

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Magistrada Ponente

SP3382-2014

Radicación 40733

(Aprobado Acta No. 081).

Bogotá, D.C., marzo diecinueve (19) de dos mil catorce (2014)

VISTOS

Una vez realizada la diligencia de audiencia de sustentación del recurso de casación, resuelve la Sala las impugnaciones interpuestas por los defensores del coronel WILSON JAVIER CASTRO PINTO y del teniente EDUARD ANTONIO VILLANI REALPE, ambos del Ejército Nacional, contra el fallo de segundo grado proferido por el Tribunal Superior de Bucaramanga el 24 de agosto de 2012, confirmatorio en lo sustancial del dictado en primera instancia por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad el 15 de julio de 2011, a través del cual condenó al primero de los mencionados como coautor penalmente responsable del concurso de delitos de desaparición forzada y homicidio agravado en Daniel Andrés Pesca Olaya y Eduardo Garzón Páez, y peculado por apropiación, mientras que el segundo fue condenado por los mismos punibles y el delito de falsedad ideológica en documento público.

HECHOS

El 5 de marzo de 2008, en el marco de la denominada Misión Táctica Marfil dispuesta mediante una orden de operaciones, miembros de las Fuerzas Militares del Batallón de Infantería No. 41 Rafael Reyes de Cimitarra (Santander) reportaron como muertos en combate a dos N.N., señalados de pertenecer a bandas criminales que pretendían realizar un secuestro en la zona portando armas de corto alcance y una granada de mano.

Tiempo después se estableció que las víctimas eran Daniel Andrés Pesca Olaya y Eduardo Garzón Páez, quienes residían en Bogotá, y el día anterior a su muerte salieron de allí con destino a Cimitarra, sin que sus familiares hubieran vuelto a saber de su paradero hasta el 28 de agosto de 2008 cuando identificaron sus cadáveres.

A través del Acta 014 del 12 de marzo de 2008 se acreditó que la Sección Segunda de Inteligencia del referido Batallón pagó al informante Wilson Pedraza González \$1.500.000.00 por suministrar los datos que dieron lugar a la Misión Táctica Marfil, pero luego fue establecido que éste no entregó información alguna ni recibió el dinero.

Por los hechos anteriores fueron vinculados y condenados en las instancias varios miembros del referido Batallón del Ejército, entre ellos los recurrentes en casación, coronel WILSON JAVIER CASTRO PINTO y teniente EDUARD ANTONIO VILLANI REALPE.

ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencia realizada el 30 de abril de 2009 ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal con funciones de control de garantías de Cimitarra, la Fiscalía imputó al coronel WILSON JAVIER CASTRO PINTO la comisión de los delitos de homicidio agravado (numerales 4º y 7º del artículo 104 de la Ley 599 de 2000), desaparición forzada agravada (numerales 1º y 6º del artículo 166 ejusdem) y peculado por apropiación; al teniente

EDUARD ANTONIO VILLANI REALPE le fueron imputados los mismos delitos, y el de falsedad ideológica en documento público. A Nelson Ospina Tabares, Juan Carlos Álvarez, Benancio Puentes Guapacha y Germán Augusto Oliveros Tabares se les imputaron los punibles de homicidio agravado y desaparición forzada de personas.

El 8 de mayo de la misma anualidad ante el Juzgado Veintiuno Penal Municipal con funciones de control de garantías de Bucaramanga se imputó al sargento Jesús Eduardo Niampira Benavidez y al soldado Guillermo Pacheco Anzola los delitos de homicidio agravado, desaparición forzada agravada, peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público.

Ninguno de los procesados se allanó a la imputación. En las mismas oportunidades les fue impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

El 28 de mayo del año en comento la Fiscalía presentó el escrito de acusación, correspondiendo la etapa del juicio al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bucaramanga, ante el cual tuvo lugar la correspondiente audiencia de acusación el 14 de julio de 2009; la Fiscalía insistió en los punibles y atribución de responsabilidad que sustentaron la medida de aseguramiento.

Una vez surtido el debate oral, el citado despacho judicial emitió el sentido del fallo condenatorio contra los acusados y el 15 de julio de 2011 profirió sentencia por cuyo medio condenó al coronel CASTRO PINTO a la pena principal de cincuenta y cuatro (54) años, nueve (9) meses y dieciocho (18) días de prisión, multa de tres mil seiscientos (3.600) salarios mínimos legales mensuales vigentes, más un millón quinientos mil pesos (\$1.500.000) por el mismo concepto y la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, como coautor de los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo, desaparición forzada de personas en concurso homogéneo y peculado por apropiación.

El teniente EDUARD VILLANI REALPE fue condenado a la pena principal de cincuenta y cinco (55) años, cuatro (4) meses y veinticuatro (24) días de prisión, multa de tres mil seiscientos (3.600) salarios mínimos legales mensuales vigentes, más un millón quinientos mil pesos (\$1.500.000) por el mismo rubro y la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas como coautor de los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo, desaparición forzada de personas en concurso homogéneo, peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público.

En el mismo fallo se profirió condena contra el sargento Jesús Eduardo Niampira Benavidez, y los soldados profesionales Nelson Ospina Tabares, Juan Carlos Álvarez, Benancio Puentes Guapacha, Germán Augusto Oliveros Tabares y Guillermo Pacheco Anzola.

Impugnada la sentencia por la defensa, el Tribunal Superior de Bucaramanga la confirmó mediante fallo del 24 de agosto de 2012, con algunas modificaciones respecto de la situación de los soldados profesionales.

Contra el proveído del ad quem, los defensores del coronel WILSON JAVIER CASTRO PINTO y del teniente EDUARD ANTONIO VILLANI REALPE interpusieron recurso extraordinario de casación y allegaron las respectivas demandas, las cuales fueron admitidas. La audiencia de sustentación del recurso de casación se realizó los días 3 y 10 de diciembre de 2013.

LOS LIBELOS

1. Demanda en nombre del coronel WILSON JAVIER CASTRO PINTO

Propone cuatro cargos, y solicita se dé prelación al reproche por violación indirecta de la ley sustancial, toda vez que de prosperar comportaría la absolución de su representado, mientras que la censura por nulidad implicaría rehacer la actuación.

1.1. Primer cargo: Nulidad por violación del debido proceso

Advera el defensor que se impone invalidar el fallo por indebida motivación, pues no se sabe “cuáles son las pruebas demostrativas de su participación delictiva, ni de dónde surgen las conclusiones de responsabilidad en contra” de su asistido, en cuanto “no se encuentran consideraciones explicativas de cómo fue posible la consumación del tipo penal de desaparición forzada de personas, ni cuál la conducta y el grado de participación en los delitos de homicidio agravado y peculado por apropiación, cuando no existe demostración de que alguna persona hubiera sido desaparecida, ni está demostrado que nuestro representado hubiera sido determinante, ni partícipe con ningún tipo de contribución en los homicidios, y tampoco que hubiera tenido nada que ver con la custodia o administración de los dineros para pagar informantes”.

También asevera que no media “una relación causal entre el incumplimiento y vulneración de ciertos reglamentos o manuales administrativos y operacionales del Ejército, con la presunta responsabilidad deducida por los delitos por los que fue condenado”, pues dicho incumplimiento podría dar lugar a comportamientos culposos, no dolosos, salvo que se trate de un proceder intencional, sin que sobre ello haya motivación en el fallo.

Argumenta que “no hay claridad si la participación de nuestro patrocinado fue por acción, por omisión o por comisión por omisión, pues indistintamente se hacen consideraciones en uno u otro sentido, aspecto que refleja las deficiencias argumentativas del Tribunal”.

No entiende por qué el coronel WILSON JAVIER CASTRO PINTO fue condenado por el punible de peculado por apropiación, si “nunca tuvo bajo su responsabilidad el manejo, tenencia, disposición o administración de los dineros a cargo del Batallón Reyes”, ni se probó que haya autorizado el “pago al supuesto informante”.

1.2. Segundo reproche: Violación indirecta de la ley por errores in iudicando

Manifiesta el recurrente que los falladores violaron de manera mediata la ley, pues incurrieron en errores in iudicando, tales como falsos juicios de existencia por suposición, en cuanto se da por hecho que “las dos víctimas viajaron de Bogotá a Cimitarra, en compañía de una tercera persona”.

También supone el a quo “que los documentos de identificación de las víctimas fueron destruidos para dificultar su identificación y de tal manera obtener su ocultamiento, reflexión que lleva a la primera instancia a predicar la desaparición forzada de cadáveres como un novedosísimo tipo penal”.

Para “poder tipificar el delito de desaparición forzada de personas, las instancias suponen que las víctimas fueron privadas de su libertad”; también se supuso, dice el recurrente, “la existencia de un acuerdo criminal, para poder vincular como sujetos responsables a nuestro defendido coronel Castro Pinto, contra el que no existe ninguna prueba que lo vincule como partícipe de los hechos delictivos motivo de investigación”.

“Se supone que los procesados se hubieran repartido las tareas para modificar la escena del crimen”, así como que todos se “aliaron criminalmente con el único propósito de mostrar resultados operacionales”.

Denuncia falsos juicios de existencia por omisión, que de no haber ocurrido permitirían advertir la “atipicidad de las conductas de desaparición forzada agravada y homicidio agravado, respecto del coronel Wilson Javier Castro Pinto”.

Puntualiza que las pruebas omitidas acreditan la difícil situación de inseguridad que reinaba en el municipio de Cimitarra, especialmente por las

extorsiones adelantadas por grupos armados al margen de la ley.

En el mismo cargo señala errores de hecho por falsos juicios de legalidad, “al considerar como prueba indiciaria hechos que no alcanzan a constituir este medio probatorio, por no haberse cumplido con la técnica de su elaboración”, pues sin probar el hecho indicador “se dio por construido el indicio”.

También señala que el fallo incurrió en falsos juicios de identidad, así como falsos raciocinios por quebranto de las reglas de la sana crítica.

De otra parte, el recurrente advera que en el fallo de primer grado se incurre en un falso juicio de existencia por indebida elaboración del indicio, al decir que “para efectos de endilgar la responsabilidad a los militares hubo suficiente prueba testimonial y documental, pero que pese a ello también hubo cabida para la prueba indiciaria, sin que siquiera se mencione la misma”.

Resalta que si bien el Tribunal alude en forma “incomprensible” a los indicios necesarios y contingentes, y manifiesta que a continuación serán mencionados, lo cierto es que “no se puede hablar en este caso de prueba indiciaria, porque no se realiza ni siquiera un mínimo esfuerzo en elaborarla como lo indican los cánones jurisprudenciales y doctrinarios”.

Señala el actor un “nuevo error in iudicando, por falso juicio de legalidad, al haberse considerado en la sentencia declaraciones que fueron rendidas en una investigación administrativa del Ejército, sin la presencia de la defensa y como es apenas obvio, sin que hubieran podido ejercer respecto de ellas el derecho constitucional de contradicción”.

Precisa que de no haberse cometido los referidos errores, el fallo sería absolutorio o por lo menos procedía la aplicación del principio in dubio pro reo.

1.3. Tercer cargo: Violación indirecta de la ley sustancial

El defensor denuncia la violación indirecta de la ley sustancial producto de plurales errores de apreciación probatoria (falsos juicios de existencia por suposición y omisión probatoria, falsos juicios de legalidad, falsos juicios de identidad por distorsión, deformación o tergiversación de los medios de convicción, falsos juicios de raciocinio por desconocimiento de las leyes de la ciencia, de la lógica y de la experiencia, y falsos juicios de legalidad), que de no haberse producido, el fallo habría sido absolutorio a favor del coronel CASTRO PINTO al resolver las dudas en su favor, pese a lo cual se le condenó por “una presunta responsabilidad dolosa por omisión en el cumplimiento de los reglamentos militares, y por haber tenido el manejo de los caudales del Batallón que comandaba”.

Destaca que se dio por probada, sin estarlo, la responsabilidad de su asistido respecto de la “supuesta privación y ocultamiento de las víctimas para estructurar indebidamente el delito de desaparición forzada de personas”.

Igualmente, se dio por acreditado “un acuerdo previo de carácter criminal entre nuestro defendido y los autores materiales de las muertes”, sin probar su “grado de participación, ni aporte personal de nuestro defendido en los hechos ilícitos investigados, en la supuesta coparticipación criminal”.

Refiere que “a pesar de aceptarse que el coronel no tenía la administración y custodia de los caudales del Batallón, sin razonamiento de ninguna naturaleza se concluye, que sí tenía el manejo de los mismos, deduciendo en consecuencia una presunta responsabilidad por el delito de peculado por apropiación”.

Indica que “se valoraron pruebas a las que se les ha debido aplicar el principio de exclusión probatoria, por haber sido indebidamente elaboradas, como es el caso de la presunta prueba indiciaria”.

Y puntualiza que “se supusieron pruebas y hechos inexistentes, de la misma manera que se omitió la consideración de pruebas legal y oportunamente producidas dentro del proceso”.

Plantea que si los medios probatorios hubieran sido ponderados adecuadamente, se habría establecido la atipicidad de los punibles de desaparición forzada de personas y peculado por apropiación, así como la imposibilidad de condenar por los delitos de homicidio y desaparición, toda vez que no se acreditó un acuerdo previo con los autores materiales de los atentados a la vida, ni algún grado de participación, ni de aporte personal en los hechos motivo de investigación.

