción” penal, entendida esta como la facultad estatal de investigar y juzgar los delitos.

Así, se halla claro que en Colombia, acorde con la prohibición expresa del artículo 28, la pena aplicada, para cualquier tipo de delito, incluidos los de lesa humanidad, no es imprescriptible.

Cosa diferente ocurre con la acción penal, en cuyo caso, precisamente por virtud de la gravedad de las conductas, la necesidad de protección y resarcimiento de las víctimas y el deseo de precaver la impunidad, en los casos de delitos como el de desaparición forzada (que fue el directamente examinado por la Corte Constitucional), se hace menester realizar un balanceo con los derechos de los procesados.

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 reputa existente el derecho del procesado), respecto de ella no opera la imprescriptibilidad.

Es factible, entonces, que un delito de lesa humanidad reporte como tal la condición de imprescriptibilidad en su investigación, pero acerca de personas determinadas -individualizadas y formalmente vinculadas- exija el cumplimiento de los términos de investigación y juzgamiento. Debe agregarse, eso sí, como lo señaló el alto Tribunal Constitucional, que en los casos de delitos permanentes -como la desaparición forzada-, ese término prescriptivo no corre hasta que se sepa del destino del desaparecido, porque de acuerdo con el artículo 84 del Código Penal la prescripción debe contarse 'desde la perpetración del último acto'.

Desde luego, reitera la Corte que esos fundamentos perfectamente son válidos para atender en el caso concreto la evaluación de cualquier delito de lesa humanidad y los efectos que sobre el mismo pueda traer la prescripción de la acción penal y la

pena.”

La prescripción de algunos delitos y la vigencia de la absolución

3. Atendiendo las consideraciones expuestas en acápite anterior y dado que la Corte no puede modificar la calificación, es claro que ha operado la prescripción respecto de algunos delitos.

Los punibles por los que se llamó a juicio a Barros Ipuana y a Bernier Barros fueron un concurso de homicidios agravados, tentativa de homicidio, desaparición forzada, desplazamiento forzado, terrorismo, tortura, hurto calificado y concierto para delinquir.

Según el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, sin que sea menor de 5 años, ni exceda de 20, salvo las excepciones allí señaladas.

La iniciación del término de prescripción comienza a contarse, para los delitos instantáneos, desde el día de la consumación⁴⁰ y, para los de ejecución permanente, desde la perpetración del último acto. Este tiempo se interrumpe con la resolución de acusación, debidamente ejecutoriada, y comienza nuevamente a correr por uno igual al señalado en el artículo 83, sin que pueda ser inferior a 5 años ni superior a 1041.

En este caso la resolución de acusación se profirió el 3 de junio de 2004 y quedó ejecutoriada el 19 de agosto de 2005, cuando fue confirmada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal.

3.1. El concierto para delinquir

Los falladores de instancia condenaron a los procesados por el referido punible en la modalidad de simple. El a quo fue explícito al señalar que aplicaría el artículo 340 del

Código Penal sin la modificación introducida por la Ley 1121 de 2006, y que en este caso su conducta “satisface los presupuestos objetivos del punible de concierto para delinquir en su modalidad de simple...”⁴².

El artículo 340 del Código Penal de 2000, modificado por la Ley 733 de 2002, prevé una pena de prisión de 3 a 6 años, luego en juicio la acción prescribiría en 5 años.

Si la resolución de acusación alcanzó ejecutoria el 19 de agosto de 2005, a partir del siguiente día -20- empezó a contabilizarse el término de prescripción, el que se completó el 20 de agosto de 2010, esto es, después de dictada la sentencia de segunda instancia y días después de que el Delegado del Ministerio Público rindiera concepto ante la Corte dentro de este proceso.

Es evidente, entonces, que transcurrieron más de 5 años durante la etapa del juicio sin que la sentencia adquiriera ejecutoria, razón por la cual se declarará la prescripción y la extinción de la acción penal por el referido delito.

3.2. El hurto calificado

Los procesados fueron acusados por este reato conforme a los artículos 239 y 240 -numerales 1 y 2- del Código Penal, sin la modificación introducida por la Ley 1142 de 2007, pero sí con la de la Ley 813 de 2003, normativa en la que está sancionado con pena de prisión entre 3 y 8 años. De manera que en el juicio prescribiría en 5 años.

Conforme a lo considerado en precedencia, transcurrieron más de 5 años durante la etapa del juicio sin que la sentencia adquiriera ejecutoria.

La ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción, que impide al Estado cualquier tipo de persecución penal, conduciría a que, igual que en el caso anterior, se decretará tal

situación y, por ende, la cesación de procedimiento.

No obstante, los procesados fueron absueltos por razón de esa conducta punible y la Corte ha sostenido que la absolución prima sobre la prescripción⁴³. Como en esta ocasión ningún reparo en casación se hizo frente a las consideraciones que en torno a ella hizo el Tribunal, y tampoco se evidencia violación de garantías fundamentales, la Sala hará prevalecer la absolución.

3.3. El desplazamiento forzado

Esta conducta punible es de ejecución permanente, en tanto inicia cuando las personas son desplazadas, desalojadas de su lugar de residencia, y termina cuando regresan a aquél, de forma que retomen nuevamente sus derechos económicos y políticos.

