

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

SP17063-2015

Radicación 35543

(Aprobado Acta No. 437).

Bogotá, D.C., diciembre diez (10) de dos mil quince (2015).

VISTOS

Una vez recibido el concepto emitido por el Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal, resuelve la Sala el recurso extraordinario interpuesto por el defensor del Mayor del Ejército Nacional FRANCISCO CHILITO GUALTERO, contra la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 6 de julio de 2010, confirmatoria de la dictada en primera instancia el 12 de octubre de 2006 por el Juzgado Cuarenta y Uno Penal del Circuito de la misma ciudad, por cuyo medio lo condenó como coautor penalmente responsable del concurso homogéneo de delitos de homicidio agravado en los hermanos Luis Honorio y Ramón Emilio Quintero Roperio, y Nahún Elías Sánchez Vega y Ramón Emilio Sánchez Pérez.

HECHOS

Los sucesos que dieron lugar a este diligenciamiento fueron adecuadamente sintetizados en el fallo de primera instancia por el a quo, en los siguientes términos:

“Originaron este proceso los hechos que protagonizaron los miembros de la Brigada Móvil No. 2 del Ejército Nacional, en jurisdicción del Departamento de Norte de Santander, concretamente en los municipios de Teorama, Abrego, La Playa y Hacarí, entre los días 13 al 27 de enero de 1993, relacionados con los presuntos combates con grupos de la subversión - FARC, ELN y EPL - que dejaron como resultado la muerte violenta de por lo menos once personas de sexo masculino señalados por aquellos como guerrilleros, de los cuales se derivaron las respectivas investigaciones adelantadas por la Justicia Penal Militar, e igual la iniciada por el Jefe de la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, entidad que por medio de la Fundación Comité de Solidaridad con los Presos Políticos, además de algunos familiares de las víctimas que así lo denunciaron, tuvo conocimiento que esas personas previamente habían sido retenidas por los integrantes de la tropa, según auto de apertura dictado en la Capital el 2 de febrero del año citado.

“En concreto, para delimitar los hechos que son objeto del presente juzgamiento, se precisa que éstos guardan estrecha y única relación con los sucedidos aproximadamente a las 7:00 horas del 18 de enero de 1993, en la vereda San Juan del Tarra, municipio de Hacarí, en cuyo desarrollo, según se sostuvo oficialmente, perdieron la vida cuatro individuos de sexo masculino como resultado de un ‘combate’ bélico sostenido con la Compañía Caimán Dos adscrita a la Brigada Móvil No. 2, dirigida por el entonces Subteniente y ahora acusado FRANCISCO CHILITO GUALTERO.

“La investigación condujo a demostrar que las personas reportadas como fallecidas en dichos hechos - los ocurridos el 18 de enero - resultaron ser los hermanos Ramón Emilio y Luis Honorio Quintero Roper, lo mismo que Nahún Elías Sánchez Vega y Ramón Emilio Sánchez Pérez”.

ACTUACIÓN PROCESAL

Luego de dar curso a la correspondiente indagación previa, el Juzgado Cuarenta y Siete de Instrucción Penal Militar decidió el 9 de noviembre de 1994 abstenerse de iniciar la instrucción.

Entonces, la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación adelantó sus averiguaciones y dispuso compulsar copias a la Fiscalía, donde finalmente el asunto fue remitido a la Unidad Nacional de Fiscalías de Derechos Humanos, la cual propuso colisión de competencia al Juez Penal Militar, quien trabó el conflicto, el cual fue resuelto en favor de la jurisdicción ordinaria el 11 de agosto de 1994 por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Dispuesta la apertura de la instrucción, se vinculó mediante indagatoria a CHILITO GUALTERO, definiéndole su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, como posible coautor del referido concurso homogéneo de delitos de homicidio agravado, providencia que al ser impugnada fue confirmada en segunda instancia.

Clausurado el sumario, su mérito fue calificado el 24 de noviembre de 2005 con resolución de acusación en contra de FRANCISCO CHILITO, como probable coautor del concurso de punibles que sustentó la medida de aseguramiento. El 22 de diciembre de 2005 se declaró impróspero el recurso de reposición interpuesto por la defensa contra la acusación por parte de la defensa, y el 31 de enero de 2006 la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la resolución acusatoria.

Surtida la fase de juzgamiento, en cuyo desarrollo a instancia de la defensa esta Colegiatura dispuso el cambio de radicación del asunto, el 12 de octubre de 2006 el Juzgado Cuarenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá profirió fallo, a través del cual condenó a FRANCISCO CHILITO GUALTERO a la pena principal de veintinueve (29) años

de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por diez (10) años, y al pago de la correspondiente indemnización de perjuicios, como penalmente responsable del concurso de delitos objeto de acusación.

En la misma oportunidad le fue negada tanto la suspensión condicional de la ejecución de la pena, como la prisión domiciliaria sustitutiva de la intramural.

Impugnado el fallo del a quo por la defensa, el Tribunal Superior de Bogotá lo confirmó mediante sentencia del 6 de julio de 2010, contra la cual el mismo sujeto procesal interpuso recurso de casación y allegó la correspondiente demanda que fue admitida mediante auto del 15 de diciembre de la misma anualidad. El pasado 21 de septiembre se recibió concepto del Ministerio Público, en el cual solicita no casar el fallo confutado.

LA DEMANDA

El recurrente formula cuatro reparos contra la sentencia del Tribunal, los cuales postula y desarrolla en los siguientes términos:

1. Primer cargo (principal): Nulidad por violación del debido proceso

Con fundamento en la causal tercera reglada en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000, el defensor aduce que la motivación del fallo de segundo grado es anfibológica y falsa.

Luego de aludir a jurisprudencia y doctrina sobre los vicios de motivación de las providencias, el censor puntualiza que en los fallos de primera y segunda instancia no se “logra demostrar ni independientemente ni en su conjunto, que nuestro defendido efectivamente hubiera tomado parte como ejecutor responsable de los homicidios que se le imputan”.

Precisa que la nulidad deprecada se sustenta en tres aspectos: Uno, anfibología respecto de pruebas ilegales que fueron apreciadas y sustentaron el fallo de condena; dos, falsa motivación porque no se acreditó más allá de duda razonable que FRANCISCO CHILITO sea responsable de los actos por los cuales fue acusado; y tres, motivación anfibológica en cuanto no se establece en los fallos a qué título el procesado es responsable de los homicidios.

1.1. Sobre la motivación anfibológica con relación a pruebas ilegales refiere, que un primer grupo de ellas corresponde a cuatro documentos suscritos por un estudiante de medicina que realizó las diligencias de reconocimiento de los cadáveres de cuatro occisos, sin contar con las calidades de funcionario idóneo, pues no era médico legalmente y los informes no cumplen los requisitos mínimos dispuestos en la ley para ser considerados necropsias.

El segundo grupo de pruebas corresponde a dos testimonios (el de Marleny Pérez, la única testigo presencial de los hechos, y el del soldado voluntario Alfredo Alcibiades Ochoa Tejada que desmiente sus dichos iniciales) admitidos por el a quo, aportados por la Fiscalía en sus alegaciones finales, los cuales no fueron solicitados por algún sujeto procesal, ni decretados por el juez en la fase respectiva, de modo que siendo ilegales fueron ponderados en el fallo, con mayor razón si no fue posible su controversia.

1.2. Acerca de la falsa motivación respecto de los hechos supuestamente probados, asevera el impugnante que se dio por acreditado que durante los operativos de la Brigada Móvil No. 12 se produjo la retención ilegal de personas, entre quienes estaban las víctimas en este proceso, e igualmente se declaró que las muertes no se produjeron en combate, sino como ejecuciones.

Deplora que únicamente se tuvieron en cuenta las pruebas ilegales de cargo,

pero no las “desincriminatorias”, y tanto menos se logró demostrar que FRANCISCO CHILITO haya tomado parte como autor, coautor o determinador de tales comportamientos, de manera que los fallos de primer y segundo grado carecen de fundamentación.

Luego de traer a colación lo expuesto en la sentencia sobre las retenciones ilegales de personas por parte del Ejército, adviera que ninguno de tales elementos de juicio vincula directa o indirectamente a su asistido con la comisión de los homicidios.

Destaca que si la Brigada Móvil No. 2 estaba integrada por dos comandos operativos, cada uno de estos por cuatro batallones, y cada batallón con cuatro compañías, cada una de estas integrada por tres suboficiales, 8 suboficiales y setenta y dos soldados, ello quiere decir que en la zona había cerca de trescientos veinte militares; como Mauricio Serna era el Capitán de FRANCISCO CHILITO, a éste no le correspondía dirigir las operaciones, y no se le puede únicamente sindicar por estar presente, pues también allí estaban más de trescientos hombres del Ejército.