1.4. Cuarta censura: Violación indirecta de la ley

El demandante propone la violación indirecta de la ley sustancial derivada de errores in iudicando por falsos juicios de existencia sobre la declaración en el juicio del coronel Carlos Eduardo Mora Gómez, el oficio 2297 aducido al juicio oral a través del testigo de acreditación Oscar Orlando Puentes Ríos y la declaración del sargento viceprimero Jesús Niampira Benavidez, que de haber sido adecuadamente apreciados, el fallo no podría ser condenatorio y se habría impuesto aplicar el principio in dubio pro reo.

2. Demanda en nombre del teniente EDUARD ANTONIO VILLANI REALPE

La defensora propone tres cargos y solicita se dé prelación al reproche por violación indirecta de la ley sustancial, pues de tener éxito conlleva la absolución de su asistido, en tanto la prosperidad de la censura por nulidad implica rehacer el diligenciamiento.

2.1. Primer cargo: Nulidad del fallo

La impugnante postula la invalidación de la sentencia, pues no se precisan las pruebas

demostrativas de la participación de su procurado, así como de dónde surgen las conclusiones de responsabilidad en su contra, en cuanto “no se encuentran consideraciones explicativas de cómo fue posible la consumación del tipo penal de desaparición forzada de personas, ni cuál la conducta y el grado de participación en los delitos de homicidio agravado y peculado por apropiación, cuando no existe demostración de que alguna persona hubiera sido desaparecida, ni está demostrado que su representado hubiera sido determinante, ni partícipe con ningún tipo de contribución en los homicidios, y tampoco que hubiera tenido nada que ver con la custodia o administración de los dineros para pagar informantes”.

También asevera que no se sabe si se le imputó un delito por omisión, por acción, o por comisión por omisión, asunto no dilucidado en el fallo atacado.

Deplora que se le haya imputado la conducta de desaparición forzada por el ocultamiento de cadáveres, lo cual comporta un error conceptual.

Advierte que no se precisaron las circunstancias en las cuales se produjo la privación de libertad de las víctimas, propia del delito de desaparición forzada.

Respecto del punible de peculado por apropiación advierte que el teniente VILLANI no tenía la potestad de administrar o custodiar bienes en razón de sus funciones, pues ello correspondía al segundo comandante del batallón, de manera que no podía cometer el delito mencionado, es decir, se incurre en una motivación sofística o aparente.

En cuanto atañe al delito de falsedad ideológica en documento público, señala que su asistido no tuvo nada que ver, pues como bien se reconoce en el fallo, tal proceder fue adelantado por el sargento Jesús Niampira Benavidez.

2.2. Segundo cargo: Violación indirecta de la ley

La demandante plantea la violación mediata de la ley producto de errores por falsos juicios de existencia por omisión sobre pruebas documentales y testimoniales con las cuales se acredita el proceder de grupos guerrilleros y bandas delincuenciales en la zona que secuestraban y extorsionaban.

También dice que el Tribunal supuso otros medios probatorios como: (i) La existencia de una persona que condujo las víctimas de Bogotá a Cimitarra, (ii) La destrucción de los documentos de aquellas por parte de los miembros del Ejército para imposibilitar su identificación, (iii) La supuesta privación de la libertad de los occisos, y (iv) La existencia de un acuerdo criminal entre los procesados para causar la muerte a los dos ciudadanos.

Añade que el cargo es trascendente, pues de no haber ocurrido los referidos yerros, el fallo sería absolutorio a favor del teniente EDUARD VILLANI REALPE.

2.3. Tercer cargo: Violación indirecta de la ley

La defensora denuncia la violación mediata de la ley sustancial derivada de plurales errores de apreciación probatoria por falsos juicios de existencia por suposición y omisión de pruebas, falsos juicios de legalidad, falsos juicios de identidad por distorsión, deformación o tergiversación de los medios de convicción y falsos juicios de legalidad, que de no haberse producido, el fallo habría sido absolutorio a favor del teniente VILLANI, de modo que no fue aplicado el principio in dubio pro reo.

Señala que si bien se acreditó la tipicidad de los delitos de homicidio, existen dudas acerca de su antijuridicidad, pues quienes los cometieron procedieron en cumplimiento de una orden dentro de la más estricta legitimidad en el marco de un combate.

Destaca que su asistido se ocupó únicamente de evaluar, analizar y clasificar la información, sin que tenga que responder por la operación, en la cual no participó,

máxime si no se acreditó que tuviera que ver con el traslado de las víctimas de Bogotá a Cimitarra, y tampoco medió prueba sobre un posible acuerdo previo con el resto del personal militar involucrado.

Con base en lo anterior, la recurrente solicita a la Sala la nulidad del fallo atacado y subsidiariamente se case dicha providencia, para dictar en su reemplazo sentencia absolutoria a favor del teniente EDUARD VILLANI REALPE.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. Intervención del defensor del coronel WILSON JAVIER CASTRO PINTO

Inicialmente precisa el censor que según se pudo establecer, las víctimas murieron a las 5:15 de la mañana del “8 (sic) de marzo de 2008”.

Indica que en la providencia de segunda instancia hay imprecisiones pues los occisos no vivían en Soacha, sino en el barrio El Carmen en Bogotá.

Expone que en el primer cargo plantea la falta de debida motivación o insuficiente motivación, porque en ambas sentencias, especialmente en la de segunda instancia, hay contradicciones y errores en la apreciación de las pruebas, pues se comete un yerro común en la práctica judicial referido a que hay medios probatorios respecto de algunos de los comprometidos, pero luego son atribuidos a todos, proceder que denomina “globalización de la prueba”. Se duele de la indebida construcción de los indicios por parte de los jueces en la judicatura colombiana. También deplora la comisión de otra mala práctica frecuente, que consiste en decir que “hay abundante prueba” sin que realmente la haya.

Puntualiza que si bien en las decisiones se alude a la coparticipación de los procesados, no hay precisión acerca de cuál fue la contribución de cada uno.

Sobre el análisis link obrante como medio de convicción asevera que contiene conclusiones equivocadas, pues hay un celular 3142841781 que pertenece a una persona identificada como de acento rolo, hay múltiples comunicaciones a lo largo del trayecto de Bogotá a Cimitarra y el día 5 de marzo siguen las comunicaciones, incluso en los meses de marzo y abril, especialmente con el sargento Jesús Niampira, prueba a partir de la cual puede pensarse que las víctimas fueron engañadas y llevadas a Cimitarra para asesinarlas, pues también de aquel abonado hubo comunicaciones con los celulares de los occisos.

Igualmente expresa que hay un entramado de llamadas desconcertante, sin que la Fiscalía hubiera establecido los titulares de los abonados involucrados, pese a que se trata de una investigación penal, lo cual impidió vincular a todos los partícipes.

Resalta que en primera instancia se condenó por el delito de desaparición de cadáveres, no de personas, diciendo que la desaparición duró de marzo a agosto cuando se identificó a los occisos. La segunda instancia se percató de dicho yerro y dijo que la desaparición ocurrió entre el 4 y el 5 de marzo, lo cual es cierto, pero no se tuvo en cuenta que dicho delito exige arbitraria privación de la libertad, la cual no está demostrada, pues se acreditó que las víctimas viajaron de Bogotá a Cimitarra en transporte público y usaron sus teléfonos celulares hasta una hora antes de su muerte, lo cual excluye que estuviesen privadas de su libertad.

Añade que el Tribunal incurre en una “sin salida” al decir que la privación de libertad no fue violenta, sino etérea, expresión que alude a lo relacionado con el éter o con el cielo, sin precisar cómo fueron privados de la libertad.

Está convencido que no medió privación de la libertad, sino engaño de las víctimas, las cuales se comunicaron hasta las 4:20 a.m., y Medicina Legal certificó que la muerte se produjo a las 5:15 a.m., máxime si las vieron paseando en Cimitarra y se halló alcohol en

el estómago de una de ellas, luego no se demostró la privación de libertad, lo cual es diferente de un ardid y descarta la consumación del delito de desaparición forzada de personas.

Nunca se demostró que el coronel CASTRO hubiera tenido contacto telefónico con las víctimas, luego este fue un asunto preparado por los subalternos a espaldas de sus superiores; además, el único preocupado por la falta de resultados operacionales era el sargento Jesús Niampira Benavidez, y así lo declaró, al punto que se ofreció de voluntario para cumplir la orden el día de los hechos.

Señala que son 6 o 7 abonados telefónicos involucrados con soldados y víctimas, sin que se sepa cuáles eran sus dueños.

De otra parte dice que acerca de los homicidios hay equívocos en las sentencias, pues el sargento Niampira Benavidez le avisó al teniente VILLANI, comandante del S2 que tenía información de un secuestro en la vereda el Brasil; se la llevó al coronel CASTRO, quien los reunió y dio verbalmente la orden operacional, proceder posible dada la inmediatez de la reacción, pese a que así no se reconoce en los fallos. El Tribunal supone que en la referida reunión el coronel impartió verbalmente la orden operacional de cometer los delitos investigados, lo cual es una suposición, pues nadie lo declaró así.

También aduce que tiempo atrás “habían sonado los falsos positivos de los muchachos de Soacha”, y frente a la noticia de otro falso positivo hubo mucha publicidad, motivo por el cual el General Suárez y el coronel Mora Gómez realizaron una investigación administrativa a todas las dependencias, con base en la cual el Fiscal instructor edificó el proceso penal, pese a que no se juramentó a los declarantes y los comprometidos fueron escuchados sin contar con la asistencia de abogados, es decir, se trató de algo informal que sirvió a los falladores en este asunto para elaborar sus conclusiones, lo cual comporta un error de legalidad.

Puntualiza que si bien el coronel Mora Gómez declaró que el comandante de una unidad militar responde por todo lo que hagan o dejen de hacer sus hombres, es claro que ello se refiere al ámbito administrativo, no al penal. El Tribunal reconoció que el comandante CASTRO PINTO no puede ser omnisciente ni omnipresente y no puede tener control sobre todo, pero conforme a lo dicho por el coronel Mora concluyó que debe responder.

Considera que la sentencia es desordenada en su motivación, pues en los fallos se deplora la orden operacional verbal y sus ritualidades, sin establecer relación causal entre la orden y el resultado finalmente producido.

Aunque se dice que no hubo inteligencia, se olvidó que en el proceso obra un informe de inteligencia no confirmado, dada la premura e inmediatez de la situación.

Si las instrucciones delictivas se dieron en la reunión por parte del coronel CASTRO, por qué se le responsabiliza de haber dado la orden operacional sin formalidades? Y luego se dice que responde por omisión en el cumplimiento de los reglamentos, es decir, se trata de una providencia incomprensible.

No se precisa en los fallos si se trata de un delito de acción o de omisión y se le condena por incumplimiento de reglamentos.

Está demostrado con la declaración del coronel Carlos Eduardo Mora Gómez que el dinero lo manejaba el segundo comandante, luego CASTRO PINTO nada tiene que ver con el peculado por apropiación, con mayor razón si el sargento Niampira fue el que solicitó al soldado Pacheco le diera a un señor \$20.000 para que firmara el recibo de \$1.500.000, luego es evidente que el coronel CASTRO no es responsable de tal conducta.

Si bien se acepta en la misma decisión que CASTRO y VILLANI no tenían la custodia

del dinero, acto seguido se afirma que son responsables por tener el manejo del numerario, lo cual contradice las leyes de la lógica, amén de que se condena a todos como autores sin precisar sus aportes.

Se dice que hay falsedad ideológica en documento público pues el supuesto informante declaró que no recibió \$1.500.000 sino \$20.000, la Fiscalía acusó a varios procesados por el punible de falsedad, pero no acusó al coronel CASTRO por tal delito. El a quo no lo condenó por tal comportamiento porque no fue acusado, pero en forma inconsistente el Tribunal confirmó la sentencia condenatoria por falsedad, es decir, si nunca estuvo acusado ni condenado por falsedad, qué condena se confirmó por tal delito?

Resalta el casacionista que aquí hubo una actividad delictiva y hubo otros partícipes, motivo por el cual solicita a la Sala compulsar copias para investigar a los titulares de los celulares involucrados.

Finalmente concluye que se ha cometido una injusticia con el coronel WILSON JAVIER CASTRO, pues no existe típicamente el delito de desaparición forzada; no tuvo nada que ver con el manejo y pago de la recompensa, luego no se le puede condenar por peculado; no ordenó matar a nadie, pese a que sus subalternos hayan procedido de manera diversa, amén de que la responsabilidad penal es individual, sin que valga tomar lo dicho por el coronel Carlos Eduardo Mora, y la condena por falsedad es una aberración pues no fue acusado ni condenado en primera instancia por ese delito, luego el Tribunal no podía confirmar una condena inexistente, aspecto este último que si bien no planteó en la demanda, es necesario corregir.

Con apoyo en lo expuesto, el recurrente solicita a la Sala casar el fallo y absolver a su asistido por todos los cargos.

2. Intervención del defensor del teniente EDUARD ANTONIO VILLANI REALPE

Para comenzar señala que en el rol del teniente VILLANI en el Batallón Reyes de Cimitarra no le correspondía mando de tropa, pues era el oficial jefe de la sección segunda, es decir, encargado de la consecución de inteligencia para asesorar al coronel CASTRO en la toma de decisiones, pese a lo cual el Tribunal indistintamente lo trata como si tuviera mando de tropa o poder decisorio para ordenar la ejecución de una operación militar.

Señala que en los fallos se le condena por no haber realizado el ciclo de inteligencia a cabalidad, una vez el sargento Jesús Niampira Benavidez le entregó la información.

Desconoce el Tribunal lo expuesto por el mismo sargento, así como por CASTRO y el propio VILLANI, en el sentido que la información inicial fue clasificada por Niampira como A1, pero al ser sometida a proceso fue reclasificada como información de inteligencia C3, es decir, que era muy probable su ocurrencia.