Para efectos de prescripción en delitos de ejecución permanente, la Sala ha sostenido que la potencialidad del daño no se extiende hasta el querer finalístico del infractor, que concurría en el “último acto”, sino hasta el cierre de investigación y, a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, se inicia el término de prescripción de la acción penal.

Así, en sentencia del 20 de junio de 2005⁴⁴ afirmó:

“Ciertamente, si lo que se pretende en el proceso penal es juzgar las conductas punibles a partir de la indagación que el ente instructor realiza de comportamientos cuya ejecución se inició obviamente con anterioridad, aunque continúe realizándose en el tiempo, investigación que se concreta en el doble acto de imputación fáctica –que compendia las circunstancias de tiempo, modo y lugar de comisión del hecho- y jurídica –que califica la conducta desde la normativa penal- contenida en la acusación, aún tratándose de delitos de ejecución permanente existe un límite a la averiguación, de manera que cuando se convoca a juicio al procesado su conducta posterior no podrá ser

objeto de análisis ni de reproche en el mismo proceso sino, acaso, en otro diferente.

Que ese límite o momento cierto en el que el Estado define los términos del juzgamiento lo constituye la resolución acusatoria, ya había sido señalado por la Corte cuando, a propósito del examen del principio de congruencia, anotó:

‘la resolución de acusación es acto fundamental del proceso dado que tiene por finalidad garantizar la unidad jurídica y conceptual del mismo, delimitar el ámbito en que va a desenvolverse el juicio y, en consecuencia, fijar las pautas del proceso como contradictorio. Por eso la ley regula los presupuestos procesales de la acusación (art. 438), sus requisitos sustanciales (art. 441) y su estructura formal (art. 442). Por eso también la ley, al regular la estructura de la sentencia recoge el concepto de acusación como punto de referencia obligado (art. 180 # 1, 3, 5, 7) y señala como vicio de la misma, demandable en casación, su falta de correspondencia (art. 220 #2)’. 45

En la misma providencia, precisó respecto de los delitos de ejecución permanente que

‘el límite cronológico máximo de la imputación es el de la acusación y por tanto la sentencia debe atenerse al mismo’.

4. En consecuencia, como con la ejecutoria de la resolución de acusación se hace, por así decirlo, un corte de cuentas en el delito permanente que permite valorar el comportamiento ilícito que el procesado realizó por lo menos hasta el cierre de la investigación, se debe aceptar como cierto, aunque en veces sea apenas una ficción, que allí cesó el proceder delictivo y, en consecuencia,

i) los actos posteriores podrán ser objeto de un proceso distinto; y,

ii), a partir de ese momento es viable contabilizar por regla general el término ordinario de prescripción de la acción penal como que, en virtud de la decisión estatal, ha

quedado superado ese “último acto” a que se refiere el inciso 2º del artículo 84 del Código Penal.

5. Se afirma que por regla general, porque es factible que antes de esa fecha se realicen actos positivos que demuestren que cesó la ilicitud –verbigracia, que se haga dejación de las armas- o se aprehenda al rebelde, casos en los cuales en esas ocasiones, en principio, se debe entender cumplido el último acto de ejecución del delito permanente para efectos de la prescripción de la acción penal.

Que la captura constituye un límite temporal de la actividad delictiva, es conclusión que emana de la propia naturaleza de la medida restrictiva de la libertad, como que precisamente uno de los fines de la detención lo constituye, en términos del artículo 355 del estatuto procesal penal, impedir que el sindicado persista en la realización del comportamiento reprochable.

Resultaría un contrasentido que el Estado reduzca a prisión a una persona para hacer cesar la comisión de la conducta punible, pero al mismo tiempo el propio Estado reconozca que la medida no es eficaz porque por tratarse de un delito de ejecución permanente, el detenido sigue realizando actividades delictuales.

6. Relacionando entonces la regla general con la excepción que se derivaría del hecho de la captura, tres diversas situaciones podrían presentarse respecto de la prescripción de la acción penal en los delitos de ejecución permanente, como el de rebelión:

Una. Que la captura se produzca antes de la resolución de acusación.

Dos. Que la aprehensión ocurra después de proferida tal resolución.

Tres. Que no sea posible la privación de la libertad.

En el primer evento -captura anterior al enjuiciamiento-, el término de prescripción empezará a correr a partir de la fecha de la detención física, pues ya el Estado ha asumido el control de las actividades que pueda desarrollar el sindicado al someterlo al régimen carcelario.

En este caso, el plazo se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación y se contabiliza de nuevo por la mitad del término sin que sea inferior a 5 años, conforme lo preceptúan los artículos 83 y 86 del Código Penal.

En las otras dos circunstancias-captura posterior a la acusación, o imposibilidad de aprehensión-, como con la ejecutoria del pliego que convoca a juicio se hace en todo caso inmodificable la imputación fáctica⁴⁶, la valoración que aquella contenga se referirá siempre a los hechos realizados con anterioridad a la resolución que dispuso el cierre de investigación, cuya ejecutoria será el hito que marcará el inicio del plazo prescriptivo, que se podrá interrumpir cuando la resolución acusatoria adquiera firmeza”.

De acuerdo con lo que obra en el expediente y en armonía con lo destacado por el Tribunal, como consecuencia de los acontecimientos ocurridos durante los días 18 a 20 de abril de 2004, aproximadamente 600 personas dejaron sus viviendas, sus enseres, sus animales, sus pertenencias, y se trasladaron a otras poblaciones como Uribia, Manaure y Maracaibo (Venezuela) “sin que hayan regresado en su totalidad nuevamente a sus territorios”⁴⁷.