Añade que los testigos no percibieron directamente las supuestas retenciones, pues declararon lo que les comentaron sobre las mismas, y la mayoría coincide en afirmar que fue Marleny Pérez quien realizó los comentarios sobre el particular, sin que ella hubiera identificado a quienes realizaron las retenciones ilegales y tanto menos pudo señalar a CHILITO GUALTERO como ejecutor de las mismas.

Precisa que si en efecto se retuvo a algún ciudadano, según lo expresó el mismo FRANCISCO CHILITO, lo cierto es que tal procedimiento se realizó para que fuera guía de operaciones del grupo, según se encuentra permitido, es decir, no es ilegal, amén de que no guarda relación con los sucesos que dieron lugar a este proceso.

Cuestiona que se haya tenido como acreditada la participación de su asistido en las retenciones ilegales, pues únicamente se tuvo en cuenta su pertenencia al Ejército, todo lo

cual comporta una falsa motivación que debe ser conjurada con la invalidación del fallo.

De otra parte critica que los falladores hayan partido de reconocer que no hubo combate alguno, pues si las operaciones militares se prolongaron por varios días, ello no descarta la ocurrencia de enfrentamientos. Tampoco lo expuesto en la necropsia permite colegir que no medió combate alguno o que FRANCISCO CHILITO sea responsable de las muertes, pues la Fiscalía no acreditó quiénes dispararon y cuáles fueron las circunstancias de ello.

Se muestra inconforme con el testimonio del Agente del CTI que intervino en el levantamiento de los cadáveres, en cuanto no se conservó adecuadamente la cadena de custodia, motivo por el cual considera que carece de valor dicha declaración.

También estima falsamente motivado el fallo al ponderar lo declarado por el Soldado Alfredo Alcibiades Ochoa, pues de su dicho no se colige la presencia o no de combates, mientras que la ocurrencia de enfrentamientos se encuentra acreditada con las declaraciones de miembros del Ejército, entre ellos, Javier Ardila Guevara, José Olmedo Carrizales Tovar, Augusto Serna Javela y Octavio Mendoza Rodríguez.

1.3. Con relación a la motivación anfibológica por no establecerse a qué título el procesado es responsable de los homicidios refiere, que si bien en la acusación se le imputa en la parte considerativa como coautor de los delitos contra la vida, en la sentencia de primer grado se le condena como responsable de cometer un concurso homogéneo de delitos de homicidio y el fallo del Tribunal se limita a confirmar la decisión del a quo.

Resalta que si en la sentencia se tiene a CHILITO GUALTERO como copartícipe, se alude a la autoría, coautoría, determinación y complicidad, circunstancia ambigua, en cuanto cada figura corresponde a estructuras dogmáticas diversas y grados de responsabilidad también diferentes.

No se demostró, ad vera, que su asistido actuó mediante acuerdo con otros, división del trabajo y aporte importante para ocasionar la muerte a las víctimas, luego no es coautor; tampoco se acreditó que hubiese determinado a otros a cometer los homicidios, de manera que no fue determinador.

Concluye que sin plena prueba sobre la condición en la que se dice actuó su patrocinado respecto de las muertes investigadas, no hay lugar a declarar su responsabilidad.

2. Segundo reproche (subsidiario): Violación indirecta por falso juicio de legalidad

Asevera el censor que en la sentencia confutada se incurrió en error de derecho por falso juicio de legalidad respecto de las diligencias de necropsia del 19 de enero de 1993 correspondientes a los cuatro cadáveres, y también respecto del testimonio del estudiante de medicina Fernando Mozo que pretendía convalidarlos.

Explica que el yerro se produce porque se dio valor a las necropsias sin tener en cuenta las calidades de quien las elaboró y la falta de requisitos formales exigidos en la ley, pues no fueron suscritas por un médico titulado legalmente reconocido, de sus informes no se guardó la cadena de custodia (Decreto 786 de 1990), y se trató de suplir tales falencias con la declaración de su autor.

Aduce que si quien practicó y suscribió las necropsias no era médico titulado, tampoco estaba en condiciones de rendir testimonio técnico sobre los procedimientos adelantados, motivo por el cual considera que tales pruebas son ilegales y por ello, no debieron ser apreciadas.

A partir de lo anterior concluye que no se consiguió la certeza requerida para condenar a su asistido, circunstancia que impone la casación del fallo.

3. Tercer y cuarto cargo (subsidiario): Violación indirecta por falso juicio de legalidad

El casacionista deplora que la declaración de Marleny Pérez, testigo presencial de los hechos, y del Soldado voluntario Alfredo Alcibiades Ochoa Tejada fueron aportadas por la Fiscalía una vez clausurado el ciclo probatorio del juicio al momento de intervenir para presentar sus alegatos finales, en abierta violación de los preceptos legales sobre oportunidad para allegar elementos probatorios.

Si bien el Tribunal no consideró ilegales tales pruebas, pues adujo que al ser aportadas por la Fiscalía al momento de intervenir en la audiencia los demás sujetos procesales pudieron valorarlas y controvertirlas, lo cierto es que conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, si la prueba se aporta por fuera del término dispuesto para ello en la ley, se considera ilegal y se impone su exclusión, pues los referidos testimonios no fueron solicitados en la etapa de investigación ni en el periodo probatorio durante el juicio.

Es contradictorio, dice el censor, que el Tribunal se refiera al principio de legalidad de las pruebas y a la par considere que los citados testimonios no son ilegales, pese a ser aportados por la Fiscalía durante su intervención final en el juicio oral, máxime si la defensa no tuvo oportunidad de contrainterrogarlos ni aportar pruebas para desvirtuar sus declaraciones.

Señala como preceptos violados indirectamente los artículos 26, 323 y 324 del Decreto 100 de 1980, y finalmente concluye que no se consiguió la plena prueba para condenar a FRANCISCO CHILITO GUALTERO.

Con base en lo expuesto, el defensor solicita a la Corte casar el fallo, en el sentido de anularlo por violación del derecho al debido proceso, y en su lugar se dicte sentencia absolutoria, y de manera subsidiaria depreca reconocer la violación indirecta de la ley

sustancial, casar el fallo y absolver a su asistido.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado ante esta Colegiatura solicita no casar el fallo, de conformidad con los siguientes argumentos:

Respecto del primer reparo considera que si bien la motivación de las decisiones judiciales corresponde a un imperativo legal, no se ha establecido un marco rígido para que el funcionario responda aspectos intrascendentes.

Luego de citar jurisprudencia de esta Sala sobre las modalidades de vicios en la motivación de las providencias, señala que en este asunto la defensa cuestiona la legalidad de las necropsias de las víctimas porque quien las practicó no era médico legalmente reconocido, sin tener en cuenta que el doctor Fernando Mozo Pérez rindió declaración en las instalaciones de la Procuraduría Provincial de Ocaña, en la cual refirió que era médico y para la época de los hechos prestaba el servicio social obligatorio en el Hospital Emiro Quintero Cañizales de Ocaña, y además expuso acerca del procedimiento al cual fueron sometidos los cadáveres, aspectos luego ratificados en testimonio jurado del 9 de agosto de 2006.

Precisa que las necropsias no fueron realizadas por el citado médico, pues únicamente realizó una inspección externa de los cadáveres, oportunidad en la cual constató, en atención a sus estudios en medicina, los orificios de entrada de los proyectiles, e inclusive encontró tatuaje en uno de ellos, todo lo cual fue corroborado luego con las actas de levantamiento firmadas por Jaime Ávila Suárez, donde se describen las heridas externas que presentaron los cuerpos de las víctimas, producidas con proyectiles de armas de fuego.

Destaca que en la misma sentencia de primera instancia se precisó que las

referencias a las actas de levantamiento de los cadáveres, reconocimiento o necropsias, sólo tendrán el alcance de pruebas testimoniales conforme a las reglas de la sana crítica.

Colige el Delegado que no hay nulidad de tales pruebas, pues fueron apreciadas conforme al testimonio del médico Fernando Mozo Pérez, máxime si el reconocimiento de los cadáveres no fue la única prueba valorada en este proceso que llevara al convencimiento de que no existió combate, pues también fueron ponderados los levantamientos realizados por el perito del CTI Jaime Ávila Suárez, quien rindió declaración, así como los testimonios de Jesús Aurelio Quintero Sánchez, José de la Cruz Sánchez y Ana Mercedes Vega.

Con relación a los cargos segundo y tercero, en los cuales el defensor cuestiona que se hayan tenido en cuenta en el fallo las declaraciones de Marleny Pérez y Alfredo Alcibiades Ochoa Tejada, las cuales fueron rendidas en otro trámite, pero la Fiscalía las aportó al momento de exponer sus alegaciones finales, considera el Ministerio Público que carecen de irregularidad alguna en su aducción, pues las partes intervinientes estuvieron en condición de conocerlas y controvertirlas dentro de la audiencia pública, sin que entonces comportaran quebranto de los derechos de contradicción, defensa o debido proceso.