A su vez, VILLANI se la entregó al coronel WILSON JAVIER CASTRO, y ahí cesó la actividad de aquél. De ahí en adelante, si se planeó una operación militar o no, si se verificó o no, eso no correspondía al rol de VILLANI, sino al del coronel CASTRO.

Advera que se le condenó como coautor, con el único argumento de que en la reunión realizada en la noche del 4 de marzo se planeó la comisión de tales crímenes, pero de ello no hay prueba ni siquiera indiciaria o sospecha de que se hubieran planeado actividades para matar a unos ciudadanos.

Destaca que la coautoría militar es diferente de la coautoría entre particulares, pues existe jerarquía, el comandante convoca a una reunión.

Considera que el yerro del Tribunal consiste en equiparar el ejército a una organización criminal, suponer que si se reunieron fue para acordar los crímenes, con un determinador y con división de trabajo, sin tener en cuenta que cada militar confía en que los demás cumplen con su deber, y si algunos cometen un delito, la responsabilidad no se hace

extensiva a todo el batallón, o como en este caso, al que proveyó la información, pues en este asunto la responsabilidad del sargento Niampira se ha extendido al coronel CASTRO y al teniente VILLANI.

También refiere que muy posiblemente el combate fue escenificado, pero ello no permite ampliar la responsabilidad penal al teniente VILLANI, quien no estuvo en el lugar de los hechos, sino en el batallón, no escogió a Jesús Niampira para realizar la operación, no tenía mando sobre algún soldado y su actividad terminó cuando entregó la información C3 al coronel CASTRO PINTO.

Añade que si se tenía una información de oportunidad por parte de Niampira a partir de la llamada de un informante, alias Piña, en la vereda el Brasil, la obligación del teniente EDUARD ANTONIO VILLANI no era otra que la de someter tal información a un proceso de evaluación, y luego entregarla al comandante para que ordenara lo que a bien tuviera.

Indica que en la sentencia se habla de un todo, los militares, pero no se concreta cuál fue la actividad penal del teniente VILLANI REALPE, deduciéndose la responsabilidad a partir de un pálpito de los falladores y por ello, se debe casar la sentencia por falta de motivación, máxime si se fundamentó en un informe administrativo elaborado por personal del ejército.

Sobre el segundo cargo considera que no se valoraron varias pruebas, con base en las cuales podía deducirse que la situación de orden público en Cimitarra permitía creer en la información entregada por el sargento Niampira al teniente VILLANI, a la postre proporcionada al coronel CASTRO.

No se tuvo en cuenta el anexo de inteligencia, en el cual se da cuenta de varios secuestros en el mismo año en esa zona, así como de la presencia de hombres que portaban uniformes camuflados.

Precisa que su asistido sí realizó un análisis de la información que luego entregó al comandante CASTRO, quien decidiría si daba o no la orden de una operación militar.

Se dejaron de apreciar 30 pruebas más señaladas en la demanda, sobre las cuales no hubo ninguna reflexión, se ignoró al autor de los documentos, cuál era el significado de los mismos en el proceso, y no se tuvo en cuenta que con base en ellos el teniente VILLANI entregó la información. Tampoco se valoraron pruebas sobre reuniones con diferentes personalidades en Cimitarra sobre seguridad para evaluar el orden público.

También se omitieron testimonios como el de Bruce, empleado del CTI adscrito al Gaula, quien da cuenta de la ola de secuestros en Cimitarra.

Puntualiza que no le era exigible al teniente VILLANI otro comportamiento diferente al que adoptó, sin que debiera verificar la información, cuando precisamente la Misión Táctica Marfil se expidió para confirmar o desvirtuar la revelación, lo cual no era de su competencia.

Aduce que se dejó de valorar el testimonio del coronel CASTRO PINTO, al precisar que VILLANI no tenía mando de tropa, era asesor, le informó del posible secuestro en la vereda el Brasil, y que a partir de ello, él mismo dio lugar al procedimiento para expedir una orden de operaciones.

Tampoco se valoró la declaración de Jesús Niampira Benavidez quien recibió la información y la suministró al teniente VILLANI, quien no tenía por qué dudar, pese a que fue engañado por aquél.

Sobre el tercer cargo señala que debió aplicarse el principio in dubio pro reo, pues por lo menos pudo concluirse que sobre la responsabilidad del teniente VILLANI había duda.

Agrega que el Tribunal responsabiliza indistintamente a VILLANI por omisión de reglamentos, y en otras ocasiones, por comisión dolosa, amén de aceptar que VILLANI no tenía administración del dinero, pero que sí tenía el manejo, lo cual resulta inexplicable.

A partir de lo expuesto, el recurrente solicita la casación del fallo.

3. Intervención de la Fiscalía

El Fiscal Sexto Delegado ante esta Corporación manifiesta que las demandas no están llamadas a prosperar. En punto del cargo referido a la nulidad por falta de adecuada motivación del fallo señala que las sentencias de primera y segunda instancia cumplen en lo sustancial con lo dispuesto en el artículo 162 de la Ley 906 de 2004, en cuanto ofrecen fundamentación fáctica, probatoria y jurídica, no son ilógicas ni irrazonables, amén de que explican cómo ocurrió la desaparición forzada de las víctimas al ser conducidas el 4 de marzo de 2008 desde Bogotá a Cimitarra por un reclutador, en permanente contacto telefónico con miembros del Batallón Rafael Reyes, para luego asesinarlas en la vereda El Brasil, fingiendo un combate.

Advera que el homicidio agravado se deduce de las circunstancias e indicios obrantes en el expediente, tales como el contacto telefónico desde el 3 de marzo de 2008 con un tercero que condujo a las víctimas a Cimitarra, por parte de miembros del batallón, de manera que el coronel CASTRO PINTO no cumplió sus deberes como garante de los actos de sus subordinados.

Destaca que el teniente VILLANI respondía por el anexo de inteligencia, y que la orden verbal de operaciones impartida no cumplió el ciclo de inteligencia, pese a que después se firmó una orden, todo lo cual revela inconsistencias en la información que dio lugar a la operación que culminó con la muerte de las víctimas, máxime si el sargento Niampira quien era Suboficial de Inteligencia,

terminó actuando en la operación, situación irregular.

Menciona la ulterior firma de la operación por parte del coronel CASTRO, con el propósito de legalizar algo ilícito.

Resalta la firma del S2 autorizando el pago del presunto informe, a partir del cual se impartió la orden verbal de operaciones, y señala que se trata de un proceder propio de los llamados “falsos positivos”, lo cual corresponde a un análisis de contexto, según ha sido planteado por el Relator Philip Alston de Naciones Unidas en los siguientes términos: “El fenómeno es bien conocido, la víctima es atraída de manera fraudulenta por el reclutador hasta un lugar remoto, allí el individuo es asesinado poco después de la llegada de los miembros de las fuerzas armadas, la escena es luego manipulada para que pareciera como si el individuo hubiera muerto legítimamente en un combate, frecuentemente es fotografiado con uniformes de la guerrilla y con una pistola o una granada; las víctimas son a menudo enterradas anónimamente en fosas comunes y los asesinos son recompensados por los resultados que han logrado en la lucha contra la guerrilla”.

Acerca del peculado por apropiación indica que fue acreditado el pago de \$1.500.000 a un supuesto informante, tomados de los recursos que tenía el coronel CASTRO dentro de su órbita de disponibilidad funcional, quien omitió el control de tales dineros conforme a su rol, y de otra parte, el teniente VILLANI firmó el acta de pago irregular. Puntualiza que en la sentencia de segunda instancia se precisó que los mencionados procesados actuaron como coautores, y que el coronel actuó en comisión por omisión. Resalta que las demandas únicamente emprenden una crítica probatoria sobre el grado de acierto de los falladores, lo cual no es propio del recurso extraordinario.

Frente a la desaparición forzada y los homicidios se imputó la coautoría de los procesados y la comisión por omisión como forma dolosa de contribución en la realización

de los delitos.

Sobre el reparo circunscrito al falso juicio de existencia por suposición de pruebas, en el cual coinciden ambos demandantes, el Fiscal Delegado señala que no es cierto que los fallos se encuentren sustentados en suposiciones, pues la existencia de un tercero reclutador, con abonado 3142821781 que condujo a las víctimas desde Bogotá a Cimitarra se encuentra demostrada con el análisis link.

El titular de ese abonado se comunicó desde el 3 de marzo de 2008 con otros móviles que a su vez se comunicaron con Eduardo Garzón, una de las víctimas, y el 4 de marzo recorrió de Bogotá a Cimitarra y en la madrugada del 5 de marzo se contactó con el celular de Jesús Niampira Benavidez, Nelson Ospina Tabares y el soldado Juan Carlos Álvarez, quienes intervinieron en la operación.

La destrucción de los documentos de los occisos no corresponde a una suposición, sino a una inferencia, toda vez que ordinariamente los portaban, según declararon sus familiares, pero no se encontraron.

Tampoco la privación de la libertad es suposición, en cuanto es claro que las víctimas fueron conducidas por un tercero reclutador desde Bogotá, y en Cimitarra se les ejecutó. Precisa que se privó de libertad a las víctimas mediante engaño, no mediante arrebatamiento, sometiendo su voluntad dominada por un tercero, quien las condujo a un sitio, y debió mediar retención antes del homicidio, al obligarlas a vestir prendas militares y forzarlas a ir a donde fueron asesinadas.

Sobre el acuerdo criminal de los procesados no hubo suposición, pues desde el primer momento aparecen involucrados militares del Batallón Rafael Reyes. El coronel CASTRO PINTO ordenó la operación con irregularidades y sin evaluar la información, amén de autorizar el pago a un informante quien no suministro dato alguno. El acuerdo se demostró con la reunión realizada el 4 de marzo a las 7:00 p.m. entre el coronel

CASTRO, el teniente VILLANI, el sargento Niampira y los soldados que intervinieron en la Operación Táctica Marfil.

No es simple incumplimiento de deberes y reglamentos operacionales por parte de los condenados, sino su inobservancia intencional para cometer los delitos investigados, como lo acredita la modificación de la escena criminal para hacer aparecer a las víctimas como delincuentes muertos en combate, cuando se trata de inocentes conducidos allí para asesinarlos.

El coronel CASTRO PINTO abandonó sus deberes al impartir verbalmente la orden sin cumplir los protocolos, y se demostró que medió una reunión previa en la cual se pusieron de acuerdo quienes iban a intervenir en punto del propósito de la Operación Táctica Marfil, con mayor razón si los cadáveres de las víctimas fueron encontrados vistiendo uniformes camuflados sin el olor propio de su uso, sobre las prendas que llevaban – práctica ajena a una región calurosa como Cimitarra –, botas nuevas y limpias, en las manos de los occisos no había residuos químicos que señalaran haber disparado, las armas eran inservibles, no utilizaron la granada que se halló, la trayectoria de los disparos indicados por los procesados en la reconstrucción de los hechos no coincide con las encontradas en los cadáveres, además de establecerse que los disparos se produjeron en un lugar diferente a donde fueron halladas las víctimas.

Puntualiza que el denunciado error por falso juicio de existencia por omisión de algunos documentos y testimonios que daban cuenta de la situación de inseguridad en la zona, no tiene vocación de éxito, pues tal circunstancia no desvirtúa el señalamiento de responsabilidad de los acusados, dado que la misión se ordenó sobre una información de fuente desconocida sobre presencia de miembros de bandas criminales, no sometida a ciclo de inteligencia, pese a lo cual fue validada y tomada como posiblemente verdadera, y realizada sin planear su ejecución, sin que se orientara a evitar el secuestro de Rodolfo Velasco, como vanamente se adujo, máxime si se envió

al sargento Niampira Benavidez a que dirigiera la operación, pese a que pertenecía al personal de inteligencia.

También afirma que no se desconoció el testimonio del coronel CASTRO PINTO, sino que el Tribunal no le dio la credibilidad pretendida por la defensa.

Considera que las comunicaciones libradas por el coronel CASTRO al CTI para procurar la identidad de los cadáveres no resulta trascendente en el ámbito de demostrar la inocencia de aquél, pues las anomalías de la operación permiten colegir que tales oficios fueron dispuestos para dar apariencia de legalidad al irregular procedimiento.

En cuanto atañe al falso juicio de legalidad que el recurrente predica respecto de la investigación administrativa incorporada a esta actuación, el Fiscal Delegado manifiesta que no hubo tal error, pues se trata de averiguaciones internas sobre la Misión Táctica Marfil, de modo que no era necesario escuchar al coronel CASTRO asistido por su abogado, con mayor razón si pudo ser debatida en el juicio oral.

Con relación al falso juicio de identidad que afirma el defensor recayó sobre lo dicho por el coronel Carlos Eduardo Mora Gómez, señala el Delegado que no hubo tal yerro, pues sirvió para descartar el invocado principio de confianza aducido por la defensa, especialmente si hay pruebas que vinculan al coronel CASTRO PINTO con el ilegal proceder.

Resalta que según lo declaró el General Suárez Bustamante no se procedió en forma coherente, pues no es posible enviar 5 hombres (un suboficial y 4 soldados) que no conformaban una unidad mínima de combate que requiere de 10 militares, a enfrentar a 4 delincuentes de bandas criminales, lo cual permite colegir que por tratarse de una situación ficticia de combate no era necesario enviar a 10 hombres del ejército, además de que no se trató de una situación excepcional y urgente como lo advera el defensor.