Ahora bien, conforme al artículo 180 del Código Penal este delito está sancionado con prisión entre 6 y 12 años, lo que lleva a sostener que la prescripción máxima en instrucción sería de 12 años y en juicio de 6. Debe destacarse que no resulta aplicable el inciso segundo del artículo 83, modificado por la Ley 1423 de 2010 según el cual “el término de prescripción para las conductas punibles de genocidio, desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una organización sindical legalmente reconocida,

homicidio de defensor de Derechos Humanos, homicidio de periodista y desplazamiento forzado, será de treinta (30) años”, toda vez que el límite ficticio que se ha dado como fecha de último acto –el cierre- se produjo con mucha anterioridad, esto es, el 13 de abril de 2005, momento para el cual la Ley en referencia no se había siquiera expedido. Bajo ese orden, el tramo del delito no alcanzó a estar cubierto por la nueva legislación⁴⁸.

Por consiguiente, no hay otro remedio que declarar la prescripción de la acción penal y la consecuente cesación de procedimiento.

Dicho fenómeno ocurrió durante la etapa del juicio, dado que desde la ejecutoria de la resolución de acusación -19 de agosto de 2005- trascurrieron más de 6 años sin que el fallo condenatorio adquiriera firmeza, plazo que se cumplió el 20 de agosto de 2011.

Lo expuesto no obsta para que, dado que se trata de un delito de ejecución permanente, la fiscalía adelante la investigación en lo que respecta a la conducta posterior al acto del cierre de investigación.

Como consecuencia de la prescripción advertida, la Corte habrá de redosificar las penas, labor que tendrá lugar al finalizar esta sentencia y luego de contestados los cargos propuestos.

Adicionalmente, y por razón de la prescripción, se compulsarán las copias correspondientes a la Procuraduría General de la Nación.

Los cargos propuestos

Las nulidades

4. Dado que los cargos cuarto y quinto se encaminan por vía de la causal tercera de

casación, conviene recordar que, conforme al ordenamiento procesal penal, la nulidad de los actos procesales es una medida extrema, regida -tal como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia- por los principios de taxatividad, en cuanto solo es posible alegar aquellas expresamente previstas en la ley; protección, porque no puede invocarse en su beneficio el sujeto procesal que haya dado lugar al motivo de anulación, salvo el caso de ausencia de defensa técnica; convalidación, porque aun a pesar de estructurarse una irregularidad, ella puede ser convalidada con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales; trascendencia, en cuanto quien solicita su declaratoria tiene la obligación de demostrar que la anomalía sustancial denunciada atenta de manera real y cierta contra las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales del proceso judicial, y residualidad, porque debe demostrarse que no existe otro remedio procesal distinto a la anulación para enmendar ese agravio⁴⁹.

Cargo cuarto (ambas demandas)

4.1. Reclaman los censores nulidad de lo actuado -sin indicar el estadio procesal desde el cual habría de declararse-, por considerar que hubo fallas tanto en las consideraciones como en la competencia cuando la Corte Suprema de Justicia resolvió el cambio de radicación solicitado por la agente especial del Ministerio Público.

Al respecto vale recordar que el cambio de radicación, como bien lo destacó el Procurador Delegado en su concepto, es un instituto contemplado por el legislador como excepción al principio de territorialidad que rige la competencia en materia penal, y tiene lugar cuando en el proceso correspondiente se verifican ciertas circunstancias que conducen a remitir la actuación a un juez con competencia en territorio distinto al que corresponde por disposición de la ley.

Así, el artículo 85 del Código de Procedimiento Penal autoriza el cambio de radicación cuando

“...en el territorio donde se esté adelantando la actuación procesal, existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad o integridad personal de los sujetos procesales o de los funcionarios judiciales”.

De manera pues que esa medida es extrema, por lo que está atada a que se constate que en el lugar donde se adelanta el proceso existan circunstancias que entrañen grave peligro para (i) el interés público, la imparcialidad o la independencia de la justicia; (ii) las garantías procesales o el interés privado del procesado, (iii) la publicidad del juzgamiento o (iv) la integridad personal de los sujetos procesales o de los funcionarios judiciales

En este caso, quien hizo la solicitud, además de encontrarse legitimada para tal efecto, pretendió que la variación de la radicación tuviera lugar en un distrito judicial diferente y lejano a Riohacha, preferiblemente Bogotá, para garantizar la protección de los testigos y de los intervinientes en el proceso, razón por la cual, contrario a lo sostenido por los censores, la competencia para resolverlo radicaba en esta Corporación, dado que se involucraban despachos pertenecientes a diferentes distritos judiciales.

Es así como el numeral 8 del artículo 75 del Código de Procedimiento Penal de 2000, que señala las competencias de la Sala de Casación Penal, establece que corresponde a ésta conocer “de las solicitudes de cambio de radicación de procesos penales de un distrito judicial a otro durante la etapa de juzgamiento”. Por manera que esta Corporación sí tenía facultad legal para resolver.