Añade que prueba de su aserto es que la defensa cuestionó la legalidad de tales medios de convicción, lo cual descarta que se hubiera sorprendido al procesado o a su representante con elementos de convicción ocultos.

En cuanto atañe a la queja del censor referida a que con los hechos probados no se acredita la participación de FRANCISCO CHILITO en los delitos por los cuales fue acusado, considera el Delegado que los hechos ocurrieron el 18 de enero de 1993 en la vereda de San Juan del Tarra, municipio de Hacarí, en cuyo desarrollo perdieron la vida

cuatro personas de sexo masculino como resultado de un supuesto combate sostenido con la Compañía Caimán 2, adscrita a la Brigada Móvil No. 2, dirigida por CHILITO GUALTERO.

Las órdenes de operaciones proferidas por el Batallón de Contraguerrillas No. 17, el 10 de enero de 1993 en la ciudad de Ocaña, dan cuenta de una misión en varios sectores, tales como Abrego, La Playa, Sardinata y Hacarí, entregada a la Brigada Móvil No. 2, de las cuales CHILITO GUALTERO realizó algunas en el último de los referidos municipios.

Los mencionados hechos se acreditaron con el reconocimiento de los cadáveres por parte del médico Fernando Mozo y por el investigador del CTI Jaime Ávila Suárez, además de las declaraciones de Jesús Aurelio Quintero, José de la Cruz Sánchez, Ana Mercedes Vega y Marleny Pérez, quienes dan cuenta de las retenciones ilegales de sus familiares por parte de miembros de la Brigada No. 2.

Entonces, concluye el Ministerio Público que, contrario a lo planteado por el casacionista, se demostró en grado de certeza tanto las retenciones ilegales, como la ausencia de combate, pues las víctimas eran inocentes y humildes campesinos dedicados a la agricultura, por parte de la Brigada No. 2, al mando de FRANCISCO CHILITO.

Con relación a que hay en el fallo motivación anfibológica acerca del título al cual debe responder el acusado, el Delegado plantea que se acusó al procesado como coautor del concurso homogéneo de delitos de homicidio agravado, providencia que, como lo ha reiterado la Corte, corresponde al marco en el cual será desarrollado el juicio. Si en la sentencia de primer grado se condenó a FRANCISCO CHILITO “por los comportamientos delictivos objeto de acusación”, no asiste duda o inconsistencia sobre el particular, motivo por el cual la queja del recurrente no está llamada a prosperar.

En cuanto atañe al segundo cargo en el cual el censor señala que los exámenes de los cadáveres no cumplen las exigencias para ser tenidos como necropsias, el Procurador insiste en que el mismo médico Fernando Pozo declaró que efectuó reconocimiento de los cadáveres, no necropsias, según lo dijo el 22 de abril de 1993 y el 9 de agosto de 2006, así como en un informe dirigido al CTI; además, el Instituto de Medicina Legal al constatar las actas de levantamiento de los cadáveres dio cuenta de tatuajes alrededor de dos heridas en uno de los occisos.

Por tanto, afirma, si careció de legalidad la prueba del reconocimiento de los cadáveres por falta de idoneidad del servidor público, pues el doctor Mozo no estaba posesionado como médico rural, existen otros medios de prueba sobre dicho aspecto, tales como el testimonio del mismo profesional, circunstancia que no puede tachar de falso su dictamen, dado que en razón de sus conocimientos dejó constancias sobre el estado externo de los cuerpos, sin que su declaración haya sido desvirtuada de alguna manera.

Con relación al quebranto de la cadena de custodia, el Delegado transcribe los artículos 288 y 290 de la Ley 600 de 2000, para entonces aducir que únicamente aplica para el funcionario instructor o servidor público desde el preciso momento de la muerte violenta y sucesivamente hasta que lo ordene la autoridad competente, aspectos que no guardan relación con el examen físico de los cadáveres, lo cual, se reitera, en el curso de las instancias fue apreciado como prueba testimonial.

Con base en lo expuesto, el Procurador Segundo para la Casación Penal solicita a la Corte no casar el fallo confutado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Acerca del primer cargo, en el cual la defensa reclama la invalidación del fallo por violación del debido proceso por motivación anfibológica y falsa, impera señalar que la

motivación de las sentencias era un postulado contenido en el artículo 163 de la Constitución de 1886, no obstante, aunque tal norma no fue reproducida en la Carta Política de 1991, se ha reconocido que constituye pilar fundamental del derecho a un debido proceso, habida cuenta que comporta una garantía contra la arbitrariedad y el despotismo de los funcionarios, a la vez que se erige en elemento de certeza y seguridad para efecto de ejercitar el derecho de impugnación por parte de cualquiera de los sujetos procesales intervinientes en el trámite judicial.

En efecto, la Carta Política (artículo 29) eleva a la especial condición de derecho fundamental del procesado la impugnación del fallo de condena – salvo las excepciones legales, como ocurre con los asuntos de única instancia –.

Pese a lo anterior, el acceso a tal revisión por parte del superior se encuentra condicionada a la interposición oportuna del recurso y a su debida sustentación. En virtud de esta, el impugnante está obligado a señalar de manera clara y precisa los motivos de disenso, por los cuales estima que se debe revocar, modificar o aclarar la providencia recurrida, lo cual le impone abordar puntualmente los fundamentos de la decisión atacada, con el propósito de conseguir su modificación en alguno de los sentidos indicados.

Ahora, una vez satisfecho el requisito de la debida sustentación del desacuerdo, la identificación temática de la inconformidad viene a delimitar el preciso ámbito dentro del cual puede pronunciarse el ad quem (principio de limitación).

Tal estrecha e inescindible relación entre los fundamentos de la impugnación y las respuestas del superior, permite advertir que corresponde al funcionario de segundo grado ocuparse de los motivos de descontento planteados, habida cuenta que son ellos el soporte mismo de su órbita competencial; de lo contrario, se da paso a la arbitrariedad, al capricho y al decisionismo, en perjuicio de la legitimidad del proceso penal, además de

hacer poco menos que imposible o por lo menos dificultosa, una ulterior impugnación casacional.

Es por lo expuesto, que el deber de motivar no se satisface con la simple y llana expresión de lo decidido por el funcionario judicial, pues menester resulta la indicación clara, expresa e indudable de su argumentación, con soporte en las pruebas y en los preceptos aplicados en cada asunto, como que no de otra manera se garantizan los derechos de los sujetos procesales, a la vez que se hace efectivo el principio de imperio de la ley, esto es, de sometimiento de los jueces al ordenamiento jurídico.

En punto de la garantía de motivación de las decisiones, y con ella del debido proceso, el artículo 170 de la Ley 600 de 2000 señala los requisitos que deben contener los fallos, entre los cuales figura “la valoración jurídica de las pruebas en que ha de fundarse la decisión” y “la calificación jurídica de los hechos”, de donde se desprende que si la sentencia carece de motivación, o esta es incompleta, ambigua, equívoca o soportada en supuestos falsos, no sólo quebranta el derecho de los intervinientes en el proceso a conocer sin ambages el sentido de la decisión, sino que también imposibilita su controversia a través de los medios de impugnación, con lo que, sin duda alguna, se lesiona el derecho al debido proceso, que en virtud de lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 306 del estatuto procesal penal constituye causal de invalidez de la actuación viciada.

Sobre la motivación de las sentencias de tiempo atrás ha precisado la Sala que puede ocurrir alguno de los siguientes vicios: (i) que el fallo carezca totalmente de motivación; (ii) que siendo motivado, sea dilógico o ambivalente; (iii) que su motivación resulte incompleta; o (iv) que la motivación sea solamente aparente o sofística.

Al respecto tiene dicho la Corte:

La “ausencia absoluta de motivación se configura cuando no se precisan las razones de

orden probatorio y jurídico que soportan la decisión; la motivación es ambivalente cuando contiene posturas contradictorias que impiden conocer su verdadero sentido; y, será precaria o incompleta, cuando los motivos que se exponen no alcanzan a traslucir el fundamento del fallo¹. La motivación es aparente o sofística, señaló la Sala en otra oportunidad, cuando se desconocen ‘pruebas que objetivamente conducen a conclusiones diversas’, de modo que se socava la estructura fáctica y jurídica del fallo”² (subrayas fuera de texto).