Concluye que no se tergiversaron las pruebas, pues si bien se anotó en el boletín que había 4 individuos, es claro que dicha afirmación no resultó cierta, máxime si las coordenadas suministradas por el informante coinciden con aquellas en las cuales se encontraron los cadáveres, situación que resulta ilógica, según lo declaró el General Suárez Bustamante.

Respecto de la presencia de dudas sobre la responsabilidad del coronel CASTRO, señala el Fiscal que muchos aspectos ya fueron abordados. Recuerda que no explica el defensor cuál es la trascendencia de los ajustes del informe pericial en el juicio o la diligencia de reconstrucción, o la pericia sobre comportamiento criminal, amén de que tampoco estructura debidamente su queja acerca de que las víctimas no aparecieron con residuos químicos que permitieran suponer que dispararon, todo ello sin tener en cuenta que las armas halladas eran inservibles.

Sobre el falso juicio de existencia por omisión de pruebas que la defensa predica con relación al delito de peculado por apropiación, precisa el no recurrente que el pago correspondía al segundo comandante, lo cual no excluye la supervisión del coronel como comandante del Batallón, pues se demostró que Wilson Pedraza, beneficiario del pago, no recibió el dinero y no suministró información alguna.

Finalmente dice el Delegado que la defensa deprecia no se condene al coronel CASTRO PINTO por el delito de falsedad ideológica, sin tener en cuenta que ni siquiera fue acusado por tal punible, señala que se trata de un cargo adicional a la demanda, es decir, extemporáneo, y correspondió a un error intrascendente, que no se reflejó en la pena impuesta.

Con base en lo expuesto, el ente acusador solicita a la Sala no casar el fallo impugnado.

4. Intervención del apoderado de las víctimas

Para comenzar dice que se encuentra de acuerdo con los planteamientos de la Fiscalía, y que la prueba técnico científica ha sido bien desarrollada.

Comenta que el defensor de los procesados no debió ser el mismo, y que todos los condenados debieron someterse a sentencia anticipada para obtener beneficios legales.

Sobre el delito de desaparición forzada señala que es de carácter permanente hasta cuando aparece la persona o el cadáver debidamente identificado y se le entrega a los familiares, lo cual ocurrió en este asunto a los seis meses de partir de sus residencias.

Destaca que las quejas formuladas ante organismos internacionales fueron las que motivaron las investigaciones internas, y que en el testimonio del Inspector General de las Fuerzas Militares Suárez Bustamente se establecen quince recomendaciones de lo que no se debe hacer, pues no hubo maniobras para capturar a los supuestos delincuentes, fueron directamente al sitio y ejecutaron a las personas, no hay apoyo, no hay reserva, no hay relación de 3 a 1 respecto del número de supuestos delincuentes y quienes participarían en el operativo, debe haber por lo menos dos vehículos, debe contarse con apoyo y con reserva, a lo cual no se procedió.

Concluye que se trató de un montaje, en cuanto no medió un estudio previo, es extraño que el supuesto informante haya suministrado coordenadas y tampoco apareció para presentárselo al comandante CASTRO, amén de que la información está en un computador privado del S2, que hasta la fecha no ha aparecido.

En el ámbito de la reparación integral reclama se disponga un acto público de perdón a las víctimas por parte del Ministro de Defensa y el comandante de las Fuerzas Militares, así como un monumento a las víctimas en Soacha, toda vez que fueron desacreditadas para justificar su desaparición y muerte.

También dice que se debe publicar el caso con todos sus elementos a fin de establecer

cuáles fueron los hechos, quiénes fueron las víctimas y quiénes las ejecutaron.

Igualmente señala que hace falta identificar al reclutador y a otros que intervinieron en la comisión de los hechos, así como a quienes dieron la orden de tales procedimientos en el nivel jerárquico superior y autorizaron el pago de recompensas con cargo al presupuesto nacional.

Considera inaceptable lo acaecido, pues luego de recibida la información el comandante del batallón debió reunir al estado mayor, y después de aparecer los cadáveres y ser entregados a la Fiscalía fue que se firmó la orden, según lo declararon el general Suárez y el coronel Mora.

Indica que si bien la sentencia de segunda instancia no se refiere al delito de falsedad respecto del coronel CASTRO, se trata de un error que debe ser corregido.

Para concluir informa que en el año 2013 la Procuraduría dispuso la destitución de las 7 personas que intervinieron en los delitos aquí investigados.

5. Intervención del Ministerio Público

La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal comienza por señalar que las solicitudes del representante de las víctimas, esto es, el perdón, el monumento a las víctimas y la publicación de los hechos y sus responsables, deben debatirse en el marco del incidente de reparación, y recuerda que las entidades que deberían cumplir tales exigencias no han sido vinculadas a este asunto.

Respecto de la motivación de los fallos, advierte que en ellos se citan las pruebas para arribar a la responsabilidad de los procesados, quienes fueron acusados como coautores materiales impropios y así fueron condenados, luego el reparo no debe prosperar.

De otra parte manifiesta que la situación de orden público que se vivía en la región de Cimitarra no permite por sí sola librar una orden de operación con base en una información anónima clasificada como C3 no inmediata, de regular aceptación y con necesidad de verificación, lo cual no se adelantó, violando de tal manera el ciclo de inteligencia dispuesto para tomar debidas decisiones que no lesionaran personas o a los miembros del mismo ejército, de modo que la censura no debe tener éxito.

En cuanto al análisis dogmático del delito de desaparición forzada de personas expone la Procuradora Delegada que tal punible deja a la familia y a la sociedad en absoluta ignorancia sobre la suerte de la víctima. Precisa que el iter criminis está integrado por varios pasos, el primero, la aprehensión o secuestro que sustrae a la persona; el segundo, su traslado a sitios clandestinos; tercero, su desaparición, pues deja de conocerse qué pasó con la víctima; y cuarto, se impide al retenido el uso de garantías o recursos.

Puntualiza que el referido delito requiere la participación o facilitación de miembros de organismos oficiales.

Entonces analiza que en este asunto se estableció que las víctimas salieron voluntariamente de Bogotá y llegaron a Cimitarra, determinadas por un ardid o engaño. Igualmente se probó que hubo comunicación del batallón militar con un tercero, sin demostrarse alguna privación de libertad, de modo que fueron ocultados los homicidios y por ello no se configura el delito de desaparición forzada de personas, es decir, debe prosperar el cargo postulado en tal sentido por la defensa.

Sobre los otros reparos manifiesta que se adhiere a los planteamientos de la Fiscalía en punto de los punibles de falsedad y peculado. En suma, solicita no acceder a las solicitudes del apoderado de las víctimas, casar parcialmente el fallo en el sentido de excluir el delito de desaparición forzada de personas y redosificar la pena.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. El delito de desaparición forzada de personas

En atención a que los defensores coinciden en considerar que no se cometió en este caso el delito de desaparición forzada de personas, postura que a la postre fue avalada por la Procuradora Tercera Delegada ante esta Colegiatura en la diligencia de sustentación del recurso extraordinario, procede la Sala a ocuparse inicialmente de tal aspecto, pues de tener éxito, el propósito de las censuras resultaría sustancialmente diverso.

1.1. Tipificación del delito de desaparición forzada de personas en Colombia

En el ámbito mundial se tiene que la desaparición forzada tiene como antecedente el Decreto “Nacht und Nebel” (noche y niebla) promulgado en Alemania el 7 de diciembre de 1941, en virtud del cual las personas bajo sospecha de poner en peligro la seguridad del Tercer Reich eran arrestadas al amparo de la noche y en secreto, para luego ser torturadas y desaparecidas sin dejar rastro y sin la posibilidad de obtener información sobre su paradero.

Aunque este fenómeno tiene carácter universal, en América Latina ha tenido ocurrencia en el siglo pasado, a manera de ejemplo, en El Salvador hacia 1930, en Guatemala a partir de 1963, en Chile en 1973, en Argentina en 1976, así como entre 1960 y 1990 en Uruguay, Brasil, Colombia, Perú, Honduras, Bolivia, Haití y México.

Existe consenso en que la referida conducta delictiva no sólo pretende la desaparición momentánea o permanente de determinados individuos, sino también un estado generalizado de angustia, inseguridad y temor, y por ello, resultan vulnerados, entre otros, los derechos a la vida, la dignidad humana, el reconocimiento de la personalidad jurídica, la libertad, la seguridad, y no ser objeto de torturas ni de otras penas o tratos crueles inhumanos o degradantes.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver en 1989 los casos hondureños de Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz, precisó que la desaparición corresponde a un delito de lesa humanidad y comporta la violación múltiple a distintos derechos consagrados en la Convención como la vida, la libertad y la dignidad humana, además, señaló que “La práctica de desapariciones, en fin, ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron, lo que significa una brutal violación del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4 de la Convención cuyo inciso primero reza: 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

Las Naciones Unidas en la Conferencia de Roma celebrada en julio de 1998, al adoptar el Estatuto de la Corte Penal Internacional, y con el objeto de proteger los bienes jurídicos mencionados, incluyó dentro de los crímenes de lesa humanidad la desaparición forzada en el artículo 7.2 literal i) definiéndola como “la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado” (subrayas fuera de texto).

Como viene de verse, la comunidad internacional ha reconocido que la desaparición forzada es un crimen gravísimo por ser un atentado múltiple contra derechos fundamentales del ser humano en cuanto supone la negación de un sinnúmero de actos de la vida jurídico-social del desaparecido, desde los más simples y personales hasta el de ser reconocida su muerte, situación que acarrea para los Estados el deber de adoptar medidas legislativas, administrativas, y de política para prevenir y

erradicar este crimen (Cfr. CC C-317/02).

Dado que Colombia no ha sido ajena a la práctica de la desaparición forzada, en el artículo 12 de la Carta Política de 1991 se dispuso que “nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, recogiendo básicamente lo establecido en el artículo 5° de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en la Convención de San José de Costa Rica.

Además, al no haberse dispuesto cualificación alguna para el sujeto activo que comete la desaparición, el constituyente estableció una prohibición de carácter general dirigida a todas las personas sin importar su calidad, ya sean agentes públicos o particulares, la cual resulta ser más amplia que la consignada en los instrumentos internacionales.

El 12 de abril de 2005 Colombia ratificó la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, que entró en vigor en 1996. En el artículo 2º de dicho instrumento se establece: “Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes” (subrayas fuera de texto).

A su vez, también el Estado colombiano ratificó la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas adoptada en Nueva York el 20 de diciembre de 2006 (aprobada mediante la

Ley 1418 del 1º de diciembre de 2010 y declarada exequible a través de sentencia C-620 del 18 de agosto de 2011). En el artículo 2º se dispone: “A los efectos de la presente Convención, se entenderá por ‘desaparición forzada’ el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley” (subrayas fuera de texto).

En el artículo 1º de la Ley 589 de 2000 por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura, se estableció en el capítulo correspondiente al delito de secuestro reglado en el Decreto 100 de 1980, un artículo 268 A, del siguiente tenor:

“Artículo 268A. Desaparición forzada. El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinticinco (25) a cuarenta (40) años, multa de quinientos (500) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.

“A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquel, y realice la conducta descrita en el inciso anterior” (subrayas fuera de texto).

A su vez el artículo 165 de la Ley 599 de 2000 señaló:

“Desaparición forzada. El particular [que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley] someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma,

seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1.000) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años.

“A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior” (subrayas fuera de texto).

En sentencia C-317 de 2002 la Corte Constitucional declaró inexecutable las expresiones entre corchetes y consideró executable el resto del precepto “bajo el entendido que no es necesario el requerimiento para dar información o de la negativa a reconocer la privación de la libertad, sino que basta la falta de información sobre el paradero de la persona” (subrayas fuera de texto).

1.2. Análisis dogmático del delito de desaparición forzada y el caso concreto

Ha dicho la Sala sobre el referido punible:

“No admite discusión que la desaparición forzada es una conducta punible de ejecución permanente, esto es, que desde el acto inicial, la retención arbitraria de la víctima, el hecho continúa consumándose de manera indefinida en el tiempo, y el límite final de ejecución del delito está dado por la terminación de ese estado de privación de libertad, ya porque de alguna manera se recupera ésta (el victimario la libera, es rescatada, etc.), ya porque se ocasiona su deceso.

“9. Si la persona es privada de su libertad de locomoción, luego de lo cual se le causa la muerte, no genera incertidumbre la comisión de dos conductas diferenciadas que, por

tanto, concurren, en tanto se presentan dos momentos, uno de retención y otro de muerte, pero es evidente que la primera deja de consumarse cuando se causa el homicidio. Pero la fijación de un momento cierto en el cual termina la consumación no descarta la existencia de la desaparición.

“10. La situación es diversa cuando solamente existe un momento, esto es, sucede la privación de libertad y no existe prueba alguna respecto de que se puso punto final a ese estado; por tanto, la desaparición continúa ejecutándose de manera indefinida en el tiempo y, así, el término de prescripción de la acción penal (cuando sea viable tal instituto) no comienza a correr, pues tal sucede exclusivamente cuando cesa la privación de la libertad, o, lo que es lo mismo, cuando deja de consumarse la desaparición” (CSJ.AP. 3 ago. 2011. Rad. 36563, reiterada en CSJ.AP. 11 sep. 2013. Rad. 39703) (subrayas fuera de texto).

La desaparición forzada constituye una violación múltiple de derechos fundamentales del ser humano tan grave que si se convierte en una práctica sistemática o generalizada puede calificarse como un crimen de lesa humanidad.