Adicionalmente, las razones que llevaron a esta Sala de Casación a acceder a lo pedido

se acompasan con las exigencias legales, toda vez que en el auto respectivo -13 de diciembre de 2005- sostuvo:

“Y aunque en principio no se consagra, por lo menos de manera expresa, para proteger la seguridad de los testigos pues

[l]os factores de seguridad o de protección a la integridad personal, como motivo para variar la radicación de un proceso, se encuentran exclusivamente referidos al sindicado y sólo para cuando ello pueda afectar las garantías procesales que le son inherentes,

no hay duda que facilitar la participación de los testigos en un proceso significa defender los altos intereses de la justicia, en lo que igualmente está involucrado el interés público, como que garantizar esa intervención fortalece el adecuado juzgamiento de los ciudadanos.

5. En este caso, la grave situación de violencia que se registra en el distrito judicial donde actualmente se adelanta el proceso, como se acredita con los documentos aportados por la señora Procuradora, íntimamente relacionada con los hechos materia de juzgamiento, así como la muerte de varios testigos, son circunstancias que afectan el cabal desempeño de la administración de justicia y ponen en peligro el interés público.”

Así las cosas, el cargo no prospera.

Quinto cargo (ambas demandas)

4.2. En criterio de los recurrentes, se desconoció el principio de investigación integral y el derecho de defensa porque cuando la Fiscalía 2 de Riohacha remitió las instructivas a la 17 Especializada no allegó el cuadernillo de interceptaciones telefónicas, al que, además, nunca los defensores tuvieron acceso.

Por expreso mandato del inciso final del artículo 250 de la [Constitución Política](#) y 20 del Código de Procedimiento Penal de 200050 es deber del funcionario judicial investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del procesado.

Se trata del principio constitucional de investigación integral, del cual se deriva la obligación para el Estado de verificar –en cuanto ello sea posible– las citas y aseveraciones hechas por el imputado en la indagatoria, y practicar las pruebas idóneas que solicite para su demostración, en estricto acatamiento del último inciso del artículo 338 del estatuto procedimental. La inobservancia de ese postulado afecta el debido proceso y, eventualmente, el derecho de defensa, cuando se deja de investigar lo benéfico al procesado.

Su proposición en casación le impone al recurrente precisar cuáles pruebas se dejaron de practicar, qué se hubiera logrado establecer con las mismas y por qué se trata de una omisión probatoria trascendente, exigencia última que lógicamente le implica confrontar los términos de la sentencia y demostrar que, de haber contado el juzgador con las evidencias que se extrañan, otro sería su sentido⁵¹

La demostración del quebrantamiento de ese principio requiere, más que una lista de los elementos que a su juicio se dejaron de allegar, convencer argumentativamente a la Corte qué se habría comprobado con las probanzas dejadas de practicar. Surtido ello, enfrentar lo que los medios echados de menos demostraban con los fundamentos probatorios de la sentencia, que era en últimas lo que le resultaba forzoso desvirtuar.

Nada de lo anterior hicieron los censores. No especificaron a la Corte el contenido del referido cuadernillo, cómo lo allí inserto, de haber ingresado al proceso, habría contribuido a demostrar la inocencia de los acusados, ni cómo esa presunta omisión

denunciada afectó en forma grave el derecho a la defensa de sus representados.

En punto al aludido breviario y al posible desconocimiento del principio de publicidad, el que aparece entre líneas en las demandas, la Sala coincide con el Tribunal cuando en auto del 20 de septiembre de 2006, al resolver el recurso interpuesto contra la negativa del a quo de decretar la nulidad por ese motivo, sostuvo que “reclamar por el apelante la publicidad de unas interceptaciones telefónicas inexistentes legalmente en el proceso, no es procedente como acertadamente lo concluyó el juzgado de instancia, y, mucho menos, ello constituye irregularidad violatoria el derecho de defensa...”⁵².

Además de las fallas en cuanto a la formulación del cargo, es evidente que carece de trascendencia, motivo por el cual no prospera.

Los falsos juicios denunciados

Primer cargo (ambas demandas)

4.3. En primer término, consideran los casacionistas que los falladores incurrieron en falso juicio de identidad por haber tergiversado las declaraciones de Moyo Pérez Uriana, Lilia Epinayu y Xiomara Epinayu, toda vez que mostraron contradicciones respecto al lugar donde se encontraban el día de los hechos.

A más de que sus planteamientos no van dirigidos a demostrar un error de esa índole sino más bien a cuestionar la credibilidad por presuntas fallas en la apreciación de los testimonios por desconocimiento de las reglas de la sana crítica –que vale aclarar no fueron siquiera enunciadas-, es ostensible que están soportados en un presupuesto falso, toda vez que tales declaraciones no fueron la base para condenar.

En lo que toca con las posibles refutaciones entre los declarantes, debe advertirse que el

a quo no las pasó por alto y al respecto sostuvo, como bien se pudo extractar del testimonio rendido por Pérez Uriana, que si bien éste afirmó hallarse en el lugar de los hechos, lo cierto es que no expresó encontrarse en el mismo espacio que su hija y su esposa, esto es, en la casa; y que hizo una referencia general de las personas que arribaron y el sitio en el que se encontraba durante la incursión paramilitar.