Si es incuestionable la raigambre esencialmente constitucional del debido proceso, en cuanto límite al ejercicio de la función judicial, además de conformar una metodología dispuesta para asegurar las garantías de los sujetos procesales, entre las cuales se encuentra la motivación de las decisiones, tiene sentado la Sala³ que la sentencia se encuentra afectada como acto procesal (error in procedendo) y por tanto es nula, cuando carece totalmente de motivación, ora cuando siendo motivada es dilógica o ambivalente, o bien, cuando su motivación es incompleta, caso en el cual el ataque casacional debe adelantarse conforme a la causal tercera.

Ahora, el otro vicio mencionado, que corresponde a la motivación sofística, falsa o aparente, conforma una falencia del fallo como decisión (error in iudicando), cuya impugnación en sede extraordinaria debe formularse al amparo de la causal primera de casación, cuerpo segundo.

Una vez efectuadas las anteriores precisiones, procede la Corporación a pronunciarse sobre cada una de las quejas del defensor, como sigue:

(a) En cuanto atañe a que la motivación del fallo es anfibológica porque está sustentado en pruebas ilegales, tales como cuatro documentos suscritos por un estudiante de medicina que realizó las diligencias de reconocimiento de los cadáveres de los occisos, sin contar con las calidades de funcionario idóneo, pues no era médico

legalmente y los informes no cumplen los requisitos mínimos dispuestos en la ley para ser considerados necropsias, encuentra la Colegiatura que la queja del actor es inconsistente, pues olvida que en virtud del principio de libertad probatoria que regenta el sistema procesal penal colombiano (artículo 237), según el cual, la materialidad del delito o la responsabilidad del procesado pueden “demostrarse con cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial, respetando siempre los derechos fundamentales”, es claro que el defensor denuncia supuestas ilegalidades inexistentes.

En efecto, en cuanto atañe a la materialidad de los delitos de homicidio resulta palmario que el reconocimiento de los cadáveres por parte del entonces practicante de medicina Fernando Mozo Pérez, así como el levantamiento de los mismos realizado por el perito del CTI Jaime Ávila Suárez, quienes ulteriormente concurrieron al diligenciamiento a declarar, dan cuenta diáfana de las heridas encontradas a quienes fueron identificados como Luis Honorio y Ramón Emilio Quintero Roperó, Nahún Elías Sánchez Vega y Ramón Emilio Sánchez Pérez, todo lo cual fue corroborado por la médica forense Feliza Beatriz Carvajalino en la diligencia de exhumación realizada el 21 de mayo de 1993 al auscultar los restos de las víctimas.

A su vez, se dejó sentado que el cadáver del último de los nombrados presentaba dos heridas con presencia de tatuaje a nivel del segundo espacio intercostal izquierdo y del tercio distal del muslo derecho, de manera que de tales pruebas puede concluirse que las referidas personas fueron efectivamente heridas con armas de fuego, a causa de lo cual se produjo su deceso, sin que entonces importe establecer si el practicante de medicina que realizó los referidos reconocimientos tenía o no la condición de médico titulado para cuando realizó tales procedimientos.

Huelga señalar que si el ciudadano Mozo Pérez, era o no médico para aquella época, ello en nada desdibuja las observaciones que dejó sentadas sobre las heridas de

las víctimas, aspecto corroborado por Jaime Ávila Suárez.

Desde luego, la queja del casacionista tendría algún sentido si su discurrir se encontrara orientado a cuestionar la causalidad en la muerte de las víctimas, esto es, si pretendiera demostrar que los occisos fallecieron como consecuencia de otras causas, por ejemplo, de una enfermedad letal o de traumatismos derivados de un accidente automovilístico, caso en el cual resultaría indeclinable ponderar las exigencias propias de las necropsias conforme a la normativa que se ocupa de regularlas.

Impera señalar que si desde su indagatoria hasta en lo expuesto en la audiencia pública, el procesado FRANCISCO CHILITO GUALTERO, amén de los militares Justiniano Rivera Cárdenas, Alfredo Ochoa Tejada, Javier Ardila Guevara, Olmedo Cañizales Tovar, César Augusto Serna Javela y Octavio Mendoza Rodríguez, han expuesto que medió un enfrentamiento entre la Compañía Caimán 2 y las personas que luego fueron reportadas como subversivos dados de baja, resulta irrelevante si los reconocimientos de los cadáveres por parte de Fernando Mozo tienen o no el carácter de necropsias, pues lo cierto es que cuatro ciudadanos murieron como consecuencia de disparos de armas de fuego por parte de miembros del Ejército Nacional al mando de CHILITO GUALTERO.

Se reitera, en virtud del principio de libertad probatoria, se encuentra acreditada la materialidad de los delitos, máxime si tratándose de homicidios, la necropsia o autopsia no se erige en documento ad probationem o tarifado legalmente para demostrar los decesos, ni tampoco tiene el carácter de condición de procedibilidad para dar curso al diligenciamiento.

Adicional a lo expuesto se constata, que tal como lo refiere el Procurador Segundo en su concepto, en estricto sentido no se practicaron diligencias de necropsia, pues el practicante de medicina Mozo Pérez únicamente realizó una inspección externa de

los cadáveres, en la cual constató conforme a sus avanzados estudios universitarios, los orificios de entrada de los proyectiles, e inclusive encontró tatuaje en dos de ellos, todo lo cual fue corroborado luego con las actas de levantamiento firmadas por el investigador del CTI Jaime Ávila Suárez, donde se describen las heridas externas que presentaron los cuerpos de las víctimas, producidas con proyectiles de armas de fuego, con mayor razón si en el fallo del a quo se afirma que las alusiones a las actas de levantamiento de los cadáveres, reconocimiento o necropsias, sólo tendrán el alcance de pruebas testimoniales conforme a las reglas de la sana crítica, partiendo para ello de lo declarado por los referidos ciudadanos.

También se impone resaltar que si la pretensión del defensor apunta a conseguir se tengan como nulos de pleno derecho los documentos que dan cuenta del reconocimiento de los cadáveres por parte del practicante de medicina, todo ello para acreditar que sí hubo combate entre el Ejército y las víctimas, su objetivo está llamado a fracasar, pues con otras pruebas, en especial las ya señaladas testimoniales, se probó la existencia de tatuajes en uno de los cuerpos, lo cual acredita que se disparó a menos de un metro de distancia.

Conforme a lo expuesto, la denuncia del defensor no está llamada a prosperar.

(b) Como acerca de la falsa motivación respecto de los hechos supuestamente probados, asevera el impugnante se dio por acreditado sin estarlo, que durante los operativos de la Brigada Móvil No. 12 se produjo la retención ilegal de personas, entre quienes estaban las víctimas en este proceso, e igualmente se declaró que las muertes no se produjeron en combate, sino como ejecuciones, considera la Sala que el demandante se sustrae del recaudo probatorio obrante en la actuación.

En efecto, sobre la retención ilegal de varias personas por parte de miembros de la Brigada No. 2, se cuenta, entre otras, con las declaraciones de Jesús Aurelio Quintero

Sánchez, padre de Luis Honorio y Ramón Emilio, quien relató que éstos fueron sacados de su finca el 15 de enero de 1993 por personal de la referida Brigada, según se lo informó Marleny Pérez, esposa de Luis Honorio, la cual estuvo presente.

Precisó que el día de los hechos se encontró a las once de la mañana con unos soldados quienes lo agredieron, insultaron y obligaron a permanecer en su finca. Indicó que a Luis Honorio le encontraron un revólver, mientras que a Ramón Emilio le hallaron en su poder una cuspuy o escopeta, y que su sombrero, la camisa y el machete fueron encontrados en la finca donde laboraba, previo a cuando se lo llevaron.

También obra la declaración de José de la Cruz Sánchez Martínez, padre de Nahún Elías Sánchez Vega, en la cual expuso que su hijo laboraba para el 15 de febrero de 1993 con Luis Honorio Quintero cuando fue retenido, sin conocer más detalles sobre el particular.

Se cuenta con el testimonio de Ana Mercedes Vega Durán, madre de Nahún Elías, quien refirió que su hijo laboraba con los hermanos Quintero Roperó cuando fue retenido ilegalmente junto con aquellos.

Las pruebas recaudadas permiten colegir que el 15 de febrero de 1993, miembros del Ejército nacional retuvieron sin orden judicial alguna, entre otros, a Luis Honorio y Ramón Emilio Quintero Roperó, y Nahún Elías Sánchez Vega y Ramón Emilio Sánchez Pérez, los cuales aparecieron muertos tres días después y se reportaron como subversivos que al atacar a la Compañía Caimán 2, fueron dados de baja; en tal sentido, la inconformidad del demandante no cuenta con soporte probatorio.

Ahora, acerca de que en el fallo atacado se dio por sentado que no existió combate, advierte la Colegiatura que en particular la presencia de tatuaje alrededor de las heridas producidas por proyectiles de arma de fuego a una de las víctimas, descarta de plano la existencia de una contienda, en especial porque adujeron los militares junto con

el procesado que luego de ser atacados por cinco hombres con armas cortas, procedieron a perseguirlos, dando de baja a cuatro, pues uno huyó.

En el informe de balística forense se puntualiza que los disparos a Ramón Emilio Sánchez Pérez se “efectuaron a corta distancia, es decir, con la boca de fuego del arma a menos de un metro aproximadamente de las regiones anatómicas afectadas”, y por su parte, el Investigador del CTI encargado de la diligencia de levantamiento de los cadáveres declaró que los occisos no portaban armas y el material de guerra incautado (dos revólveres y una escopeta) se hallaba dispuesto de manera ordenada a orillas de la montaña.

De otra parte se encuentra que las víctimas eran labriegos, sin demostración de vínculo alguno con grupos subversivos.

A lo anterior se adiciona que los orificios de entrada a los cuerpos aparecen tanto en la parte anterior como en la posterior, todo lo cual descarta la existencia del alegado combate.

Aunque sobre la efectiva ocurrencia del enfrentamiento se cuenta con las declaraciones de miembros del Ejército, entre ellos, Javier Ardila Guevara, José Olmedo Carrizales Tovar, Augusto Serna Javela y Octavio Mendoza Rodríguez, sin dificultad se advierte que como ya se ha analizado, las pruebas que dan cuenta sobre los tatuajes hallados alrededor de los orificios de entrada de los proyectiles en el cuerpo de una de las víctimas, amén de la forma en que fueron retenidas en sus residencias y parcelas de trabajo, descarta el supuesto enfrentamiento.

En la supuesta ejecución de la orden de operaciones fragmentaria No. 10 emanada del Comando del Batallón de Contraguerrillas No. 17 Motilones, se cometieron evidentes irregularidades, pues resulta curioso, por decir lo menos, que para confrontar a cinco guerrilleros, se dice que fue enviado un grupo de sargentos, sin organizar sincrónicamente

un grupo de apoyo y otro de reserva, como debe ser dispuesto conforme a los reglamentos y la doctrina castrense.

Tampoco el acusado CHILITO GUALTERO, pese a dirigir la Compañía Caimán Dos adscrita a la Brigada Móvil No. 2, da cuenta de haber procedido a constatar la veracidad de la información recibida de “un viejo” sobre la presencia de cinco o diez guerrilleros en la parte alta del cañón de la quebrada San Juan, es decir, no se efectuó ningún análisis de inteligencia, ni en el terreno, ni se estableció el poder relativo de combate del enemigo, todo lo cual permite descartar la existencia de un combate, pues se trató de un procedimiento más de los llamados falsos positivos.

En efecto, tal como lo señaló el Relator Especial de Naciones Unidas, los “falsos positivos” correspondieron a una práctica frecuente y generalizada en Colombia; en el Informe publicado el 27 de mayo de 2010 por Philip Alston, Relator Especial de Naciones Unidas para las Ejecuciones Extrajudiciales, luego de su visita a Colombia en junio de 2009, refirió que existe “un patrón de ejecuciones extrajudiciales”, y añadió: “Mis investigaciones encontraron que miembros de las fuerzas de seguridad de Colombia perpetraron un número significativo de ejecuciones extrajudiciales en un patrón que se fue repitiendo a lo largo del país”. “Aunque estos asesinatos no fueron cometidos como parte de una política oficial, encontré muchas unidades militares comprometidas con los llamados ‘falsos positivos’, en los cuales las víctimas eran asesinadas por militares, a menudo por beneficio o ganancia personal de los soldados”, quienes luego reportaban que “habían muerto en combate y manipulaban la escena del crimen” (subrayas fuera de texto).

No hay duda que comportamientos como los aquí investigados deben ser apreciados en dicho contexto de generalización, y para ello resulta imperativo tener presente el patrón ya señalado, sin que sea procedente analizar el asunto como un hecho aislado y carente de explicación, en el cual miembros del Ejército Nacional privaron

ilegalmente de su libertad a cuatro labriegos, no para que sirvieran de guías de la operación como lo adujo el acusado, sino para causarles la muerte, sin más, reportándolos como dados de baja en combate al pertenecer a grupos subversivos, y sin que sea viable tampoco avalar la pretendida legalidad de la operación a todas luces inconsistente, como lo ha procurado a lo largo de este averiguatorio FRANCISCO CHILITO.

Ahora, si bien la responsabilidad penal es individual, sin que el comandante de una compañía esté llamado a responder por todos los comportamientos ilegales de los hombres bajo su mando, el cuadro conjunto observado por la Corte corresponde a la planeación que involucró al entonces Subteniente FRANCISCO CHILITO GUALTERO y los otros miembros del Ejército que realizaron la operación, unos ocupándose de dar visos de legalidad al procedimiento, otros coordinando las retenciones ilegales de inermes ciudadanos campesinos en sus parcelas o sitios de trabajo, para luego causarles la muerte y reportarlos como guerrilleros dados de baja en un enfrentamiento armado.

En tal contexto, no hay duda que CHILITO GUALTERO sabía acerca de las retenciones ilegales, de las muertes, de la escenificación de la contienda y del falso reporte de bajas en las filas de la subversión, para lo cual, como Comandante de la Compañía Caimán Dos, debió coordinar cada una de las fases del cruento resultado, pues no de otra manera se explica que contrario a las pruebas recaudadas haya pretendido aducir la existencia de un combate en cuyo desarrollo se causó la muerte a Luis Honorio y Ramón Emilio Quintero Roper, y Nahún Elías Sánchez Vega y Ramón Emilio Sánchez Pérez.

Como también el defensor manifiesta que en la zona se encontraban cerca de trescientos veinte militares, sin que se pueda sindicar a su asistido por el único hecho de estar allí presente, encuentra la Corte que es precisamente lo expuesto por el mismo CHILITO GUALTERO en su injurada y en el juicio, lo que permite descartar su ajenidad con los hechos, pues él refirió que obtuvo información de “un viejo” acerca de la

presencia de cinco o diez guerrilleros en la parte alta del cañón de la quebrada San Juan, hacia donde se dirigió y tuvo lugar el enfrentamiento con quienes llama “bandoleros”.

Lo dicho por el procesado permite concluir que si había trescientos militares o más en la zona, ello es irrelevante, pues quienes efectivamente tuvieron contacto con las personas fallecidas fueron FRANCISCO CHILITO y sus hombres, pero no en el marco de un combate como lo reportaron, sino en desarrollo de un falso positivo, previa la retención ilegal de las víctimas y su conducción a donde se les causó la muerte.

De otra parte se tiene que si bien varios de los testigos son ex auditu, lo cierto es que, en primer lugar, bajo la égida de la Ley 600 de 2000 tal carácter de las declaraciones no basta para excluirlas o suponer ausencia de aporte a la investigación, y en segundo término, sus dichos son coincidentes en espacio y tiempo, y encuentran asidero en el ilegal procedimiento empleado por las fuerzas del orden, máxime si no hay una hipótesis diversa que tenga siquiera fuerza precaria sobre el devenir de los acontecimientos.

Ahora, si en el marco de las múltiples operaciones militares realizadas por la Brigada No. 2 durante los varios días que sus miembros permanecieron en la zona, se presentaron o no combates, ello no acredita que en este caso hubo enfrentamiento armado, pues lo demostrado es que cuatro humildes campesinos fueron retenidos ilegalmente y luego de ser conducidos sin rumbo conocido por sus familiares, se les causó la muerte y fueron reportados como guerrilleros dados de baja por la Compañía Caimán 2 al mando de FRANCISCO CHILITO GUALTERO, quien todo el tiempo ha mantenido su coartada de que hubo un enfrentamiento bélico.

Asiste razón al demandante al afirmar que no se identificó a quienes dispararon contra las víctimas, no obstante, ello no desvirtúa la coautoría de CHILITO en tales

sucesos, pues resulta innegable colegir que si en su condición de Comandante de la referida compañía reportó una situación ajena a los hechos acreditados probatoriamente, es porque no sólo acordó las retenciones, sino porque intervino activamente en los ilegales procedimientos ulteriores, y culminó con el falso reporte de tener a las víctimas como subversivos dados de baja en combate.

En otras palabras, si la contienda bélica no existió, carecería de sentido que FRANCISCO CHILITO mintiera sobre el particular al reportar las “bajas”, como no fuera para dar visos de legalidad al complejo proceder ilegal en el cual estaba involucrado.

Como de otra parte el defensor se muestra inconforme con el testimonio del Agente del CTI que intervino en el levantamiento de los cadáveres, en cuanto no se conservó adecuadamente la cadena de custodia, motivo por el cual considera que carece de valor dicha declaración, baste señalar que el real aporte de dichas diligencias se concreta, de un lado, en demostrar que las víctimas fueron heridas con proyectiles de arma de fuego, y de otro, que el cadáver de una de ellas presentaba dos heridas con tatuajes, lo cual permite concluir que recibió los disparos a menos de un metro de distancia, de manera que el tema de la cadena de custodia resulta irrelevante.