Sobre lo expuesto considera la Colegiatura que se hace necesario redefinir la comprensión que la jurisprudencia tiene del delito de desaparición forzada, específicamente en cuanto atañe a su culminación con la muerte de la víctima, como se pasa a dilucidar.

En efecto, en punto del bien jurídico objeto de protección corresponde a un delito pluriofensivo, pues no únicamente lesiona la libertad personal del individuo y su autonomía, sino que vulnera las garantías legales y constitucionales dispuestas para su protección, el acceso a la administración de justicia y el debido proceso, así como los derechos de sus familiares y la sociedad a saber de su paradero; también lesiona sus derechos al reconocimiento de su personalidad jurídica, el libre desarrollo de la

personalidad, la dignidad humana, su seguridad e integridad, no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, además de su derecho a la vida y que no se exponga a grave peligro, entre otros.

Los mencionados derechos conforman la más amplia noción de personalidad jurídica, que comprende la capacidad de la persona para ser titular de derechos y obligaciones, así como la exigencia y reconocimiento de su condición, de modo que cuando se desconoce tal carácter revela, de un lado, una situación de indefensión, y de otro, su negación como persona humana.

En tal sentido la Corte Constitucional (CC C-317/02) ha señalado que “la desaparición forzada es un crimen de lesa humanidad pues se trata de un atentado múltiple contra derechos fundamentales del ser humano en cuanto supone la negación de un sinnúmero de actos de la vida jurídico-social del desaparecido, desde los más simples y personales hasta el de ser reconocida su muerte” (subrayas fuera de texto).

Es pertinente señalar que el delito en comento exige que inicialmente la persona sea privada de libertad, “cualquiera sea su forma”, “seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley”, de modo que no se requiere que el individuo siga efectivamente privado de su libertad y ni siquiera es preciso que se encuentre con vida, pues se trata de la infracción del deber de brindar información sobre su aprehensión, su paradero o la ubicación de sus restos.

Al disponerse que se requiere la privación de la libertad “cualquiera que sea la forma”, es claro que la voluntad del legislador se orientó a establecer toda clase de procedimientos tendientes a conseguir tal restricción, sin que sea necesario un acto de violencia o arbitrariedad, al punto que inicialmente puede ser legítima la privación de libertad, como cuando se captura a alguien en virtud de orden judicial expedida conforme a

los cánones legales, pero luego se le desaparece y no se da cuenta a la familia y a la sociedad de su suerte.

Puede precisarse igualmente que dentro de tales procedimientos restrictivos de la libertad también está el engaño o ardid sobre la víctima, pues al ser inducida en error se coarta la posibilidad de decidir libremente como ser dotado de razón en su condición de persona, con mayor razón si el artificio las más de las veces la conducen a su ulterior desaparecimiento y muerte (Cfr. CSJ. AP. 11 sep. 2013. Rad. 39703).

De acuerdo con lo anterior, si bien para la consumación del delito de desaparición forzada se requiere la privación de libertad, la cual puede ser inicialmente legal y legítima (Cfr. CC C-317/02), seguida del ocultamiento del individuo, allí no se agota el comportamiento, en cuanto es preciso que no se de información sobre el desaparecido, se niegue su aprehensión, o se suministre información equívoca, sustrayéndolo del amparo legal.

En tal sentido, la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, aprobada por la Asamblea General de la ONU a través de Resolución 47/133 del 18 de diciembre de 1992, en su artículo 1-2 establece que “Todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia” (subrayas fuera de texto).

A su vez, en el artículo 17.1 de la normatividad citada se dispone que “Todo acto de desaparición forzada será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos” (subrayas fuera de texto).

De manera similar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de Belém do Pará establece en su artículo 3º que “Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima” (subrayas fuera de texto).

La convención mencionada en precedencia fue incorporada en el orden interno a través de la Ley 707 de 2001. Al conocer la Corte Constitucional (CC C-580/02) de su exequibilidad, señaló sobre el tópico abordado que “este delito debe considerarse como de ejecución continuada o permanente hasta que no se conozca el paradero de la víctima. Esta obligación resulta razonable si se tiene en cuenta que la falta de información acerca de la persona desaparecida impide a la víctima y a sus familiares el ejercicio de las garantías judiciales necesarias para la protección de sus derechos y para el esclarecimiento de la verdad: la persona sigue desaparecida” (subrayas fuera de texto).

Entonces, conforme a la normativa internacional citada, de la cual hace parte Colombia, puede concluirse que el delito de desaparición forzada de personas es permanente, no porque se cometa mientras la víctima se encuentre privada de su libertad, sino porque sigue consumándose durante todo el tiempo en el que sus captores no den razón de ella (su paradero con vida o la ubicación de su cadáver), nieguen su privación de libertad, o den información equívoca.

Si por ejemplo la víctima aparece con vida o se tiene noticia de su cadáver, cesa la consumación permanente del delito de desaparición forzada, no porque haya culminado la situación privativa de su libertad, sino porque cesa el deber de información. Desde luego, para el efecto indicado no basta con que aparezca el cuerpo de una persona, como ocurre con los NN, sino que se tenga certidumbre acerca de que el cadáver hallado corresponde al individuo desaparecido, pues mientras no haya una identificación adecuada de los despojos mortales, la incógnita acerca del paradero de la víctima continúa y la infracción al deber de información por parte de los perpetradores también se prolonga.

La Corte Constitucional en sentencia C-317/02, declaró inexecutable la expresión “perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley” que figuraba en el artículo 165 de la Ley 599 de 2000, declarando la exequibilidad de la parte restante del inciso “bajo

el entendido que no es necesario el requerimiento para dar información o de la negativa a reconocer la privación de la libertad, sino que basta la falta de información sobre el paradero de la persona” (subrayas fuera de texto).

Si la desaparición forzada de personas es un delito de ejecución permanente que tiene lugar a partir de cuando se incumple el deber de información sobre el destino de la persona privada de su libertad, hasta cuando sea satisfecha tal obligación, es acertado concluir que aún si la víctima fallece, el delito sigue consumándose hasta cuando se brinde información sobre su privación de libertad, la suerte que corrió o la ubicación de su cadáver identificado, pues sigue incumpléndose el referido deber.

Conforme a lo anterior, encuentra la Colegiatura que en este asunto sí se cometió el delito de desaparición forzada de personas, el cual inició el 4 de marzo de 2008 cuando un reclutador consiguió mediante engaño, y desde luego, coartando la libertad de Daniel Andrés Pesca Olaya y Eduardo Garzón Páez, que se trasladaran de Bogotá a Cimitarra, ciudad que no conocían, lugar en el cual fueron entregados a miembros del Batallón Rafael Reyes, quienes luego de poner en marcha la Operación Táctica Marfil, supuestamente ordenada por el Coronel CASTRO PINTO para conjurar el secuestro de una persona en la vereda El Brasil, los obligaron a colocarse sobre sus prendas civiles uniformes camuflados, les dispararon causándoles la muerte y los reportaron como NN dados de baja en combate.

Dicho comportamiento cesó cuando el 28 de agosto de la misma anualidad los familiares de los occisos tuvieron noticia de su fallecimiento y del lugar en el cual se encontraban los cadáveres, a donde concurrieron a reconocerlos, sin que se trate de lo que sarcásticamente llaman los defensores “desaparición forzada de cadáveres”, pues como ya se dijo, es preciso tener en cuenta el criterio de la normativa internacional sobre el particular.

2. Los cargos por violación indirecta

Como los defensores de los recurrentes en casación en este asunto coinciden en solicitar que en la ordenación de los reparos se de prelación al denunciado quebranto indirecto de la ley sustancial derivado de múltiples yerros en la apreciación de las pruebas, sobre la invalidación del fallo, pues en caso de prosperar aquél comporta la declaración de inocencia de los acusados, mientras que la segunda conlleva el proferimiento de una nueva sentencia debidamente motivada, a ello se accede, en cuanto acerca de la inteligencia del principio de prioridad frente a decisiones casacionales absolutorias ha dicho la Colegiatura (CSJ SP, 10 jun. 2008. Rad. 28693):

“Como quedará evidenciado más adelante, el cargo por violación directa postulado por el actor prosperará, de manera que habrá de casarse la sentencia impugnada para, en su lugar, absolver al procesado. En esas condiciones, la Sala encuentra innecesario ocuparse de la censura formulada al amparo de la causal tercera de casación” (subrayas fuera de texto).

Entonces, procede la Corporación a pronunciarse sobre los diversos errores de apreciación probatoria denunciados por los defensores, como sigue.

En cuanto atañe a que se dio por hecho que “las dos víctimas viajaron de Bogotá a Cimitarra, en compañía de una tercera persona”, encuentra la Sala que de una parte, olvidan los demandantes la declaración de Jonathan Prieto Cubillos, hermano de Sandra Londoño Cubillos, con quien Daniel Pesca (víctima) tenía una relación sentimental paralela a la que sostenía con Kelly Johana Ruiz Alfonso, el cual manifestó que días antes de la desaparición, estando en casa de Daniel llegó Eduardo Garzón en compañía de un individuo, oportunidad en la cual salieron los tres y le informaron que se demorarían unos días en regresar, es decir, puede establecerse la presencia de un tercero

no identificado.

A su vez, no tienen en cuenta los casacionistas el análisis link obrante en la actuación, con fundamento en el cual se acreditó que el usuario de un abonado celular correspondiente al número 3142841781, realizó llamadas desde el día 3 de marzo de 2008 a otros teléfonos móviles, de los cuales se establecieron comunicaciones con el celular de Eduardo Garzón.

Además, lo más importante, es que fue demostrado técnicamente que el 4 de marzo de 2008, es decir, el día en que los occisos viajaron de Bogotá a Cimitarra, el referido número celular recibió llamadas cuando se encontraba en diversas poblaciones ubicadas en el mismo trayecto y al amanecer del 5 de marzo se comunicó con los celulares del sargento Jesús Niampira y de los soldados Nelson Ospina Tabares y Juan Carlos Álvarez, quienes realizaron la denominada Operación Táctica Marfil que culminó con la muerte de Daniel Andrés Pesca Olaya y Eduardo Garzón Páez.

En efecto, Oscar Ramírez, Investigador de la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía expuso que el celular de Daniel Pesca el día de los hechos estaba inactivo o descargado, pero el de Eduardo Garzón recibió en la mañana del 4 de marzo de 2008 llamadas cuando estaba en el Terminal de Transporte de Bogotá y en la noche recibió tres llamadas estando en Cimitarra, lugar en el cual también estaba su interlocutor del 3142841781, abonado que el 4 de marzo recibió varias llamadas encontrándose en Bogotá, Cajicá, Chiquinquirá, Vélez, Landazuri y Cimitarra, y en la madrugada del día siguiente recibió llamadas de los celulares del sargento Niampira y de los soldados Juan Carlos Álvarez, y Nelson Ospina.

Si bien no se ha identificado al usuario del abonado celular 3142841781, de dicho número se realizaron llamadas días previos a los sucesos a otros móviles que a la postre se comunicaron con el celular de Eduardo Garzón, amén de que en los días siguientes del

mes de marzo, e inclusive en abril, se continuó comunicando con el móvil del sargento Niampira.

Al respecto relató con precisión Oscar Armando Pinzón, Investigador criminalístico con experiencia en análisis link, que del abonado 3142841781 se efectuaron llamadas a Eduardo Garzón el 4 de marzo de 2008 a las 22:33, 22:48 y 22:59, con origen y destino en Cimitarra. A su vez, el soldado Nelson Ospina llamó a dicho número el 4 de marzo a las 12:14 y a las 13:23, estando el destino en Chiquinquirá primero y luego de Barbosa.

También señaló que el soldado Juan Carlos Álvarez se comunicó con el mismo número el 4 de marzo a las 19:42 y 21:03 con origen en Cimitarra y destino Landazuri, y a las 22:06 y 23:05, y a las 3:55 y 4:20 estando ambos interlocutores en Cimitarra. Adicionalmente, el usuario del abonado 3142841781 se comunicó con el soldado Álvarez el 4 de marzo de 2008 a las 23:18 y 23:30 estando ambos en Cimitarra, y el 5 de marzo a las 2:31, 2:56, 3:06, 3:38 y 18:12 encontrándose los dos en la citada municipalidad.

Destacó el mencionado declarante que el sargento Niampira se comunicó con el número ya referido el 3 de marzo de 2008 a las 19:44 y recibió llamada a las 16:30 del 5 de marzo. Además, se pudo establecer que el usuario del mencionado abonado permaneció en Cimitarra hasta el 6 de marzo de 2008 pues a las 3:12 realizó una llamada desde allí, y para las 14:54 del mismo día ya estaba de nuevo en Bogotá.

De lo anterior resulta incuestionable colegir la presencia de un tercero, quien se desplazó junto con Daniel Pesca Olaya y Eduardo Garzón Páez de Bogotá, su ciudad de residencia, hasta Cimitarra donde tendría lugar el fatal desenlace, muy probablemente desempeñando el rol de reclutador de las inocentes víctimas, según ha sido definido en patrones propios de esta clase de delincuencia, como más adelante se verá.

Sin dificultad se deduce del análisis link que dicho tercero arribó junto con las

víctimas a Cimitarra el 4 de marzo y permaneció allí hasta el día siguiente a la ejecución de aquellas, para regresar a Bogotá, de modo que la queja de los casacionistas resulta infundada.