Dijo al respecto el fallador de primer grado:

“En este mismo orden de ideas, que LILIA EPINAYU y XIOMARA EPINAYU hayan presenciado los hechos que se investigan en esta providencia, no implica necesariamente que sus declaraciones y las de PÉREZ URIANA, deban coincidir exactamente en todo, habida cuenta que ello es un imposible ontológico, dado que cada testigo hace un relato de los hechos desde su perspectiva y su conocimiento individual de los mismos; en consecuencia, de un hecho pueden haber tantos puntos de vista, como personas que presenciaron el mismo, ya que cada individuo puede orientar su percepción a diferentes particularidades del suceso e inadvertiendo otros, sin que por ello se pueda aducir razonadamente que sus manifestaciones son inverosímiles.

En consecuencia, el hecho que sólo MOYO PÉREZ URIANA, indique que BERNIER BARROS, se encontraba presente en la incursión armada a la que nos hemos referido, y que otros testigos presenciales de tales hechos no refieran tal particularidad, no refleja en absoluto mendacidad en el testimonio de PÉREZ URIANA, sino lo que se evidencia es que los demás deponentes no percibieron tales actos.⁵³

(...)

A lo anterior se aúna, que si como lo afirma el defensor, MOYO PÉREZ URIANA miente en su declaración para perjudicar en sus defendidos, no se explica el Despacho por qué no indicó simplemente que vio a BERNIER BARROS en el lugar de los hechos, sin hacer manifestación respecto de que portaba una capucha, ya que ello se habría armonizado

mejor con el ánimo que le aduce al deponente.”⁵⁴

Y es que, en relación con la participación de los encartados en la violenta irrupción que dio origen a este proceso, existen en el diligenciamiento diversos testimonios, distintos a los indicados en precedencia, que dan cuenta de la relación estrecha entre Barros Ipuana, alias “Chema Bala”, con grupos paramilitares; así como que fue él quien llevó a éstos en época pasada a Bahía Portete para que le colaboraran en impedir que le hurtaran mercancía que se descargaba en el lugar que administraba. También coinciden los declarantes en que aquél hizo una reunión con los habitantes de la zona para manifestarles que había llegado la “ley blanca”, que consistía en que quien fuera sorprendido robando sus barcos sería castigado en forma severa arrancándole las uñas y/o los dedos; y que en una ocasión alojó a los paramilitares en las rancherías de Kalerrwuo y Maraňamana. Así mismo, ponen de presente los testigos, que los vínculos de Bernier Barros con ese grupo, a quien identificaron como conductor de los vehículos en los que se desplazaban integrantes de la organización delictiva⁵⁵, “otro chofer de los paramilitares”⁵⁶; los detalles de lo ocurrido durante los días 18, 19 y 20 de abril de 2004 y el desplazamiento del que fueron objeto los moradores por razón del ataque.

Ello se constata con los relatos de María Epinayu⁵⁷, Enrique Epinayu⁵⁸, Vicente Gutiérrez Epinayu⁵⁹, Mariana Epinayu⁶⁰, Victoria Elena Ballesteros Epinayu⁶¹, Ojenita Epinayu⁶², Teresa Epinayu⁶³, Wachi Epinayu⁶⁴, Silverio Fince Epinayu⁶⁵, Isabel Fince Epinayu⁶⁶ y Ana Graciela Fince Epinayu⁶⁷.

Por su parte, Yeici Iguarán Fince fue firme al reseñar los que perpetraron la incursión:

“Yo le voy a contestar sinceramente fueron los paramilitares en compañía de la gente de JOSÉ MARÍA BARROS porque el primero, por los hechos anteriores e los asesinatos cometidos en otros parientes, como los hijos de la señora ANA JULIA, LABERTO FINCE y ROLAN FINCE, ocurridos el primer de febrero de este año, también la muerte del

señor NICOLAS BARROS y otros (sic) señor que estaba con él, todos estos actos fueron cometidos por ellos, y aseguró que fue la familia del señor JOSE MARIA BARROS, primero por que (sic) él fue el que trajo esos hombres a Portete, así se hacían llamar PARACOS desde que llegaron a la zona, estos hombres empezaron a llegar desde hace dos años seis meses por ahí, cuando ellos llegaron al principio eran comandados por un señor llamado DOCTOR, al principio cuando ellos llegaron a trabajar en cuestiones del puerto, vigilancia, mosqueo como de escoltar los camiones que trasladaban la mercancía hasta Maicao, ellos vivían en la casa de la señora CARMEN BARROS que es hermana del señor JOSE MARÍA y comían ahí mismo (...) incluso hasta la escuela llegaron un día el señor DOCTOR y otros acompañantes que no se sus nombre (sic), estaba con ellos el joven ADRIAN BARROS que es hijo de la señora CARMEN, ellos se acercaron a ofrecerle a la escuela sus servicios que cualquier cosa que necesitara la escuela ellos podían colaborar, o sea que si el agua, que si útiles escolares, ese día la que los recibió fui yo..."⁶⁸.

4.4. En segundo término, los defensores muestran inconformidad porque los falladores desestimaron sin razón las atestaciones de algunos declarantes.

Aunque tal afirmación no constituye, per se, ningún reproche válido en casación, lo cierto es que tampoco les asiste razón, puesto que el a quo consideró que los testimonios con los que la defensa pretende desvirtuar los cargos, entre ellos Clamides Rafael Barros Pulido, Wilson Rafael Rojas Vanegas, Marcelino de Jesús Gómez, Alfredo Alberto del Toro Aguilar, Sixta Dilia Zúñiga Lindao y Laura Deniris Andreolis Arévalo, corresponden a funcionarios de la administración municipal y departamental de la Guajira y Uribia, pero no resultaban útiles para desvirtuar la pertenencia de los acusados a las autodefensas, toda vez que los declarantes adujeron no tener conocimiento si ello era o no verdad. En ese orden, resultaba "imposible valorar tal desconocimiento ya que hacerlo implicaría un falso juicio de identidad, al tergiversar la prueba, por cual lo que relatan los testigos es que desconocen si los procesados hacen parte o no de un grupo ilegal, mas nunca afirman que los encartados no hagan parte del mismo"⁶⁹.

En particular, respecto a lo atestiguado por Clamides Rafael, el juez de primera instancia aseguró que, a pesar de su claridad al narrar que como comerciante de mercancías descargadas en el muelle de Bahía Portete, no advirtió presencia de organizaciones armadas ni escuchó sobre la relación existente entre Barros Ipuana, alias “Chema Bala” y grupos paramilitares, lo cierto es que sus dichos no pueden tener valor probatorio toda vez que

“...resulta insular en el plenario y controvierte hechos probados en el mismo, en consideración a que eran de conocimiento público en el municipio de Uribia, rumores que relacionaban a JOSÉ MARÍA BARROS IPUANA, con la llegada de los grupos paramilitares a la región; tan es así, que el propio alcalde de Uribia MARCELINO DE JESÚS GÓMEZ GÓMEZ, manifestó conocer tales dichos en diligencia de declaración juramentada, en igual sentido se pronunció el capitán del ejército CESAR ALERTO (sic) KARAN BENITES.”⁷⁰

El cargo, entonces, no prospera.

Segundo cargo (ambas demandas)

4.5. En sentir de los impugnantes, se incurrió en falso juicio de existencia porque los juzgadores omitieron valorar el testimonio de José Gregorio Álvarez Vargas, así como el de Jorge Tovar Pupo, alias “Jorge 40”. Ello –dicen- habría acreditado que Barros Ipuana no pertenecía a las autodefensas y que Bernier Barrios no participó en los hechos.

Revisada la actuación, es palmario el desacierto de los censores, toda vez que la declaración de Álvarez Vargas fue apreciada en su totalidad por los falladores de instancia y valorada en conjunto con el restante material probatorio. Fue así como concluyeron que aquél tuvo conocimiento directo de lo actuado por Barros Ipuana al expresar que fue éste quien determinó la incursión armada⁷¹ y participó en la masacre objeto de diligenciamiento.

Ahora bien, a un mismo testigo se le puede dar credibilidad solo en parte de lo que narra. Ello es consecuencia de la aplicación de las reglas de la sana crítica y de la apreciación conjunta de los elementos probatorios. Por manera que si, tal como ocurrió en esta ocasión, los falladores tuvieron como ciertas algunas de las narraciones, pero no así otras, de ningún modo incurren en yerro alguno, en tanto las inconsistencias advertidas respecto de unas de sus atestaciones solo afectan en forma parcial algo de lo dicho, pero no la totalidad de la declaración, dado que las demás encuentran respaldo en las restantes pruebas.

Precisamente la valoración del testimonio no puede hacerse de manera aislada al resto del plexo probatorio, es preciso confrontarlo con las demás existentes para determinar el grado de credibilidad y la fuerza demostrativa. Fue ese el proceder de los juzgadores.

Véase cómo, al resolver el cuestionamiento que por ese aspecto formuló la defensa en la apelación, el Juez expuso:

“En este orden de ideas, y remitiéndonos nuevamente a la declaración de JOSÉ GREGORIO ÁLVAREZ VARGAS, encontramos que lo manifestado en sus diversas salidas procesales, se compadece en líneas generales, con el contenido de otras declaraciones y también con hechos que se encuentran probados en el proceso. En tales condiciones, encuentra el Despacho que existen razones de peso, para dotar de valor probatorio el testimonio de ÁLVAREZ VARGAS, habida cuenta que al cotejarlo con el restante acervo probatorio, el mismo resulta consistente y veraz.”⁷²

En lo que toca con lo supuestamente afirmado por Jorge Tovar Pupo, alias “Jorge 40”, no aparecen relacionados en los libelos los folios donde reposa tal testimonio y tampoco se advierten por la Corte.

El cargo será desestimado.

Tercer cargo (ambas demandas)

4.6. Aseguran los defensores que se cometió un falso juicio de legalidad porque varios testimonios se recibieron sin cumplir con la exigencia del artículo 147 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que los declarantes no fueron asistidos por un intérprete calificado.

Evidencia la Corte que esa inconformidad fue alegada como nulidad dentro de la actuación y que los falladores negaron la petición con base en argumentos que ahora deben reiterarse por resultar válidos y razonables, por lo que no se constata la falencia denunciada en sede de casación.

En efecto, el artículo 147 de la Ley 600 de 2000 señala como uno de los requisitos de la actuación penal, que se adelante en idioma castellano, y, en armonía con el 10 de la Carta Política⁷³, contempla que cuando la persona no pudiere expresarse en castellano, se hará la traducción correspondiente o se utilizará un intérprete.

Sin embargo, en contraposición con lo que parecen entender los recurrentes, han de decirse dos cosas. De un lado, que el intérprete no es en esencia un perito, pues mientras éste es un profesional con conocimientos acreditados que presta su apoyo a la administración de justicia y emite su concepto fundado, ya sea profesional o técnico especializado sobre alguna materia; el primero se encarga de transmitir al funcionario judicial, en idioma castellano, lo que otra persona, en un lenguaje distinto y que él domina, le comunicó o relató.

De otra parte, aun de intentar aplicar a este caso las reglas relativas a los peritos, ha de recordarse que el legislador no determinó como requisito que los peritos o las personas expertas en un determinado asunto tuviesen que ser oficiales y menos que debiera acudir a la lista de auxiliares de la justicia en los términos del ordenamiento civil. Ello es así porque en el artículo 249 ibidem se prevé la designación de peritos oficiales

para efectos de practicar pruebas técnico-científicas o artísticas, y en el artículo siguiente –el 250- se consagra la posibilidad de que actúen peritos no oficiales, por lo que en punto a este aspecto no resultaba necesario acudir al Código de Procedimiento Civil, dado que el asunto estaría allí regulado y no existe remisión alguna por parte del legislador penal.

Es más, resulta pertinente anotar que el artículo 406 de la Ley 906 de 2004 señala al respecto que “el servicio de peritos se prestará por los expertos de la policía judicial, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, entidades públicas o privadas, y particulares especializados en la materia de que se trate.”

En esta ocasión los testimonios relacionados por los casacionistas –que son solo algunos de los muchos que se recibieron- fueron rendidos por personas que no hablaban castellano, sino el idioma propio Wayúu, por lo que se hacía necesario un intérprete o traductor. Fue así como la fiscalía instructora designó como tales a Hernández Espeleta y Mensual Epiayu, quienes eran funcionarios de policía judicial –que tiene por función cooperar con la administración de justicia durante la actuación procesal-, y conocedores de la lengua wayuunaiki por pertenecer a la comunidad Wayúu.

Tal participación en modo alguno desconoce lo normado por el estatuto procesal penal, que admite intérpretes oficiales y no oficiales, sino que, por el contrario, garantizó los derechos de los testigos, al ser representados en su expresión por personas conocedoras de su dialecto, y una actuación procesal acorde con los mandatos legales, al ser escrita en idioma castellano.

De otro lado, no era necesario que el funcionario instructor exigiera documentos que los acreditaran como traductores oficiales ni que demostraran dominio de la lengua wayuunaiki porque tal como lo expuso el señor Rafael Alfonso Epiayu Solano, Coordinador del área de Educación de la Organización Nacional Indígena de Colombia

-ONIC-, y que sirvió de intérprete a Moyo Uriana Pérez en su declaración, no se contaba con traductor oficial y “el hecho de que el mismo grado de oficialidad lo posee cualquier Wayúu dominante de la lengua, no siendo necesario que ningún Ministerio oficialmente lo reconozca” 74.

Cosa distinta ocurrió en la ciudad de Maracaibo (Venezuela) donde las personas que allí se encuentran por virtud del desplazamiento forzado, rindieron declaración por conducto de la “Traductora I del a lengua wayunaiki del Ministerio Público del Estado de Zulia”75.

Finalmente, debe decirse que la experiencia indica que difícilmente se encuentran colombianos que cuenten con certificación de que hablan el castellano, pero su conocimiento del idioma salta a la vista tras examinar su condición de ciudadanos, su permanencia en el país y su preparación. Igual apreciación cabe respecto de las lenguas nativas. En un país pluralista con diversidad étnica, en donde existe multiplicidad de lenguas y dialectos, no parece válido exigir a los nativos de las etnias Wayúu, Nasa, Sena o Embera, por citar solo algunas, que prueben conocimientos de su lengua nativa.

En consecuencia, el cargo tampoco prospera.

La readecuación punitiva derivada de la prescripción advertida

5. Como consecuencia de la prescripción de la acción penal respecto de los delitos de desplazamiento forzado y de concierto para delinquir, debe la Corte readecuar las penas impuestas. Para tal fin restará lo que por razón de estos punibles impuso el fallador de primera instancia al dosificar la pena.

No obstante, cabe advertir que al revisar la sentencia se hace evidente que por razón del concierto para delinquir el Juez no hizo aumento alguno, razón por la cual solo se disminuirá la pena en 20 meses, que fue el monto impuesto por el desplazamiento forzado.

En consecuencia, se fijará la pena de Barros Ipuana en 460 meses de prisión y la de Bernier Barros en 400 meses de prisión.

En lo demás la sentencia queda incólume.

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. Declarar prescrita la acción penal derivada de los delitos de desplazamiento forzado y concierto para delinquir. En consecuencia, cesar todo procedimiento en favor de José María Barros Ipuana y Adrián Agustín Bernier Barros.

Segundo. Como corolario de lo anterior, fijar la pena privativa de la libertad de José María Barros Ipuana en 460 meses de prisión y la de Adrián Agustín Bernier Barros en 400 meses de prisión.

Tercero. No casar el fallo dictado por el Tribunal Superior de Bogotá en contra de José María Barros Ipuana y Adrián Agustín Bernier Barros, por razón de los cargos formulados en las demandas de casación presentadas.

En lo demás, el proveído se mantiene incólume.

Cuarto. Compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación por la prescripción decretada.

Quinto. Advertir a la Fiscalía General de la Nación que, conforme a lo expuesto en las consideraciones de esta sentencia, habrá de adelantar la investigación que

corresponda por el delito de desplazamiento forzado.

Sexto. Contra esta decisión no cabe recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folios 37 y 38 del cuaderno original número 1.

2 Folio 157 Id.

3 Folios 225 a 229 Id.

4 Folios 90 y 91 del cuaderno original número 2.

5 Folios 142 a 144 y 152 a 156 Id.

6 Folios 159 a 172 Id.

7 Folio 259 del cuaderno original número 4.

8 Folios 175 a 203 del cuaderno original número 5.

9 Folios 4 a 11 del cuaderno de la fiscalía de segunda instancia.

10 Folios 15 a 21 del cuaderno de cambio de radicación de la Corte Suprema de Justicia.

11 Folios 41 a 49 del cuaderno del Consejo Superior de la Judicatura.

12 Folios 243 a 300 del cuaderno original número 9 y 1 a 48 del cuaderno original número 10.

13 Respecto de Tito Aguilar Epinayu.

14 Por los homicidios a 150 smlmv; por la desaparición forzada a 250 smlmv, y por la tentativa de homicidio a 50 smlmv.

15 Folios 120 a 134 del cuaderno original del Tribunal.

16 Folio 1 del cuaderno de la Corte.

17 Folio 4 Id.

- 18 Folio 52 Id.
- 19 Folio 53 Id.
- 20 Folio 54 Id.
- 21 Folio 193 del cuaderno original del Tribunal.
- 22 Folio 194 Id.
- 23 Folio 197 Id.
- 24 Folio 198 Id.
- 25 Id.
- 26 Folio 200 Id.
- 27 Folio 197 Id.
- 28 Folio 198 Id.
- 29 Folio 217 Id.
- 30 Folios 36 a 40 del fallo de primera instancia.
- 31 Folios 148 y 149 del cuaderno original número 3.
- 32 Folio 256 del cuaderno original número 1.
- 33 Folio 132 del cuaderno original número 3.
- 34 Artículo 7.1. del Estatuto de Roma.

En relación con tales elementos y específicamente sobre las características del crimen de lesa humanidad, esta Sala, en auto del 21 de septiembre de 2009 (radicado 32.022), sostuvo:

“Ahora bien, el ataque sistemático o generalizado implica una repetición de actos criminales dentro de un periodo de tiempo, sobre un grupo humano determinado al cual se le quiere destruir o devastar (exterminar) por razones políticas, religiosas, raciales u otras. Se trata, por lo tanto, de delitos comunes de máxima gravedad que se caracterizan por ser cometidos de forma repetida y masiva, con uno de tales propósitos.

En ese contexto, 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.”

35 Cfr. Auto proferido dentro de una acción de revisión, radicado 34.180.

36 Sánchez Sánchez, artículo citado.

37 Diccionario de la Lengua Española

38 David Luban, Teoría de los Crímenes contra la Humanidad.

39 Así lo puntualizó el TPIY en el caso Tadic. Ramelli Arteaga. Ob. cit.

40 Artículo 84 de la Ley 599 de 2000 y 83 Decreto Ley 100 de 1980.

41 Ese término el previsto en forma general, sin contar con las excepciones por razón de la entidad de algunos delitos.

42 Folio 41 de la providencia.

43 Ver sentencia del 16 de mayo de 2007 (radicado 24.374)

44 Radicado 19.915. Posición reiterada, entre otras, en sentencia del 5 de julio de 2007, radicado 23.929.

45 Sentencia del 3 de noviembre de 1999, radicado 13.588.

46 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 14 de febrero del 2002.

47 Folio 35 del fallo.

48 Si bien en la sentencia del 25 de agosto de 2010 (radicado 31.407) la Corte aplicó una norma posterior que era desfavorable a los intereses del acusado, lo cierto es que se determinó que el punible se cometió en vigencia de esta última.

49 Cfr. Auto del 31 de mayo de 2000 (radicado 16.720). En igual sentido el auto del 11 de mayo de 2000 (radicado 15.989) y la sentencia del 3 de marzo de 2004 (radicado 21.580), entre muchos otros pronunciamientos.

50 Sentencia de casación del 11 de septiembre de 2003 (radicación 13.221).

51 Ver, entre otras, la sentencia de casación del 4 de mayo de 2006 (radicación 23.725).

52 Folio 20 del cuaderno de segunda instancia del Tribunal.

53 Folios 68 y 69 de la providencia.

54 Folio 66 Id.

55 En tal sentido se refirieron Débora Elena Barros Fince, Vicente Gutiérrez Epinayu, Mariana Epinayu, Silverio Fince Epinayu e Isabel Fince Epinayu.

56 Expresión exacta de Silverio Fince Epinayu (folio 112 de cuaderno original número 3).

57 Folios 164 y 256 del cuaderno original número 1.

58 Folio 277 Id.

59 Folios 5 a 9 del cuaderno original número 3.

60 Folios 45 a 48 y 134 Id.

61 Folios 49 a 52 Id.

62 Folios 96 y 97 Id.

63 Folios 100 a 103 Id.

64 Folios 104 a 107 Id.

65 Folio 108 Id.

66 Folios 114 a 121 Id.

67 Folio 126 Id.

68 Folios 137 y 138 del cuaderno original número 3.

69 Folio 31 del fallo.

70 Folio 32 de la sentencia.

71 Folio 47 del fallo de primera instancia.

72 Folio 52 del fallo.

73 “El castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe.”

74 Folio 56 del cuaderno original número 4.

75 Folios 94 y siguientes del cuaderno original número 3.