En tales condiciones, tal como lo sugiere el Procurador Delegado en su concepto, el reparo del casacionista no está llamado a prosperar.

(3) Con relación que no se estableció a qué título el procesado es responsable de los atentados contra la vida, advierte la Colegiatura que en la resolución de acusación de primer grado se imputó a FRANCISCO CHILITO la comisión de los homicidios agravados objeto de investigación en calidad de coautor por tener “a no dudarlo el dominio del hecho en cada caso particular”.

En la decisión de segundo grado se decidió sobre el particular “CONFIRMAR la resolución de acusación proferida contra FRANCISCO CHILITO GUALTERO”.

Por su parte el a quo condenó al mencionado ciudadano “por hallárselo responsable de cometer el delito de HOMICIDIO AGRAVADO, en concurso HOMOGÉNEO y sucesivo, en las personas de quienes respondieron a los nombres de Luis Honorio y Ramón Emilio Quintero Roperio (hermanos), Nahún Elías Sánchez Vega y Ramón Emilio Sánchez Pérez, hechos ocurridos en las circunstancias de tiempo, modo y lugar descritas en el proceso”.

A su vez, el Tribunal decidió “Confirmar en todas sus partes la sentencia condenatoria de primer grado”.

De las citas precedentes se constata que tanto en la acusación de primero y segundo grado, como en el fallo, siempre se imputó a FRANCISCO CHILITO el concurso homogéneo de delitos de homicidio a título de coautor, sin que entonces la queja del defensor tenga asidero, como no sea tomar en forma descontextualizada y fragmentaria alguna palabra para ensayar infructuosamente el planteamiento de dudas sobre la imputación.

Ahora, como el defensor refiere que en el transcurso de la actuación se tuvo en ocasiones a su procurado como determinador y en otras como coautor, baste señalar que ya de antaño la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado sobre el particular de manera amplia, reiterada y pacífica⁴, lo siguiente:

“En ese orden, por ejemplo, ninguna relevancia tiene, según lo ha sentado esta Colegiatura, que al procesado se lo haya acusado como determinador y condenado como autor, pues como lo tiene dicho la Corte (entre otras, CSJ AP, Jul. 27 2009, rad. 31111):

“Así, tiene precisado la Sala (cfr. sentencia del 22 de junio de 2006, rad. 24824 y sentencia del 15 de junio de 2000, rad. 12372) que las variaciones en el fallo referidas a la forma de participación respecto de la modalidad deducida en el pliego acusatorio, en cuanto no comporten agravación punitiva, como ocurre con los grados

de coautoría y determinación, no configuran desconocimiento de la consonancia o armonía que debe existir entre las dos providencias, siempre y cuando, claro está, tales modificaciones respeten el marco fáctico de la acusación.

“Lo anterior se explica porque ‘la ley no exige total identidad o armonía perfecta entre la acusación y la sentencia; lo constituido es una garantía de que el proceso gravite en torno a un eje conceptual, fáctico u jurídico, circunscrito a unos límites dentro de los cuales puede desenvolverse, que le permiten incluso cambiar el delito en cuanto su especie, siempre que no desborde el marco fáctico señalado en la providencia calificatoria ni agrave la situación del sindicado’ (entre otras, sentencia del 22 de junio de 2006, rad. 24824 y sentencia del 15 de junio de 2000, rad. 12372).

“Es lo que se verifica en el caso de la especie dado que, como fácil se observa, el sentenciador de segundo grado al cambiar el grado de participación de los procesados... de coautores a determinadores, no introdujo hechos o varió los declarados en la resolución de acusatoria, como para de ahí colegir, como lo hace erróneamente el libelista, quebranto alguno al derecho de defensa por sorprender con esa modificación.

“El Tribunal, en este caso, simplemente efectuó una precisión conceptual a partir de la misma realidad fáctica consignada en el proveído acusatorio según la cual la conducta de los procesados, consistente en pagar a un sujeto para que ejecutara el homicidio en la persona del periodista (...) -con lo cual se habría hecho nacer en el sujeto determinado la idea criminal- encasilla dogmáticamente en el instituto de la determinación y no en la coautoría, como se venía sosteniendo a lo largo del proceso, mutación desprovista de injerencia alguna en la pena y de socavar las posibilidades defensivas, porque, se insiste, el aspecto fáctico se mantiene.

“Como, entonces, sin dificultad se advierte que mientras que para el acusador y el fallador de primer grado la conducta de los procesados (...) hizo parte de la

empresa criminal creada con el propósito de dar muerte a (...), para el juzgador de segundo grado se trató de un acto de determinación en el autor material, criterio dispar conceptual que lejos está de estructurar el pretextado vicio de incongruencia.

“Tal pretensión, además, evidencia un defecto de argumentación, en tanto el actor, dada la superficialidad de la propuesta, no rebate, como le era imperativo, este criterio jurisprudencial” (subrayas fuera de texto).

Como también adviera el casacionista que no fue demostrada la intervención de su patrocinado mediante acuerdo con otros, división del trabajo y aporte importante para ocasionar la muerte a las víctimas, no es coautor, y tampoco se demostró que hubiese determinado a otros a cometer los homicidios, de manera que no fue determinante, luego no hay lugar a declarar su responsabilidad, encuentra la Sala que la defensa no se adentra a constatar la especie de delincuencia por la cual se procede, en cuanto es claro que se trata de la comisión de cuatro homicidios mediante la puesta en escena de todo un engranaje con definición de roles en procura, de un lado, de asegurar el resultado, y de otro, de mostrar como amparado por la ley un procedimiento manifiestamente delictivo, que no sólo comporta la vulneración de bienes jurídicos como la vida, sino que evidencia grave violación de derechos humanos a cargo de agentes del Estado, específicamente del Ejército Nacional, al cual le es confiada la salvaguarda de las personas en su vida, honra, bienes, etc.

Impera puntualizar que por antonomasia la inteligencia de la figura de la coautoría material impropia, estructurada fundamentalmente a partir de la división de trabajo, supone que cada uno de los coautores desempeñe un rol específico, aunque en ocasiones la labor o aporte de uno o varios de ellos resulte objetivamente intrascendente al derecho penal cuando es apreciada en forma aislada y sin articularla con el todo, esto es, descontextualizada.

Es claro, que si contrario a la coartada esgrimida por FRANCISCO CHILITO, referida a que las cuatro muertes se produjeron en desarrollo de un combate contra un grupo de subversivos, se acreditó que no hubo tal contienda y que las víctimas fueron sacadas ilegalmente por miembros del Ejército de su parcelas y residencias, para luego causarles la muerte y reportarlas como un éxito en la lucha contra la guerrilla, no hay duda que aquél intervino activamente en toda la planeación, ejecución y ulterior pretendida “legalización” de tal proceder.

Las razones expuestas bastan para, tal como lo deprecia el Ministerio Público, no casar el fallo.

Con relación al segundo reproche, en el cual el impugnante plantea la violación indirecta por falso juicio de legalidad, pues considera que las diligencias de necropsia del 19 de enero de 1993 correspondientes a los cuatro cadáveres, así como el testimonio del estudiante de medicina Fernando Mozo sobre las mismas son ilegales, pues se les dio valor sin tener en cuenta que quien las suscribió no era médico titulado legalmente reconocido y tampoco estaba en condiciones de rendir testimonio técnico sobre los procedimientos adelantados, la Corte consigue establecer que una vez más en forma tozuda el defensor pretende dar valía en pro de sus pretensiones, a aspectos probatorios con poca o ninguna injerencia en el sustento de la decisión objeto del recurso.

Así pues, como ya se expuso en este proveído, en primer término, el practicante de medicina Fernando Mozo no realizó autopsias o necropsias a los cadáveres de las víctimas, pues únicamente, en atención a sus conocimientos universitarios y por estar realizando sus prácticas en el Hospital Emiro Quintero Cañizales de Ocaña, dejó sentadas sus observaciones sobre el aspecto externo de los cuerpos, en los cuales apreció los orificios de entrada de los proyectiles de arma de fuego, así como la presencia de

tatuajes en las heridas provocadas a uno de los occisos.

En segundo lugar, aún sin tales medios de convicción se concluye con el resto de pruebas obrantes en la actuación, entre ellas lo expuesto por el mismo FRANCISCO CHILITO en su indagatoria y en el juicio oral, que miembros del Ejército Nacional dispararon contra cuatro individuos y les causaron la muerte. Asunto diverso es que el procesado alegue que tal procedimiento se realizó en el marco de una misión legal y constitucional por haberse suscitado un combate contra subversivos que los atacaron, todo lo cual resultó desvirtuado.

De conformidad con lo expuesto, el argumento del recurrente resulta inane e intrascendente. Además, el actor no explica, ni la Sala advierte, por qué el practicante de medicina que realizó el reconocimiento de los cadáveres estaba imposibilitado para concurrir al diligenciamiento en condición de testigo sobre los aspectos que directamente percibió en los cuerpos de los occisos.

La censura no prospera.

En punto del tercer y cuarto cargo, que la Corte considera pueden ser respondidos en forma conjunta dada su similitud, pues en ambos se plantea la violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de legalidad, uno, sobre la declaración de Marleny Pérez, testigo presencial de los hechos, y el otro, con relación a la versión libre rendida en otro asunto por el Soldado Profesional Alfredo Alcibiades Ochoa Tejada, en cuanto tales diligencias fueron aportadas por la Fiscalía una vez clausurado el ciclo probatorio del juicio al momento de intervenir para presentar sus alegatos finales, son pertinentes los siguientes razonamientos:

De conformidad con el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 que gobierna este diligenciamiento, “Toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación”. A su vez, el artículo 401 se refiere a la

audiencia preparatoria, en la cual “se resolverá sobre nulidades y pruebas a practicar en la audiencia pública (...). El juez podrá decretar pruebas de oficio” y se resolverá sobre pruebas que “deberán realizarse fuera de la sede del juzgado”.

Por su parte, el artículo 407 del mismo ordenamiento adjetivo dispone: “Intervención de las partes en audiencia. El juez concederá la palabra en el siguiente orden: fiscal, representante del Ministerio Público, apoderado de la parte civil, sindicado y defensor”.

Sobre el particular, de tiempo atrás tiene sentado la Colegiatura⁵ que el juicio, incluida la estructura reglada en la Ley 600 de 2000, cuenta con dos fases nítidas y preclusivas; son ellas, la etapa probatoria, en la cual se practican y aducen medios de prueba, dispuesta para que los intervinientes realicen los actos propios encaminados a defender desde sus posiciones los intereses que representan, por ejemplo, contrainterrogando a los testigos o aportando elementos probatorios para desvirtuar o menguar credibilidad a los obrantes en el diligenciamiento, que oportunamente fueron solicitados y decretados en la audiencia preparatoria.

La otra fase es la de alegaciones finales, orientada a que los sujetos procesales ofrezcan sus argumentaciones, precisamente sobre los medios de convicción practicados o aportados por cada uno y por los demás, y en últimas, formulen sus pretensiones al a quo.

En tal escenario, no se aviene con el carácter preclusivo de dichas etapas que, sin haber solicitado su práctica o aducción, la Fiscalía o cualquier sujeto procesal aproveche su alegación final para allegar medios de convicción, sorprendiendo de esta manera a los otros intervinientes, quienes no tendrán oportunidad de constatar su fiabilidad y vocación demostrativa, y tanto menos, de desvirtuar con pruebas la

información suministrada en forma tardía y extemporánea, lo cual no únicamente comporta un quebranto del derecho al debido proceso en cuanto se desentiende de las oportunidades preclusivas dispuestas por el legislador para cada actividad de los sujetos procesales, sino que también deriva en lesión al derecho de defensa pues no se garantiza su ejercicio en tiempo real y suficiente para tenersele como apto e idóneo.

Conforme a lo anterior, no es acertado lo expuesto por el Tribunal en el fallo de segundo grado al señalar sobre las referidas declaraciones de Marleny Pérez y Alfredo Alcibiades Ochoa Tejada, lo siguiente:

“Así las cosas, las pruebas aportadas por la Fiscalía al momento de intervenir en audiencia, podían ser valoradas al momento de proferir el respectivo fallo, aspecto que tiene razón de ser, en la medida que fueron aportadas por la fiscalía al momento de intervenir en la vista pública, antes de que las demás partes hicieran lo propio, lo que permite advertir que contaron con la posibilidad de analizarlas y controvertirlas en sus correspondientes intervenciones. Por esta razón, la petición de nulidad que realiza la defensa con ocasión de las pruebas aportadas por la fiscalía al momento de intervenir en audiencia pública, no está llamada a prosperar”.

En efecto, el ad quem no explica de qué manera los demás sujetos procesales estaban en condiciones ciertas y reales de controvertir dichos medios de convicción aportados en forma tardía y extemporánea por la Fiscalía.

Ahora, situación diversa es que no tengan aptitud demostrativa suficiente para sustentar el fallo de condena, el cual se fundó en otros elementos de prueba, todo lo cual denota intrascendencia en su ponderación, o dicho de otra manera, sin esos medios probatorios la atribución de responsabilidad penal es la misma.

Al respecto debe resaltarse que en la declaración aportada extemporáneamente, Marleny Pérez refiere que convivía con Luis Honorio Quintero Roperó y que el 13 de

enero de 1993 miembros del Ejército se lo llevaron de la casa en la que vivían, luego de golpearlo, maltratarlo y tirarlo al piso, y que en el sitio donde despegaron los helicópteros halló la camisa y las botas de Luis Honorio. Puntualizó que su compañero y Ramón Emilio Quintero Roperó eran agricultores de café y plátano, y que en el Batallón Santander le informaron que aquél estaba muerto y había sido enterrado en una fosa común.

Como viene de verse, es claro que ninguno de los datos suministrados por Marleny Pérez es novedoso y desconocido en el acervo probatorio, pues sobre la retención ilegal de varias personas por parte de miembros de la Brigada No. 2, se cuenta, entre otras, con las declaraciones de Jesús Aurelio Quintero Sánchez, padre de Luis Honorio y Ramón Emilio, quien relató que éstos fueron sacados de su finca el 15 de enero de 1993 por personal de la referida Brigada, según se lo informó Marleny Pérez, esposa de Luis Honorio, la cual estuvo presente. También informó que el día de los hechos se encontró a las once de la mañana con unos soldados quienes lo agredieron, insultaron y obligaron a permanecer en su finca. Indicó que a Luis Honorio le encontraron un revólver, mientras que a Ramón Emilio le hallaron en su poder una cuspuy o escopeta, y que su sombrero, la camisa y el machete fueron encontrados en la finca donde laboraba.

Sobre el particular también se cuenta con los testimonios de José de la Cruz Sánchez Martínez y Ana Mercedes Vega Durán, padres de Nahún Elías Sánchez Vega, en los cuales expusieron que su hijo laboraba para el 15 de febrero de 1993 con Luis Honorio Quintero cuando se los llevaron.

Las pruebas recaudadas permiten colegir que el 15 de febrero de 1993, miembros del Ejército nacional retuvieron sin orden judicial alguna, entre otros, a Luis Honorio y Ramón Emilio Quintero Roperó, y Nahún Elías Sánchez Vega y Ramón Emilio Sánchez Pérez, los cuales aparecieron muertos tres días después y se reportaron como

subversivos que al atacar a la Compañía Caimán 2, fueron dados de baja.

En cuanto atañe a la valía del testigo de oídas o ex auditu se encuentra que si bien en la Ley 600 de 2000, procedimiento por el cual se regula este asunto, no existe restricción para su valoración, su apreciación debe sujetarse a las reglas que sobre el particular ha desarrollado la jurisprudencia.

Así, ha puntualizado la Colegiatura⁶:

“En otras palabras, aun cuando el testigo de oídas no es de por sí prueba deleznable, el operador jurídico está en la obligación de dedicar especial cuidado al ejercicio valorativo que implica esa clase de medios de prueba, ya que esta especie de testimonio adquiere preponderancia en aras de reconstruir la verdad histórica y hacer justicia material, únicamente cuando es imposible obtener en el proceso la declaración del testigo o testigos que tuvieron directa percepción del suceso; de ahí que en la apreciación del referido medio de persuasión sea menester establecer:

“Inicialmente, sí se trata de un testigo de referencia de primer grado o de segundo grado o grados sucesivos, entendiendo que aquél es quien sostiene en su declaración que lo narrado lo escuchó directamente de una persona que tuvo conocimiento inmediato de los hechos, y éste, el que al deponer afirma que oyó a una persona relatar lo que ésta, a su turno, había oído a otra, y así sucesivamente. Tal exigencia se justifica porque en el análisis de esa prueba de orden testimonial, el de primer grado ofrece mayor fiabilidad y fortaleza que el de segundo, tercero, etc., dado que lo conocido no es de una tercera o cuarta fuente, sino de la inicial respecto de lo afirmado o narrado por el testigo directo⁷.