Acerca de que el a quo supuso “que los documentos de identificación de las víctimas fueron destruidos para dificultar su identificación y de tal manera obtener su ocultamiento”, considera la Sala que en verdad no se trata de una suposición, toda vez que en la diligencia de levantamiento de los cadáveres no se da razón de los documentos de identificación de Daniel Andrés Pesca Olaya y Eduardo Garzón Páez, amén de que Omar Enrique Pardo, Sepulturero en Cimitarra, declaró que al recibir los cuerpos para su inhumación, el Ejército no le entregó las ropas ni los documentos de los occisos para su destrucción.

En consecuencia, si según las reglas de la experiencia los documentos de identificación son portados consigo por las personas, y si en este caso las víctimas, luego del contacto con miembros del Ejército fueron halladas sin ellos y tampoco fueron entregados al sepulturero, de manera diáfana puede concluirse que quienes ilegalmente los atacaron retiraron sus documentos para dificultar su identificación, máxime si fueron reportados como NN (non nominatus) delincuentes dados de baja en combate.

Con relación a que fue supuesta “la existencia de un acuerdo criminal, para poder vincular como sujetos responsables (sic) a nuestro defendido coronel Castro Pinto, contra el que no existe ninguna prueba que lo vincule como partícipe de los hechos delictivos motivo de investigación”, encuentra la Sala que el esfuerzo emprendido por la defensa en punto de criticar el acervo probatorio no tiene vocación de éxito, pues al igual que la defensa del teniente VILLANI REALPE, pretende atacar insularmente los medios de prueba, sin adentrarse a constatar la especie de delincuencia por la cual se procede, en cuanto es claro que se trata de la comisión de dos 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 proceder manifiestamente delictivo, que no sólo comporta la vulneración de los bienes jurídicos de la libertad personal, la vida, la administración y la fe pública, sino que evidencia 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.

Piénsese por ejemplo en el individuo que en su vehículo encendido espera frente a un banco a los perpetradores de un hurto para asegurar su huida, caso en el cual, en el ámbito rigurosamente objetivo el quehacer de aquél sería irrelevante, en cuanto no es punible estacionarse frente a una entidad bancaria, pero, al ponderar el cuadro conjunto en contexto podrá advertirse que su acción hace parte de un delito acordado entre varios, y a ello se circunscribe su aporte.

Sobre la queja del casacionista, Oscar Ramírez, Investigador de la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía declaró que pudo acreditarse que a las 7:00 de la noche del 4 de marzo de 2008 se reunieron el coronel CASTRO PINTO, el teniente VILLANI, el sargento Niampira y los soldados Álvarez, Tabares y Puentes, oportunidad en la cual se impartieron instrucciones, y el procedimiento comenzó entre la una y las dos de la madrugada.

Es claro, que si bien la defensa pretende aducir que tal reunión estuvo amparada

por la legalidad y en su desarrollo fueron impartidas órdenes legítimas para confrontar a unos delincuentes que se aprestaban a cometer un secuestro, según la información de fuente anónima y no verificada de la que dio cuenta el sargento Niampira al teniente VILLANI y este a su vez al coronel CASTRO PINTO, lo cierto es que todas las irregularidades acaecidas en torno a la Operación Táctica Marfil descartan la supuesta ajenidad de los procesados CASTRO y VILLANI con el ilícito proceder.

Aquí cobran especial importancia los testimonios del coronel Carlos Eduardo Mora, Jefe de Estado Mayor del Ejército, y del mayor general Carlos Arturo Suárez, sobre la forma en que deben ser adelantados ciertos procedimientos al interior de la organización castrense.

A partir de la declaración del coronel Mora, quien es capacitador en políticas y defensa, así como en orientación de temas relacionados con planeación, conducción y desarrollo de actividades militares, puede colegirse que en la denominada Operación Táctica Marfil se cometieron evidentes irregularidades.

Así pues, resulta curioso, por decir lo menos, que para confrontar a cuatro supuestos delincuentes quienes cometerían un secuestro, el coronel CASTRO PINTO envió al sargento Jesús Eduardo Niampira Benavidez como comandante, y a los soldados Nelson Ospina Tabares, Germán Augusto Oliveros Tabares, Juan Carlos Álvarez y Benancio Puentes Guapacha, sin organizar sincrónicamente un grupo de apoyo y otro de reserva, como siempre debe ser dispuesto conforme a los reglamentos y la doctrina castrense, según lo declaró el coronel Mora.

Tampoco el coronel CASTRO PINTO y el teniente VILLANI procedieron a verificar la veracidad de la información recibida sobre el posible secuestro de una persona en la vereda El Brasil, es decir, no se efectuó ningún análisis de inteligencia, ni en el terreno, no se estableció el poder relativo de combate del enemigo,

según lo expuso el coronel Mora, y ni siquiera se tuvo en cuenta la cuantificación del enemigo para enfrentarlo, pues no resulta conforme a la doctrina militar que cuatro delincuentes sean combatidos con un sargento y cuatro soldados, máxime si quien comandaba la operación pertenecía a la Unidad de Inteligencia y por tal razón no podía intervenir en procedimientos como el que aquí se dispuso.

Según lo dijo el coronel Carlos Eduardo Mora, es claro que las personas no son determinadas como objetivos sino como un blanco listo de ataque siempre que generen actitud hostil contra el Estado, y es en esa reacción que se desencadena el uso de la fuerza y la muerte en combate, situación que no tuvo ocurrencia en el caso de la especie, toda vez que las víctimas fueron objeto del ataque por parte de miembros del Ejército, sin que hubieran disparado las armas que se dijo portaban.

Recuérdese que Franklin Muñoz, perito químico de la Fiscalía refirió que no encontró en las manos de las víctimas residuos compatibles con disparo de arma de fuego; a su vez, Norma Cristina López, perito balístico del Cuerpo Técnico de Investigación expuso que al analizar los protocolos de necropsia, la inspección al lugar de los hechos y sus hallazgos, amén de las versiones de los soldados, concluyó que las heridas de las víctimas no corresponden a las propias de un combate, que ninguno de los procesados asume una posición o trayectoria que explique los orificios en los cuerpos de los occisos, y que estos no murieron en el lugar señalado como aquél en el cual ocurrieron los hechos.

Sobre la misma temática, Amparo Arias, oficial de inteligencia del DAS, declaró que si bien las armas se encontraron cerca de la mano derecha de las víctimas y ambas eran diestras, lo cierto es que las pistolas eran inservibles por estar atascadas; agregó que no es concordante la presencia de un cartucho de 9 mm no percutido en el lugar de los hechos, de lo cual puede deducirse que la escena fue manipulada, además de que no resulta lógico que las víctimas no hubieran accionado la granada para superar el ataque de

la tropa.

Concluyó que la escena de los hechos no corresponde a un evento efectivo de enfrentamiento sino a una escenificación, máxime si los occisos tenían sus prendas particulares debajo de las militares y el cinturón estaba en el pantalón de abajo y no en el camuflado.

Por su parte, Cristian Villabona, miembro del Cuerpo Técnico de Investigación quien ejerce funciones de balística aseveró que las armas halladas cerca de los cadáveres no eran aptas para ser disparadas y estaban en mal estado de conservación, amén de que una de ellas presentaba daños en la corredera, pues estaba atascada.

Luis Fernán Arbeláez, médico forense del Instituto de Medicina Legal declaró que los cadáveres venían con prendas militares masculinas sobre la ropa de civil, cuyos orificios coincidían con los hallados en los cuerpos; que los uniformes no contaban con el olor fuerte característico de la ropa de los combatientes y las botas estaban limpias con la suela nueva.

A partir del testimonio del mayor general Carlos Arturo Suárez consigue establecerse que en la Operación Táctica Marfil no se aplicó el ciclo de inteligencia por parte del teniente VILLANI, es decir, se basó en una supuesta información, pero no en inteligencia; adicionalmente, quienes conformaron el grupo no se encontraban registrados en el orden del día, y no aparecen anotaciones sobre su entrenamiento especial, además de que no se dispuso de los equipos de ataque, de apoyo y reserva debidos, con mayor razón si con un entrenamiento normal un soldado no puede hacer parte de un grupo especial.

Igualmente destacó el general Suárez que resulta ilógico que un informante indique coordenadas exactas de los presuntos delincuentes y dos días más tarde aparezcan

dichas personas muertas en el mismo lugar.

También se acreditó con dicho declarante que no hay soportes de los resultados de la infiltración previa en la zona, y aún más grave, que los registros dan cuenta del desplazamiento de dos suboficiales y ocho soldados, cuando en realidad fueron un sargento y cuatro soldados, rompiéndose una organización que no contaba con reserva, ni análisis del poder relativo de combate, máxime si la movilización debió efectuarse por lo menos en dos vehículos.

En efecto, Oscar Ramírez, investigador de la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía expuso que al practicar inspección judicial al Batallón Rafael Reyes de Cimitarra pudo constatar que las coordenadas anotadas en la Misión Táctica Marfil coinciden con aquellas en las cuales acontecieron los hechos, y que el GRULOC al mando del sargento Niampira no se encontraba en realidad conformado como se disponía en la orden de operaciones.

El mismo declarante refirió que en la orden del día del 7 de marzo de 2007 se reseña la felicitación del Comando del Batallón por los resultados de la Operación Táctica Marfil, para el teniente EDUARD ANTONIO VILLANI, el sargento Niampira y los soldados Nelson Ospina Tabares, Juan Carlos Álvarez, Benancio Puentes Guapacha y Germán Augusto Oliveros Tabares.

Señala que encontró un certificado de consumo de material de guerra por munición gastada correspondiente a cuarenta y ocho cartuchos, firmado por el coronel WILSON JAVIER CASTRO PINTO como comandante del Batallón y halló en el libro Diario Operacional que el 5 de marzo de 2008 comenzó a las cero horas la Operación Táctica Marfil integrada por dos oficiales, dos suboficiales y ocho soldados, registrándose a las 5:20 de la mañana el resultado con dos cadáveres, dos pistolas, cartuchos y una granada de mano.

Igualmente observó que en el libro de Entrada y Salida de Vehículos Militares del Batallón Rafael Reyes no aparece ningún registro entre las cero horas y las dos horas del 5 de marzo de 2008, en la Minuta de Guardia tampoco aparece registrada la salida de grupo alguno el 5 de marzo de 2008 y en el libro Oficial Cot del Batallón Rafael Reyes no aparece la Operación Táctica Marfil del 5 de marzo de 2008.

Como viene de verse, resulta incuestionable que el sargento y los soldados integrantes del grupo encargado por el coronel CASTRO PINTO de la Operación Táctica Marfil no fueron atacados por persona alguna, de modo que no medió combate, y se trató simple y llanamente de la ejecución de dos personas llevadas desde Bogotá a Cimitarra.

Ahora, si bien los defensores aducen que tal proceder delictivo era desconocido por el coronel CASTRO y por el teniente VILLANI, lo cierto es que las referidas irregularidades en la conformación del grupo y las inconsistencias ya señaladas, permiten concluir en grado de certeza que también ellos sabían de la comisión de la desaparición de las víctimas, su muerte violenta, así como del pago a un informante que desmintió haber dado información alguna y haber recibido dinero.

Sobre el particular se tiene que Wilson Pedraza, en el 2008 laboraba como informante del Ejército. Negó en su declaración haber suministrado información alguna sobre la vereda El Brasil y recordó que el soldado Guillermo Pacheco fue hasta su casa el 11 o el 12 de marzo de 2008, para que firmara un acta de pago de recompensa, por lo cual recibió \$20.000.00, y en el mes de octubre el sargento Niampira lo contactó a través de un militar de apellido Guarín para que diera una versión ante los investigadores, y posteriormente le dio \$100.000.00 para que preparara con un abogado su declaración, y fue sólo hasta cuando se le incluyó en el programa de protección que decidió decir la verdad, esto, es, que nada informó y no recibió el \$1.500.000 de recompensa.

En suma, contrario a las alegaciones de la defensa, encuentra la Corte que al coronel CASTRO PINTO no se le procesa por haber incumplido la doctrina militar y los manuales castrenses, y tampoco al teniente VILLANI se le condenó por no haber efectuado el ciclo de inteligencia o por irregularidades en torno a la verificación de la supuesta información recibida, pues precisamente tan grotesco incumplimiento de exigencias mínimas en un procedimiento como el que se dice se desarrolló con la Operación Táctica Marfil, lo que permite colegir es que tenían conocimiento pleno del irregular proceder que disfrazado de legalidad se adelantaría, es decir, su intervención tiene lugar como coautores de los delitos de desaparición forzada, homicidio agravado y peculado por apropiación, correspondiéndoles el rol de disfrazar de legitimidad la ilegal operación.

De otra parte se tiene que razón asiste a los casacionistas al destacar la existencia de pruebas acerca de la delincuencia que posiblemente azotaba al municipio de Cimitarra por la época de los hechos, no obstante, tales elementos de juicio no permiten concluir que en este caso se adelantó un procedimiento legal, y que el Ejército reaccionó causando dos bajas dada la agresión de los delincuentes – como lo pretende la defensora del teniente VILLANI –, pues como ya se estableció con suficiencia a través de la prueba técnica, no hubo confrontación armada, y las víctimas no eran delincuentes sino ciudadanos conducidos mediante engaño desde Bogotá a Cimitarra con el propósito de causarles la muerte y luego reportarlos como un triunfo del Ejército.

En consecuencia, inane resulta ponderar la declaración de Rodolfo Velasco, agricultor de la vereda El Brasil, quien dijo que recibió llamadas extorsivas 15 días antes de las muertes objeto del proceso de lo cual informó al Ejército, así como el testimonio de Nidia Velasco, hija de aquél, la cual dijo que recibió las llamadas en las cuales exigían a su padre el pago de dinero en diciembre de 2007 y enero y febrero de 2008.

Si bien el defensor aduce que de no haber acaecido falsos juicios de existencia por omisión, se podría advertir la “atipicidad de las conductas de desaparición forzada agravada y homicidio agravado, respecto del coronel Wilson Javier Castro Pinto”, encuentra la Sala que el planteamiento es inconsistente, pues de una parte, según atrás se analizó, está demostrada la tipicidad de los referidos punibles, y de otra, también se encuentra acreditada la responsabilidad del coronel en su comisión, lo cual se deduce de las múltiples irregularidades que rodearon los momentos previos, de ejecución y de reporte de la Operación Táctica Marfil.

Con relación al falso juicio de legalidad que el defensor del coronel CASTRO dice recayó al ser consideradas declaraciones rendidas dentro de la investigación administrativa del Ejército, sin la presencia de la defensa y sin que hubieran podido ejercer respecto de ellas el derecho constitucional de contradicción, considera la Sala que la queja resulta imprecisa, pues no fue con base en tales medios de convicción que se edificó el fallo de condena, sino a partir de otros elementos probatorios recepcionados en el debate oral.

En cuanto atañe a que los occisos no vivían en Soacha, sino en el barrio El Carmen en Bogotá, encuentra la Corte que tal imprecisión resulta irrelevante, pues lo que se pudo comprobar en grado de certeza es que estando en Bogotá se transportaron hacia Cimitarra en compañía de un tercero que actuó como reclutador.

Conforme a las precisiones efectuadas en punto del análisis dogmático del delito de desaparición forzada de personas, es claro que en este asunto las víctimas fueron desaparecidas entre el 4 de marzo y el 28 de agosto de 2008, esto es, desde el momento en que se les privó de su libertad al ser objeto de engaño por parte del reclutador que las condujo desde el terminal de Bogotá hasta Cimitarra, para luego llevarlas a la vereda El Brasil donde es razonable concluir que fueron obligadas a colocarse los uniformes camuflados sobre su ropa de civil y calzar botas, toda vez que se trata de una zona con

altitud de 200 metros sobre el nivel del mar, con una temperatura promedio de 32 grados centígrados.

Tal desaparición culminó el 28 de agosto de 2008 cuando los familiares de las víctimas son enterados de la ubicación de los cadáveres identificados, pues en el entretanto sus cuerpos fueron inhumados como NN, y el Ejército los reportó como delincuentes dados de baja en combate.

En efecto, Kelly Johana Ruiz Alfonso, compañera de Daniel Pesca y madre de sus dos hijos menores, declaró que fue hasta el 28 de agosto de 2008 cuando de Medicina Legal la llamaron, le mostraron su foto y le dijeron que había muerto en combate con el Ejército en Cimitarra, de manera que dado el ámbito de protección del delito de desaparición forzada de personas conforme a la normativa internacional vinculante para Colombia, no puede asumirse, como impropriamente lo plantean los defensores, que las instancias crearon el “delito de desaparición forzada de cadáveres”.

Debe reiterarse que si la privación de libertad propia de la desaparición forzada de personas, por mandato legal, se sanciona “cualquiera que sea su forma”, no se llama a discusión que dentro de tal posibilidad se encuentra el engaño o ardid sobre las víctimas, en la medida en que las induce en error y a partir de ello les coarta las posibilidades de adoptar decisiones y movilizarse con la libertad consustancial a la persona humana, máxime si tal inducción es aprovechada para conducirlas a su ejecución (En sentido similar CSJ.AP. 11 sep. 2013. Rad. 39703).

Dicho en otros términos, si las víctimas fueron engañadas por un reclutador para trasladarse de Bogotá a Cimitarra, considera la Sala que cuando emprenden tal camino se encuentra coartada su libertad, no mediante violencia, arbitrariedad o total sometimiento, como puede resultar una práctica común al delito de desaparición forzada (así lo plantean la defensa y el Ministerio Público) sino como una “forma” de

privación de su autonomía, conforme al amplio espectro que dispuso el legislador sobre el punto, para acto seguido no cumplir con el deber de información, sino por el contrario, suministrar información falsa al reportar a los occisos como NN delincuentes dados de baja en combate.

En lo relativo a que el coronel CASTRO no tuvo contacto telefónico con las víctimas y que se trató de unos delitos preparados por los subalternos a espaldas de sus superiores, considera la Colegiatura que tal planteamiento no consigue acreditar la pretendida inocencia del acusado, toda vez que si bien probablemente no se comunicó con las víctimas, es claro que en el instituto de la coautoría material impropia no es necesario que quienes intervienen realicen toda suerte de comportamientos, sino que realizan un aporte, en este caso, dar apariencia de legalidad a un procedimiento manifiestamente ilegal, al expedir verbalmente una orden de operaciones sin sujeción a las más mínimas exigencias definidas en los manuales y la doctrina castrense, de lo cual se deduce, de una parte, que en verdad CASTRO y VILLANI tenían conocimiento de los delitos que cometerían sus secuaces, y de otra, que colocaron su aporte decidido en procura de dar apariencia de legalidad a un procedimiento que comportó la muerte de inermes ciudadanos engañados, el falso pago de un dinero a un informante que no suministró información alguna con relación al coronel CASTRO y el teniente VILLANI, y la obligada falsificación del documento que daba cuenta del supuesto pago de la información, respecto del último de los nombrados.

Es cierto, como lo señala la defensa, que no obra en el plenario testimonio alguno acerca de que en la reunión realizada a las siete de la noche del 4 de marzo de 2008 entre el coronel CASTRO PINTO, el sargento Jesús Eduardo Niampira Benavidez, y los soldados Nelson Ospina Tabares, Germán Augusto Oliveros Tabares, Juan Carlos Álvarez y Benancio Puentes Guapacha, aquél hubiera ordenado la comisión de los homicidios, no obstante, no debe perderse de vista que en la decisión definitiva de casos como el de la especie, cobran vital importancia los indicios, pues

es claro que tanto el acuerdo criminal para cometer esta clase de graves punibles, como su ejecución, pretenden beneficiarse del secreto, el sigilo y la oscuridad para conseguir no únicamente la impunidad, sino mostrar el resultado como conforme a derecho.

En tal cometido, como atrás se planteó, se encuentran suficientemente demostradas las variadas irregularidades que rodearon los antecedentes, preparación y ejecución de la Operación Táctica Marfil, a partir de lo cual se puede colegir que si el coronel CASTRO y el teniente VILLANI no eran neófitos en tales lides, no hay duda que su aporte consistió en disfrazar de legalidad un procedimiento ilegal que era de su conocimiento, y es por ello que no se constató la veracidad de la supuesta información inicial, la orden se expidió verbalmente, se enviaron pocos hombres en un solo vehículo sin guardar relación numérica con los posibles delincuentes, se registraron más intervinientes de los que efectivamente participaron (dos suboficiales y ocho soldados, cuando en realidad fueron un sargento y cuatro soldados), no se procedió a verificar el ciclo de inteligencia, se envió como comandante a un sargento de inteligencia, no se dispusieron equipos de apoyo y reserva y no fueron enviados soldados que tuvieran un entrenamiento especial.

Impera señalar que razón le asiste al defensor del coronel CASTRO PINTO al decir que tiempo atrás habían sonado los “falsos positivos de los muchachos de Soacha” (divulgados a finales de 2008), y frente a la noticia de otro “falso positivo” hubo mucho revuelo publicitario y noticioso.

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", "generalmente las víctimas fueron atraídas bajo falsas promesas por un reclutador hasta una zona remota donde eran asesinadas por soldados, que informaban luego 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 ponderados 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 lograron la conducción de dos personas de Bogotá a Cimitarra, a las cuales causaron la muerte, sin más, reportándolas como dadas de baja en combate al pertenecer a bandas criminales de secuestradores, y tanto menos, que se pretenda avalar la pretendida legalidad de la operación táctica a todas luces inconsistente, como lo sugiere la defensora del teniente VILLANI, al decir que existen dudas acerca de la antijuridicidad de los homicidios, pues quienes los cometieron procedieron en cumplimiento de una orden dentro de la más estricta legitimidad en el marco de un combate, planteamiento en abierta negación de una realidad incuestionable que se tomó a Colombia, especialmente en el año 2008, todo lo cual corresponde a hechos notorios ampliamente difundidos en detalle por los medios de comunicación y conocidos por la opinión pública, de los cuales no pueden sustraerse los jueces, ni tanto menos la Corte Suprema de Justicia.

Si bien, como lo manifiesta el defensor del coronel WILSON JAVIER CASTRO, la responsabilidad penal es individual, sin que el comandante de un batallón 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 tanto al coronel CASTRO, como al teniente VILLANI y los soldados que realizaron la operación, los primeros ocupándose de dar visos de legalidad al procedimiento, los otros coordinando la conducción mediante engaño de las víctimas desde Bogotá a Cimitarra para luego forzarlas a vestir encima de su ropa camuflados, causarles la muerte, reportarlas como dadas de baja y fingir que se pagó a un informante para dar sustento a la ilegal operación, es decir, todo se acordó, inclusive, que el sargento Niampira solicitara al soldado Pacheco le diera a Wilson Pedraza González \$20.000 pesos para que firmara el recibo de \$1.500.000, luego es evidente que los acusados son responsables de tal delito contra la administración pública.

En tal contexto, el coronel CASTRO no únicamente sabía de las ejecuciones, sino del falso pago al supuesto informante que a la postre estructura el delito de peculado por apropiación, y es allí donde cobra sentido lo expuesto por el coronel Mora Gómez, al referir que el comandante de Batallón tiene la responsabilidad institucional, pues para ello tiene sus “tentáculos de control” en cabeza de su ejecutivo, comandantes y organización piramidal, amén de que tiene injerencia en el manejo administrativo, y que si bien a la Sección Administrativa de la Sección Segunda corresponde el pago de dineros por información brindada, aquél tiene que realizar los correspondientes controles sobre tales pagos, con mayor razón si dicha dependencia diseña un plan de gastos que es aprobado por el ejecutivo y revisado por el comandante.

En cuanto atañe al teniente VILLANI encuentra la Colegiatura que hacía parte del complot, pues también dio viso de legalidad a la supuesta información suministrada por el sargento Niampira, no adelantó la constatación y ciclo de inteligencia pertinente, participó en la reunión donde se acordaron los detalles de la Operación Táctica Marfil y, tal como lo destacó la Fiscalía en su intervención dentro de este trámite, firmó el acta de pago irregular de recompensa a un informante.

Así pues, Oscar Ramírez, Investigador de la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía expuso que al practicar inspección judicial al Batallón Rafael Reyes de Cimitarra encontró el Acta No. 14 del 12 de marzo de 2008, firmada por el teniente VILLANI, que reseña el pago de \$1.500.000.00 a Wilson Pedraza como informante de la ubicación de quienes fallecieron en la Operación Táctica Marfil, con el cual tuvo contacto y le dijo que no recibió dicho dinero, según también lo expuso en el juicio oral.

Si bien la defensa del teniente VILLANI señala que no le correspondía mando de tropa y únicamente se ocupó de evaluar, analizar y clasificar la información, no ordenó la ejecución de la operación, no intervino en ella y no tiene que responder por sus resultados, además de que no se acreditó su participación en el traslado de las víctimas de Bogotá a Cimitarra, constata la Colegiatura, tal como se ha destacado en el desarrollo de esta providencia, que la alegación pretende analizar en forma descontextualizada y aislada el aporte de un coautor material impropio con división de trabajo, olvidando que precisamente el decidido y voluntario incumplimiento de las labores de verificación de la supuesta información reportada por el sargento Jesús Niampira Benavidez, la pretermisión del ciclo de inteligencia, la intervención en la reunión previa a la realización de la Operación Táctica Marfil y la posterior suscripción del acta de pago del falso informante, permiten colegir dentro del cuadro conjunto, que el teniente VILLANI REALPE, no solamente no era ajeno a los delitos cometidos, sino que aportó en punto de dar apariencia de legalidad a tan grave proceder.

Se reitera que si conforme a las reglas de la experiencia judicial y según lo dijo el Relator Especial para Colombia en el ámbito de las ejecuciones extrajudiciales, esta clase de delitos aprovechan la oscuridad, el sigilo y la alteración de las escenas para mostrar como legítimos los resultados en beneficio de las autoridades que los realizan, es claro que por regla general su demostración debe ser inferida por vía indiciaria, pues con muy contadas excepciones hay testigos o confesiones que permitan reconstruir los comportamientos.

Impera puntualizar que no basta en casación que la defensa encuentre una explicación insular a los procederes de cada uno de los coautores para intentar desvirtuar la atribución de responsabilidad, pues como ya se dijo, es preciso constatar todo el andamiaje, sin lo cual, el esfuerzo resultará vano y seguramente infructuoso.

No se trata de evaluar aisladamente el comportamiento individual de los procesados, sino de verificar si es cierto o no, que de los medios de prueba valorados conjuntamente puede concluirse que actuaron de consuno en un propósito común a través de división de trabajo.

Se ha demostrado en grado de certeza, que se trató del homicidio de dos personas llevadas mediante engaño desde Bogotá a Cimitarra, las cuales, luego de ser forzadas a vestir prendas de uso privativo de las fuerzas armadas sobre sus atuendos civiles, fueron conducidas a un lugar donde se les disparó causándoles la muerte, para posteriormente alterar la escena del suceso y mostrarlas como pertenecientes a bandas criminales que iban a cometer un secuestro y fueron abatidas en forma legítima en combate.