“En segundo término, es preciso que el testigo de oídas señale cuál es la fuente de su conocimiento, esto es, al testigo directo del evento de quien recibió o escuchó la respectiva información, identificándolo con nombre y apellido o con las señas

particulares que permitan individualizarlo, condición que resulta sustancial, de una parte, para que en el curso del proceso el funcionario intente por todos los medios legales que éste asista a declarar acerca de su cognición personal del suceso, indistintamente de que por razones debidamente justificadas (muerte, enfermedad, localización, etc.) resulte imposible obtener tal comparecencia; y de otra, porque de no ser así, es decir, de acoger o conceder mérito a la declaración de un testigo de referencia que no precisa quién es su referente, o que atribuye la ciencia de su dicho al comentario público o rumor popular —divulgado por personas desconocidas, creado, alimentado y dirigido por intereses inciertos, transformado por fenómenos de psicología colectiva, y difundido sin dirección ni sentido de responsabilidad—, en la práctica equivaldría a admitir una prueba testimonial anónima, cuya validez es contraria a elementales postulados que sustentan el Estado Social de Derecho⁸.

“Y, finalmente, en tercer lugar, también la jurisprudencia ha señalado que es imperioso establecer las condiciones en que el testigo directo transmitió los datos a quien después va a dar referencia de esa circunstancia, de modo que sea posible evidenciar que lo referido de modo indirecto por el declarante ex auditu es trasunto fiel de la información vertida a éste por el cognoscente directo, siendo entonces fundamental para otorgar poder suasorio a la especie de prueba en comento la confluencia de otra clase de medios de persuasión, así sean indiciarios, con la capacidad de reforzar las atestaciones del testigo de oídas, pues valorados en conjunto pueden suministrar elementos aptos para acreditar que lo referido al testigo indirecto se le transmitió en la forma como éste lo señaló y que efectivamente el suceso debatido ocurrió de conformidad con su narración⁹.

“En conclusión, el testimonio de oídas se erige como medio de persuasión idóneo, serio y creíble cuando, además de reunir los dos primeros presupuestos, ‘aparece corroborado o respaldado por otros elementos de convicción que no permiten dudar de la veracidad del relato hecho por otras personas al testigo’¹⁰, lo cual implica afirmar que la prueba

testifical de referencia única, por sí sola, es decir, huérfana de otros medios probatorios que la confirmen y robustezcan, en cualquier caso carece de eficacia suficiente para desvirtuar la presunción constitucional y legal de inocencia” (subrayas fuera de texto).

Conforme a lo anterior, al apreciar el testimonio de Jesús Aurelio Quintero Sánchez, padre de Luis Honorio y Ramón Emilio, que da cuenta de la retención ilegal de las víctimas por parte de miembros de la Brigada 2 del Ejército, puede constatar: (i) Se trata de testigo de primer grado, pues recibió la información de Marleny Pérez quien presenció directamente los hechos narrados; (ii) Señala la fuente de su conocimiento, es decir, al testigo directo del suceso, en este caso a Marleny Pérez; (iii) La información aparece corroborada o respaldada por otros medios de prueba, pues la misma exposición de FRANCISCO CHILITO GUALTERO en su indagatoria y en el juicio, referida a que su Compañía Caimán 2 entró en contacto con los occisos y les causó la muerte en un combate, cuya existencia fue probatoriamente desvirtuada, permite colegir que no de otra manera Luis Honorio y Ramón Emilio Quintero Roper, y Nahún Elías Sánchez Vega y Ramón Emilio Sánchez Pérez aparecieron muertos en la escenificación de una contienda, sino en cuanto fueron sacados ilegalmente de sus parcelas y residencias, patrón de conducta que conforme a las reglas de la experiencia se encuentra vinculado a la deplorable práctica de los falsos positivos.

Así las cosas, concluye la Sala que si bien el tardío aporte de la declaración de Marleny Pérez por parte de la Fiscalía al momento de exponer sus alegaciones finales comporta objetivamente un vicio por falso juicio de legalidad, sus informaciones carecen de trascendencia, en cuanto no fueron el fundamento del fallo de condena, entre otras razones, porque fueron suplidas con testimonios ex auditu consonantes con otros medios de convicción, circunstancia que impide la prosperidad del tercer reproche planteado por el defensor.

Ahora, con relación a la versión libre del Soldado voluntario Alfredo Alcibiades

Ochoa Tejada, también aportada por el ente acusador una vez finalizado el ciclo probatorio del juicio al momento de exponer sus alegaciones finales, la Corte encuentra, como ya fue advertido en precedencia, que objetivamente se incurrió en un falso juicio de legalidad dada la extemporaneidad con la que fue aducida al diligenciamiento, lo cual comportó una violación del derecho al debido proceso y a la defensa.

Pese a ello, establece la Colegiatura que dicha versión carece de trascendencia en la conformación del recaudo probatorio que dio pábulos a la sentencia de condena.

En efecto, en ella manifiesta Alfredo Alcibiades Ochoa Tejada que para enero de 1993 se desempeñaba como soldado profesional del Batallón Contraguerrillas 17, adscrito a la Brigada Móvil 2. Al preguntársele si para el 18 de enero participó en un operativo en el cual se afirma fueron dados de baja cuatro guerrilleros que atacaron a la Compañía dirigida por FRANCISCO CHILITO GUALTERO, según lo declaró bajo juramento, contestó: “Como soldado se recibe órdenes, el expediente que se firma está firmado por mí, igualmente lo podía firmar cualquier soldado. Yo firmo la declaración no sabiendo las consecuencias, pero en ningún momento he tomado parte en los hechos que se citan. Yo estaba enfermo en el Batallón de Ocaña y yo como estaba enfermo firmo ese expediente, o sea la declaración porque llamaron al Juzgado y ahí un Juez Militar que era el que me dijo que firma esto o sea la declaración, yo firmé eso en la oficina del Juez (...) Es falso, porque yo no leí y no me lo preguntaron, lo firmé sin leer, prácticamente eso fue lo que pasó ahí por ser un triste soldado, que no medí las consecuencias de firmar un documento que no sabía qué contenía”.

Sin dificultad se verifica que los aportes de quien por la época de los hechos se desempeñaba como Soldado Profesional, resultan intrascendentes, pues con o sin su versión libre, el recaudo probatorio apunta a demostrar que las víctimas no atacaron a la Compañía Caimán 2 liderada por FRANCISCO CHILITO, sino que, en su condición de campesinos fueron retenidos en sus parcelas y residencias, para luego ser conducidos a

un sitio donde se les causó la muerte con proyectiles de armas de fuego, a uno de ellos a una distancia no superior a un metro, dejando tatuajes en dos heridas de su cuerpo, lo cual descarta la ocurrencia de la contienda de la cual da cuenta el reporte que con la pretensión de dotar de aparente legalidad tal procedimiento, fue realizado.

Es decir, no es a partir de la versión libre de Ochoa Tejada que se descarta la ocurrencia de la contienda, sino que otras pruebas confluyen a ello, como, se reitera, los tatuajes encontrados en dos heridas causadas a uno de los occisos, amén de que los orificios de entrada a los cuerpos aparecen tanto en la parte anterior como en la posterior; unido a ello se probó que eran labriegos sin vínculos con la subversión y fueron días antes retenidos ilegalmente y conducidos a un lugar desconocido por sus familiares, hasta cuando fueron reportados como guerrilleros dados de baja en combate.

Conforme a lo anterior, tampoco está censura está llamada a prosperar.

Por 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

NO CASAR el fallo impugnado por el defensor de FRANCISCO CHILITO GUALTERO, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Auto del 28 de febrero de 2006. Rad. 24783.

2 Sentencia del 22 de mayo de 2003. Rad. 29756.

3 Sentencia del 31 de marzo de 2004. Rad. 17738.

4 Autos del 30 de abril de 2014. Rad. 43127 y del 11 de marzo de 2015. Rad. 45428, entre otros.

5 Sentencia del 22 de agosto de 2008. Rad. 15791 y auto de segunda instancia del 25 de febrero de 2004. Rad. 22692, entre otras decisiones.

6 Auto del 21 de mayo de 2009. Rad. 22825.

7 Cfr. Sentencias de 2 de octubre de 2001 y 26 de abril de 2006. Rad. 15286 y 19561, respectivamente.

8 Cfr. En ambos sentidos: Climent Duran, CARLOS, “La prueba Penal” “Testigos de referencia”, pág. 174 a 177. Ed. Tirant lo blanch. Valencia (España) 1999. y López Barja Quiroga, JACOBO, “Tratado de Derecho Procesal Penal” “El testigo de referencia”, pág. 1326 a 1329. Thomson Aranzadi, Navarra (España) 2004.

9 Cfr. Sentencia de 5 de octubre de 2006. Rad. 23960.

10 Cfr. Sentencia de 18 de octubre de 1995. Rad. 9226, criterio reiterado en sentencias de 2 de octubre de 2001. Rad. 15286 y 5 de octubre de 2006. Rad. 23960.