Ahora, argüir que la información inicial fue clasificada por Niampira como A1, pero al ser sometida a proceso fue reclasificada como información de inteligencia C3, es decir, que era muy probable su ocurrencia, no pasa de ser una pretendida alegación sofística e insular de un aspecto que en el contexto de los hechos investigados resulta inane, en cuanto es lógico que el sargento actuó de consuno con el teniente EDUARD VILLANI y el coronel WILSON CASTRO en cuanto éstos no tenían nada que verificar, pues si en realidad hubieran procedido como era su deber castrense a constatar la veracidad de la información y efectuar el debido ciclo de inteligencia, bien pronto habrían conseguido establecer que se trataba de unos individuos llevados mediante engaño de Bogotá, desarmados, no delincuentes y no dispuestos a realizar un supuesto secuestro.

No resulta conforme a las reglas de la experiencia creer que el sargento Niampira

Benavidez en forma individual decidió ponerse en contacto permanente con un reclutador de víctimas en Bogotá, suministró al teniente VILLANI REALPE la información de que cuatro hombres cometerían un secuestro en la vereda El Brasil, estuvo pendiente del traslado de los incautos a Cimitarra y luego en asocio de unos soldados les causó la muerte a espaldas de sus superiores, pues palmario se advierte que nadie correría tanto riesgo de ser descubierto, de no ser porque contaba con la anuencia de quienes tenían el deber de constatar la información y realizar el ciclo de inteligencia, pero decididamente no lo efectuaron, desde luego, por cuanto tenían conocimiento de qué estaba ocurriendo.

Aquí es oportuno recordar que Diego Alejandro Guarín, soldado en retiro, declaró que prestó sus servicios en el Batallón Rafael Reyes de Cimitarra, y que su baja se produjo porque se negó a obedecer una orden impartida por el teniente EDUARD ANTONIO VILLANI, por cuyo medio le imponía causar la muerte a un desmovilizado; también señaló que dicho superior lo presionaba para buscar testigos falsos y matarlos con el fin de presentar resultados operacionales.

Como el defensor del teniente VILLANI dijo en la audiencia de sustentación del recurso de casación que la coautoría militar es diferente de la coautoría entre particulares, pues existe jerarquía, considera la Sala que nuevamente la apreciación es errada por estar fuera de contexto, pues no hay duda que la referida jerarquía tiene sentido en la organización militar respecto de sus procederes legales y constitucionales, no así tratándose de urdir un acuerdo ilícito entre varios superiores y subordinados, caso en el cual media una división de trabajo respecto del plan delictivo común, como ya se ha dilucidado en este asunto.

También es cierto que cada militar confía en que los demás cumplen con su deber, y si algunos cometen un delito la responsabilidad no se hace extensiva a todo el batallón, pero lo que sucedió aquí, conforme a las pruebas debida y legalmente recaudadas, fue que

un coronel, un teniente, un sargento y cuatro soldados se pusieron de acuerdo para montar una puesta en escena que iba desde el supuesto reporte de una información, pasando por la pretermisión de su verificación, el reclutamiento de dos víctimas, la conformación de una operación táctica, la ejecución de aquellas, la información equivocada sobre su muerte y su reporte como NN, hasta el supuesto pago de quien suministró la información.

Se insiste, esta cadena era necesaria, pues si alguno de los coautores hubiera cumplido su deber constitucional y legal, con suma facilidad habría detectado el montaje, pero como no fue así, pues todos voluntariamente sabían de qué se trataba, las incorrecciones en sus proceder constituyeron su aporte a la empresa criminal.

Es pertinente señalar que tampoco la ponderación del anexo de inteligencia o de las pruebas documentales y testimoniales que dan cuenta de varios secuestros en el mismo año en esa zona, así como de la presencia de hombres que portaban uniformes camuflados, permite de alguna manera desdibujar la responsabilidad penal del teniente VILLANI, pues precisamente con base en ello se pretendió disfrazar la ilegal Operación Táctica Marfil.

Ahora, no es cierto lo dicho por la defensa del teniente VILLANI al señalar que no tenía el deber de verificar la información en cuanto no era de su competencia, pues el coronel Carlos Eduardo Mora Gómez fue preciso al declarar que el S2, en el cual se desempeñaba aquél, es la Sección de Inteligencia, cuya función es la de recolectar información, procesarla, analizarla, clasificarla, difundirla y entregarla al comandante para la realización de operaciones.

Es indeclinable precisar que en modo alguno se responsabilizó al teniente EDUARD VILLANI por la simple y llana omisión de reglamentos, pues el comportamiento imputado fue el de acordar la comisión de los delitos investigados, correspondiéndole pretermitir dolosamente el cumplimiento de sus funciones, en procura de dar un matiz de

legitimidad al resultado oprobioso que finalmente se produjo.

Las razones expuestas resultan más que suficientes para decidir que no prospera la casación por violación indirecta de la ley postulada y desarrollada por los defensores del coronel WILSON JAVIER CASTRO PINTO y el teniente EDUARD ANTONIO VILLANI REALPE.

3. Censura por deficiente o indebida motivación

Dado que la defensa de los recurrentes en casación reclama la invalidación del fallo por carecer de una debida motivación derivada de la impropia apreciación de las pruebas, es pertinente 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 ésta, el impugnante se encuentra 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 (Cfr. SC. 7 mar. 2012. Rad. 37047, entre otras).

En punto de la garantía de motivación de las decisiones, y con ella del debido proceso, el artículo 162 de la Ley 906 de 2004 señala los requisitos que deben contener los autos y sentencias, entre los cuales figura “la fundamentación fáctica, probatoria y jurídica, con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral”, de donde se desprende que si la sentencia carece de motivación, o ésta 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, y posiblemente imponga la validación 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 fallo (CSJ. AP. 28 feb. 2006, Rad. 24783). 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” (CSJ. SP. 22 may. 2003. Rad. 29756).

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 Sala (CSJ. SP. 31 mar. 2004. Rad. 17738) 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 segunda reglada en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004.

De tiempo atrás ha puntualizado la jurisprudencia que dentro de lo noción de falta de

motivación se incluye tanto la ausencia absoluta de motivación, como también la motivación deficiente, y la anfibológica; en la actualidad se prefiere la expresión “vicios o defectos de motivación”, por ser más exacta y comprensiva de las vicisitudes que pueden presentarse en el ámbito de la motivación de las sentencias.

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 tercera de casación en la citada normatividad procesal.

Una vez efectuadas las anteriores precisiones, considera la Sala que las quejas de los demandantes no pasan de sustentarse en desafortunadas lecturas fragmentarias de los fallos, pues aunque no corresponden a modelos paradigmáticos de lo que debe ser una sentencia, si explican cada uno de sus asertos y mantienen un hilo conductor suficiente para establecer qué se imputa a cada uno de los procesados, cuáles son las pruebas que los sustentan y cuál es la apreciación y valoración judicial de las mismas.

No en vano advierte la Colegiatura que en el extenso análisis realizado en el cargo anterior, a espacio se pudo constatar que tanto el a quo como el ad quem apreciaron en debida forma las pruebas, y que aquellas señaladas por los impugnantes como dejadas de valorar carecen de trascendencia en punto de la atribución de justicia cuestionada.

De la misma manera, en cuanto se refiere al denunciado falso juicio de legalidad sobre las pruebas derivadas de la investigación administrativa interna efectuada por el Ejército, encuentra la Corte que no radica en tales fuentes el sustento del fallo de condena, pues como a espacio se destacó se fundó en medios probatorios técnicos incorporados en la fase del juicio, así como en declaraciones practicadas en la misma etapa, de manera que la queja también resulta sin piso.

De otra parte, es desacertado afirmar que en los fallos no se sabe “cuáles son las pruebas demostrativas de su participación delictiva, ni de dónde surgen las conclusiones de responsabilidad en contra” del coronel CASTRO o del teniente VILLANI, dado que en el examen probatorio que se realizó en el cargo segundo, puede establecerse que las decisiones de primera y segunda instancia, tal como lo señalaron los Delegados de la Fiscalía y la Procuraduría durante su intervención como no recurrentes, cuentan con las exigencias dispuestas por el legislador para tal clase de providencias.

En cuanto a las consideraciones en punto de la comisión del delito de desaparición forzada de personas puede vislumbrar la Sala, que lo acaecido fue una disparidad de criterios entre la defensa y lo plasmado en las sentencias, la cual se dilucidó en las consideraciones de esta decisión.

Tampoco es cierto que no media “una relación causal entre el incumplimiento y vulneración de ciertos reglamentos o manuales administrativos y operacionales del Ejército, con la presunta responsabilidad deducida por los delitos por los que fue condenado”, pues según se puntualizó anteriormente, no se imputó a los recurrentes la simple y llana pretermisión de la doctrina y manuales castrenses, sino que complotaron con el sargento Niampira y los soldados para armar todo un andamiaje, en el cual aquellos tenían el cometido de dar apariencia de legalidad a la Operación Táctica Marfil, a lo cual procedieron decididamente mediante el incumplimiento voluntario de tales reglamentaciones militares, motivo por el cual tampoco es atinado decir que no se precisó si el coronel CASTRO y el teniente VILLANI actuaron “por acción, por omisión o por comisión por omisión”.

Acerca de la responsabilidad del coronel WILSON JAVIER CASTRO PINTO por el punible de peculado por apropiación es pertinente destacar que, contrario al esfuerzo insular y fragmentario de la defensa orientado a atacar una a una ciertas pruebas, el cuadro conjunto permitió a las instancias y a esta Corporación concluir, que también el

falso pago por quienes tenían la administración y el control de los caudales de recompensas en el Batallón Rafael Reyes de Cimitarra permite configurar el referido delito contra la administración pública, el cual también fue cometido para aparentar la legalidad de la Operación Táctica Marfil.

Adicionalmente se tiene que el teniente EDUARD VILLANI firmó el Acta No. 14, por medio de la cual se da cuenta del pago efectuado a Wilson Pedraza por \$1.500.000, el cual no resultó cierto como lo declaró el mismo supuesto beneficiario, y fue tan de afán el proceder que en ella se anota que el pago corresponde a una suma en el marco de la “operación SOBERANÍA”, olvidando que se trataba de la Operación Táctica Marfil; aquí es oportuno recordar que el coronel Mora Gómez declaró que correspondía al jefe de la Sección Segunda, esto es, al teniente VILLANI, el pago del dinero por informaciones, de manera que resulta responsable de la apropiación del dinero que se dijo falsamente fue entregado al informante Pedraza.

Conforme a lo expuesto, y según lo deprecaron la Fiscalía y el Ministerio Público, tampoco este cargo está llamado a prosperar.

Cuestiones finales

1. Como el apoderado de las víctimas en la sustentación del recurso extraordinario solicitó se dispusiera en el ámbito de la reparación integral un acto público de perdón por parte del Ministro de Defensa y el comandante de las Fuerzas Militares, así como un monumento a las víctimas, toda vez que fueron desacreditadas para justificar su desaparición y muerte, además de la publicación del caso con todos sus elementos a fin de establecer cuáles fueron los hechos, quiénes fueron las víctimas y quiénes las ejecutaron, encuentra la Corte que la solicitud es improcedente.

En primer término, la oportunidad procesal para ventilar tales pretensiones no es el

traslado para pronunciarse sobre las demandas de casación de los recurrentes, sino el incidente de reparación, ulterior al fallo de condena penal.

Y en segundo lugar, es pertinente señalar que para acceder a lo deprecado, se impone la previa vinculación de las personas o entidades involucradas a fin garantizar la salvaguarda de sus derechos, pues no puede imponérseles cargas sin antes haberseles escuchado.

2. Dado que tanto el defensor del coronel CASTRO PINTO, como el apoderado de las víctimas, solicitaron se corrigiera el error referido a que en el fallo de segundo grado se confirmó la sentencia dictada contra aquél, incluyendo allí el delito de falsedad ideológica en documento público, es pertinente señalar, de una parte, que como ya lo tiene definido de tiempo atrás esta Colegiatura, en caso de discrepancia entre la parte considerativa o motiva de las decisiones con la resolutive, prima aquella, y de otra, que se advierte sin dificultad que se trató de un lapsus calami del ad quem sin repercusión alguna en la tasación de la pena, motivos por los cuales no sobra precisar que el coronel WILSON JAVIER CASTRO no fue condenado por el citado punible contra la fe pública.

3. Como advierte la Colegiatura que además de las personas condenadas en este diligenciamiento, intervinieron otras no identificadas, como es el caso del reclutador de las víctimas que las condujo de Bogotá a Cimitarra, quien utilizó el abonado celular 3142841781, se dispone compulsar copias con destino a la Fiscalía General de la Nación para lo de su cargo.

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

1. NO CASAR el fallo impugnado por los defensores del coronel WILSON JAVIER CASTRO PINTO y del teniente EDUARD ANTONIO VILLANI REALPE, de acuerdo con las razones expuestas en las consideraciones precedentes.
2. NO ACCEDER a las peticiones de perdón público, monumento a las víctimas y publicación de los hechos y sus responsables formulada por el apoderado de las víctimas en la sustentación del recurso extraordinario, según lo señalado en la parte motiva de esta decisión.
3. PRECISAR el numeral séptimo del fallo del Tribunal, en el sentido de indicar que el coronel WILSON JAVIER CASTRO PINTO no fue condenado por el delito de falsedad ideológica en documento público.
4. COMPULSAR copias con destino a la Fiscalía General de la Nación, con el fin de que se investigue a otros coautores o partícipes aún no identificados ni sancionados.

Notifíquese y cúmplase.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria