**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA DE CASACIÓN PENAL**

**FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO**

**Magistrado Ponente**

AP3455-2014

Radicación n° 43303

(Aprobado Acta No. 195)

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de junio de dos mil catorce (2014).

**V I S T O S**

Decide la Sala sobre la admisibilidad de las demandas de casación presentadas por el representante del Ministerio Público y los defensores del teniente Diego Aldair Vargas Cortés, del cabo Carlos Manuel González Alfonso y de los soldados profesionales Richard Ramiro Contreras Aguilar, Ricardo García Corzo y Carlos Antonio Zapata Roldán, miembros del Ejército Nacional, contra la sentencia dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, por cuyo medio se confirmó parcialmente la proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Cundinamarca, que los condenó, junto al mayor ® de la misma fuerza Marco Wilson Quijano Mariño, como coautores del delito de homicidio agravado, además emitió condena contra los mencionados oficiales por la conducta punible de desaparición forzada agravada, y al teniente Vargas Cortés también lo declaró penalmente responsable por el ilícito de falsedad ideológica en documento público; en tanto que revocó la absolución que por el delito de concierto para delinquir agravado cobijó a todos los procesados en mención, y aquella que por el delito de desaparición forzada se profirió a favor del suboficial y de los soldados profesionales citados.

**HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL**

**1.** Los primeros fueron sintetizados por la a quo de la siguiente manera:

*El 9 de enero de 2008, aproximadamente a las 10 y 15 de la noche, por encargo de Ender Obeso, Alexander Carretero Díaz trasladó a* ***Fair Leonardo Porras Bernal****, quien padecía retardo mental moderado, desde Bogotá hasta Ocaña, Sitio “Aguas Claras” donde fue recibido al día siguiente por Dairo José Palomino. Desde ese momento se le sustrajo de su esfera espacial y familiar, ubicada en Soacha, alejado de su entorno y despojado de su celular no volvió a tener comunicación con su familia.*

*El 11 de enero de 2008, entre 6:30 y 7:00 de la noche, en un retén dispuesto por miembros del batallón de Infantería número 15 “General Francisco de Paula Santander” (en adelante el batallón o batallón “Santander”), a miembros del primer pelotón de la compañía Búfalo del plan vial meteoro, les fue entregado el señor* ***Porras Bernal****.*

*El 12 de enero de 2008, se reportó como muerta en combate una persona sin identificar, por el teniente Diego Aldair Vargas Cortés, oficial bajo cuyo mando se encontraba el primer pelotón de la compañía Búfalo, del plan vial meteoro, mediante informes presentados al comandante del batallón de Infantería número 15 “General Francisco de Paula Santander” así como al C.T.I., y en el acta de actuación de primer respondiente, víctima que fue sepultada en esa condición, hasta cuando en el mes de septiembre de 2008 se conoció su identidad, se trataba del joven* ***Fair Leonardo Porras Bernal****.*

***Fair Leonardo Porras Bernal*** *fue uno de los jóvenes captados en el municipio de Soacha, por miembros de una organización dedicada a su consecución, con el propósito de entregarlos a miembros del Ejército Nacional, dentro de una práctica secuencial y sistemática para desaparecerlos, y ultimarlos con la finalidad de ser reportados como dados de baja en combate, por tropas pertenecientes o agregadas al batallón “Santander”, y de la brigada móvil 15 dentro de la relación de hechos que entre diciembre de 2007 y agosto de 2008 en Ocaña y su provincia, se presentaron.*

**2.** Por los anteriores hechos, el 14 de mayo de 2009, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Soacha (Cundinamarca), la Fiscalía formuló imputación a varios miembros del Ejército Nacional, integrantes de la Compañía Plan Vial Meteoro No. 3, así:

**2.1** Al mayor ® Marco Wilson Quijano Mariño y al teniente Diego Aldair Vargas Cortés, como coautores de los delitos de desaparición forzada agravada, homicidio agravado, concierto para delinquir agravado y falsedad ideológica en documento público.

**2.2** Al cabo segundo Carlos Manuel González Alfonso y a los soldados profesionales Richard Ramiro Contreras Aguilar, Ricardo García Corzo y Carlos Antonio Zapata Roldán, como coautores de los delitos de desaparición forzada agravada, homicidio agravado y concierto para delinquir agravado.

Todos rechazaron los cargos.

Seguidamente, a petición del representante del ente acusador, se les impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro de reclusión militar. Apelada esa decisión por los defensores de los imputados, en proveído adiado 24 de junio de 2009 fue confirmada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Soacha (Cundinamarca).

**3.** El 12 de junio de la misma anualidad la Fiscalía radicó escrito de acusación, el cual fue aclarado y adicionado el 15 de marzo de 2010, donde se precisó la imputación jurídica en contra de los incriminados, de la siguiente manera:

**3.1** Al mayor ® Marco Wilson Quijano Mariño y al teniente Diego Aldair Vargas Cortés, como coautores de los delitos de desaparición forzada agravada (arts. 165 y 166 num. 1º del C.P.), homicidio agravado (arts. 103 y 104 num. 4º y 7º ídem) y concierto para delinquir agravado (arts. 340 inc. 2º y 342 ejusdem); y en relación con el último en mención, además por la conducta punible de falsedad ideológica en documento público (art. 286 ibídem).

**3.2** Al cabo segundo Carlos Manuel González Alfonso y a los soldados profesionales Richard Ramiro Contreras Aguilar, Ricardo García Corzo y Carlos Antonio Zapata Roldán, como coautores de los delitos de desaparición forzada agravada (arts. 165 y 166 num. 1º del C.P.), homicidio agravado (arts. 103 y 104 num. 4º y 7º ibídem) y concierto para delinquir agravado (arts. 340 inc. 2º y 342 ejusdem).

**4.** El 28 de julio de 2009 ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Cundinamarca, se dio inicio a la audiencia de formulación de acusación, en cuyo desarrollo fue impugnada la competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer del proceso, disponiéndose la remisión de la actuación al Consejo Superior de la Judicatura.

En dicha oportunidad intervino la apoderada judicial de la señora Luz Marina Bernal Parra, madre del occiso Fair Leonardo Porras Bernal, reconocida como víctima dentro de la actuación penal.

**5.** Mediante proveído calendado 14 de septiembre de 2009, el Consejo Superior de la Judicatura, en su Sala Jurisdiccional Disciplinaria, se abstuvo de dirimir el «*aparente*» conflicto de jurisdicciones, y dispuso devolver las diligencias al Juzgado de Conocimiento.

**6.** Impugnada la competencia del Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Cundinamarca por algunos de los defensores de los acusados, por cuanto estimaron que aquella radicaba en los jueces homólogos de la ciudad de Cúcuta (N. de S.), se remitió la actuación a la Corte, y mediante decisión fechada 18 de noviembre de 2009 asignó el conocimiento del asunto al primero de los despachos en mención.

**7.** Propuesto por el Juzgado 13 Penal Militar de Brigada de Cúcuta, conflicto positivo de competencia al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Cundinamarca, por considerar que la actuación debía ser de conocimiento de la Justicia Penal Militar, y trabado por el último despacho en cita, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en proveído adiado 3 de marzo de 2010, asignó la competencia a la justicia ordinaria.

**8.** El 25 de marzo de 2010 se continuó con la audiencia de formulación de acusación donde se concretaron los cargos en los mismos términos de su versión escrita, y entre el 18 de agosto de dicho año y el 12 de septiembre de 2011, se adelantó la audiencia preparatoria.

**9.** Agotado el juicio oral entre el 15 de noviembre de 2011 y el 30 de marzo de 2012, se dictó sentencia, el 25 de mayo de esta última anualidad, condenando a los acusados de la siguiente manera:

**9.1** Al mayor ® Marco Wilson Quijano Mariño a las penas principales de 51 años de prisión, multa de 3.500 SMLMV e interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso de 300 meses, como coautor de los delitos de desaparición forzada agravada y homicidio agravado.

**9.2** Al teniente Diego Aldair Vargas Cortés a las penas principales de 52 años de prisión, multa de 3.500 SMLMV e interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso de 300 meses, como coautor de los delitos de desaparición forzada agravada y homicidio agravado, y autor de la conducta punible de falsedad ideológica en documento público.

**9.3** Al cabo segundo Carlos Manuel González Alfonso y a los soldados profesionales Richard Ramiro Contreras Aguilar, Ricardo García Corzo y Carlos Antonio Zapata Roldán a la pena principal de 35 años de prisión como coautores del delito de homicidio agravado y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 20 años.

Así mismo, absolvió al mayor ® Marco Wilson Quijano Mariño y al teniente Diego Aldair Vargas Cortés del cargo por la conducta punible de concierto para delinquir agravado, y en igual sentido decidió respecto de la responsabilidad penal del cabo segundo Carlos Manuel González Alfonso y de los soldados profesionales Richard Ramiro Contreras Aguilar, Ricardo García Corzo y Carlos Antonio Zapata Roldán en relación con los ilícitos de concierto para delinquir agravado y desaparición forzada agravada.

De igual forma, a todos los procesados se les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitutiva de la prisión domiciliaria, disponiéndose librar orden de captura en contra del mayor ® Marco Wilson Quijano Mariño, quien se halla prófugo de la justicia.

**10.** Apelado el fallo por la Fiscalía, la apoderada de la víctima y los defensores de los acusados, en sentencia adiada 30 de julio de 2013, el Tribunal Superior de Cundinamarca la confirmó parcialmente por cuanto:

**10.1** Al mayor ® Marco Wilson Quijano Mariño y al teniente Diego Aldair Vargas Cortés les revocó la absolución proferida por la a quo respecto de la conducta punible de concierto para delinquir agravado y, en su lugar, los declaró penalmente responsables de esa infracción, imponiéndole al primero una pena de prisión de 53 años y al segundo una sanción de 54 años de privación de la libertad, y mantuvo las penas de multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas fijadas por la juez de primera instancia.

**10.2** Al cabo segundo Carlos Manuel González Alfonso y a los soldados profesionales Richard Ramiro Contreras Aguilar, Ricardo García Corzo y Carlos Antonio Zapata Roldán les revocó la absolución emitida por la juzgadora de primer grado en cuanto a los delitos de concierto para delinquir agravado y desaparición forzada agravada y, en su lugar, los condenó por esas infracciones, fijándoles una pena de prisión de 53 años, multa de 3.500 SMLMV e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término de 300 meses.

De igual forma, el ad quem declaró en la parte resolutiva del fallo, que los delitos investigados, en el caso de la especie, tienen la connotación de crímenes de lesa humanidad.

**11.** Contra la decisión de segundo grado, el representante del Ministerio Público y los abogados que representan los intereses de los procesados Carlos Manuel González Alfonso, Diego Aldair Vargas Cortés, Richard Ramiro Contreras Aguilar, Ricardo García Corzo y Carlos Antonio Zapata Roldán interpusieron oportunamente recurso de casación.

**SÍNTESIS DE LAS DEMANDAS**

**1. Demanda formulada por el representante del Ministerio Público.**

Con fundamento en la causal tercera prevista en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el demandante propone dos glosas contra la sentencia del Tribunal, ambas por el sendero de la violación indirecta de la ley sustancial, determinadas por error de hecho por falsos juicios de identidad por tergiversación de la prueba.

**Primer cargo**. Denuncia que el fallador de segundo grado incurrió en violación indirecta de la ley por falsos juicios de identidad, lo que condujo a la aplicación indebida de los artículos 340 del Código Penal, que contempla el delito de concierto para delinquir, y 381 del Estatuto Adjetivo, referido a los presupuestos probatorios para condenar, y a la correlativa falta de aplicación del artículo 7º ibídem, que consagra los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, lo que a su vez determinó la condena por el delito contra la seguridad pública que recayó en el suboficial Carlos Manuel González Alfonso y los soldados profesionales Richard Ramiro Contreras Aguilar, Ricardo García Corzo y Carlos Antonio Zapata Roldán, pertenecientes al Ejército Nacional.

Agrega el censor que ningún reparo tiene frente a la materialidad de la conducta punible en cuestión, pero en cuanto a la responsabilidad deducida por el ad quem respecto de los referidos militares a título de coautoría y valiéndose del «*dispositivo amplificador del tipo penal*» denominado por la doctrina como Estructuras Organizadas de Poder, encuentra que a esa conclusión se arribó a consecuencia de errores de contemplación objetiva de la prueba.

Señala que un primer yerro recae sobre el testimonio de Alexander Carretero Díaz, quien según lo reconoció en su testimonio, fue la persona que a petición de Ender Obeso, alias «*Pique*», la noche del 9 de enero de 2008 viajó con Fair Leonardo Porras Bernal de Soacha a Ocaña, con el fin de hacer entrega del mencionado al soldado profesional Dairo José Palomino, adscrito a la sección de inteligencia –S2– del Batallón de Infantería No. 15 «*General Francisco de Paula Santander*», medio de convicción que llevó al juzgador de segundo grado a colegir la existencia de un convenio entre los mencionados y Uriel Ballesteros, alias «*Pocho*», y el sargento segundo Sandro Mauricio Pérez Contreras, orgánico de dicha unidad militar y jefe del S2, para la consecución de jóvenes que una vez trasladados mediante engaño a la localidad de Ocaña, eran objeto de desaparición forzada y posterior muerte, con el fin de ser presentados como bajas operativas.

Menciona que en la sentencia atacada, el ad quem señaló que con fundamento en el testimonio de Carretero Díaz se prueba la presencia de un automotor tipo camión NPR, en el falso retén donde se hizo entrega de la víctima a los integrantes del pelotón «*Búfalo 1*», adscrito a la Compañía Plan Vial Meteoro y conformado por los condenados, amén que también dice, demuestra que en dichas actividades delictivas participaban los soldados profesionales Medardo Ríos, Medina Joiro y Jhon Jairo Muñoz, cuando en verdad lo que afirmó el deponente es que el soldado profesional Dairo José Palomino y el sargento Sandro Mauricio Pérez Contreras, «*participaban de un acuerdo con personas de Soacha (Cund.), para llevar a Ocaña (Norte de Santander) jóvenes para desaparecerlos, matarlos y luego ser presentados como positivos de operaciones y que además, en el mismo batallón se había conformado una banda criminal para el asalto de vehículos*».

Refiere que el Tribunal tergiversó el testimonio de Carretero Díaz, quien no menciona por parte alguna a los soldados profesionales Medardo Ríos, Medina Joiro y Jhon Jairo Muñoz, ni mucho menos a los acusados Carlos Manuel González Alfonso, Richard Ramiro Contreras Aguilar, Ricardo García Corzo y Carlos Antonio Zapata Roldán como parte de la organización dedicada a suministrar jóvenes a militares del Batallón Santander de Ocaña, con el objeto de asesinarlos y presentarlos como NN dados de baja en combate.

En igual sentido el recurrente expresa que el juez colegiado tergiversó el testimonio de Pedro Gámez Díaz, en el que también fundó la responsabilidad penal de los supracitados en el delito contra la seguridad pública, puesto que al igual que del anterior declarante, sostiene que Gámez Díaz afirmó que los soldados profesionales Ríos, Medina y Muñoz participaban en la actividad criminal de desaparición forzada y homicidio, de la que el testigo también hacía parte, cuando en realidad lo que aquél aseveró es que mientras algunos miembros del S2 del Batallón Santander, tales como Dairo José Palomino y el sargento Sandro Mauricio Pérez Contreras, efectivamente intervenían en la referida empresa delictiva, otros miembros del mismo destacamento militar se dedicaban a asaltar vehículos automotores en el sector de Ocaña.

Resalta que Gámez Díaz en ninguna aparte de su exposición afirmó que los procesados Carlos Manuel González Alfonso, Richard Ramiro Contreras Aguilar, Ricardo García Corzo y Carlos Antonio Zapata Roldán participaran en las actividades delictivas que detalladamente aquel describe, ni mucho menos que al interior de la unidad militar mencionada existiera una estructura organizada de poder dedicada a delinquir, de la cual «*indiscriminadamente*» hicieran parte los citados.

Así mismo, aduce el libelista que el Tribunal tergiversa el testimonio del sargento Jhon Jairo Muñoz, quien hizo parte de la sección de inteligencia –S2– del pluricitado batallón, quien manifestó haber tenido conocimiento de manera directa, pero también de oídas, de que en esa unidad castrense se habían conformado dos grupos que se dedicaban a realizar actividades criminales, por una parte el sargento Pérez Contreras y el soldado profesional Dairo José Palomino, quienes en contubernio con algunos civiles conseguían jóvenes en Soacha, que traían hasta Ocaña para darles muerte y presentarlos como bajas operacionales y, de otro lado, el integrado por los alias «*Alex*», «*Pocholo*», «*Palomino*», «*Zapata*», «*José*» y el soldado profesional Ríos, quienes se dedicaban al asalto a mano armada de vehículos de servicio público en esa región.

Expresa que el juzgador de segundo grado igualmente tuvo en cuenta la declaración del sargento Muñoz, para afirmar demostrada la existencia de una «*organización genérica*» compuesta por militares y civiles, cuyo objetivo era cometer delitos de desaparición forzada y homicidios de jóvenes inocentes, a la cual sin más, vincula al suboficial y a los soldados profesionales condenados, derivándoles responsabilidad penal en el reato de concierto para delinquir.

Considera el impugnante que si el Tribunal no hubiese incurrido en los señalados yerros, no podría haber concluido la participación de los incriminados en la conducta punible contra la seguridad pública y, por contera, se imponía su absolución respecto de ésta.

**Segundo Cargo.** Acudiendo nuevamente a la violación indirecta de la ley por error de hecho por falsos juicios de identidad, que atribuye al ad quem, el casacionista señala que ello derivó en la indebida aplicación del artículo 7º literales a) e i) del Estatuto de Roma y, consecuentemente, a la «*falta de aplicación exclusivamente*» de los artículos 165 y 166 del Código Penal (desaparición forzada agravada), 103 y 104 (homicidio agravado) y 340 inciso 2º (concierto para delinquir), que conllevó a declarar como crímenes de lesa humanidad los delitos materia del proceso.

Luego de trascribir los argumentos que expuso el juez colegiado en orden a calificar las conductas juzgadas como delitos de lesa humanidad, particularmente en lo que tiene que ver con el análisis de los conceptos de sistematicidad y generalidad propios de tal categoría, el actor refiere que el primero de dichos elementos lo encontró probado el Tribunal con fundamento en las declaraciones de Felisa Carvajalino Calle, Héctor Alfonso González Manzano y Diana Ramírez Páez, en relación con las cuales afirma se presentó el vicio alegado.

En cuanto al testimonio de Felisa Carvajalino Calle, médica forense y coordinadora de la Unidad de Medicina Legal de Ocaña, refiere el demandante que informó sobre la muerte de once jóvenes oriundos de Soacha, reportados como NN, ocurrida en diversos combates con el Ejército Nacional en épocas cercanas a la del fallecimiento de Fair Leonardo Porras Bernal, en los municipios de San Calixto, Acarí y Ábrego, durante los años 2007 y 2008.

Anota que del dicho de la mencionada deponente, «*no podía entenderse, como sí lo entendió el Tribunal*», que se trataba de un ataque generalizado contra la población civil, ya que la única víctima atribuida a los condenados en la presente actuación, es el joven Porras Bernal, «*jamás los once muertos (11) que refiere el Tribunal*», como tampoco los demás decesos mencionados por la médico forense.

Respecto de la exposición de Héctor Alfonso González Manzano, funcionario de la Secretaría de Gobierno de Ocaña, que según afirma el censor también fue tergiversada, sirvió al juzgador de segunda instancia para encontrar corroborado el dicho de la médica Carvajalino Calle, en el sentido de que el hallazgo de un número importante de cadáveres generó un problema de salud pública en el municipio de Ocaña, y que las características de dichos cuerpos correspondían a hombres jóvenes con rasgos físicos propios de personas de otras regiones del país, y a partir de allí concluir la generalidad del ataque a la población civil.

Indica que el desacierto del ad quem radica en que el declarante en cuestión nada de lo anterior corrobora, solo hace referencia a las dificultades de salud pública que se presentaron en Ocaña debido a la falta de medios adecuados para la preservación de cadáveres, motivo por el cual se vieron obligados a inhumarlos en fosas comunes, por tanto no podía derivar del dicho del señor González Manzano la existencia de un ataque generalizado contra la población civil, máxime que la única víctima atribuida en la presente actuación a los procesados es el señor Porras Bernal.

En lo relativo al testimonio de Diana Ramírez Páez, coordinadora del grupo de desaparecidos del Instituto de Medicina Legal, manifiesta el recurrente que de igual forma fue tergiversado por el Tribunal para dar por acreditado el elemento «*generalidad*» y así declarar como crímenes de lesa humanidad los delitos juzgados, a partir de la información suministrada por la citada en cuanto a que en los Departamentos de Santander y Norte de Santander ocurrieron varias muertes en combates con el Ejército Nacional, de personas que habían sido reportadas como desaparecidos en las localidades de Ciudad Bolívar en Bogotá y Soacha (Cund.), para un total de once casos.

Agrega que de tales afirmaciones el juez colegiado concluye que se trató de un ataque contra la población civil «*con características de generalizado*», soslayando que en el asunto de la especie solo se imputó a los militares condenados la muerte de Fair Leonardo Porras Bernal, más no los once decesos que menciona la testigo.

Destaca que la trascendencia del yerro estriba en que el elemento «*generalidad*», característico de los delitos de lesa humanidad, el ad quem lo encontró demostrado a partir de la pluralidad de víctimas traídas desde Soacha a Ocaña, con la finalidad de darles muerte por miembros del Ejército Nacional, para luego reportarlos como bajas en combate con grupos al margen de la ley, lo cual soportó en los testimonios cuya distorsión se denuncia.

Señala que si se hubieran examinado tales declaraciones «*con el alcance probatorio que realmente tienen*», y pese a que la información por ellos aportada ponía de presente que (i) durante ese periodo se elevaron los índices de personas NN muertas en combates con el Ejército Nacional; (ii) los rasgos físicos de los cadáveres no correspondían a personas de la región de Ocaña; y, (iii) en la época y lugar de los hechos juzgados hubo denuncias contra el Ejército Nacional por presuntas ejecuciones extrajudiciales; nunca se demostró que las víctimas de tales enfrentamientos, referidas por los declarantes cuyos relatos fueron tergiversados, hubiesen perecido a manos o con la intervención de los militares procesados en el caso concreto, luego el homicidio del señor Porras Bernal aparece como un hecho aislado.

Concluye solicitando a la Corte que case la sentencia impugnada, para que en su lugar absuelva al suboficial y los soldados Profesionales procesados del ilícito de concierto para delinquir agravado, y se declare que los delitos materia de juzgamiento en este proceso no constituyen crímenes de lesa humanidad.

**2. Demanda formulada en nombre del cabo segundo Carlos Manuel González Alfonso.**

Al amparo de las causales segunda, tercera y primera, previstas en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el libelista formula cinco reproches contra la sentencia del ad quem, uno principal por nulidad, y los restantes subsidiarios, tres por violación indirecta y el último por violación directa de la ley sustancial.

**Primer cargo (principal).** Manifiesta el impugnante que la sentencia confutada se profirió en un juicio viciado de nulidad, por cuanto se desconoció el debido proceso al vulnerar la garantía del derecho de contradicción y, por contera, el de defensa.

Expresa que los jueces de instancia negaron el decreto y práctica de una prueba sobreviniente, necesaria para controvertir las de cargo aducidas por la Fiscalía, las que a la postre fueron el fundamento para dictar sentencia de carácter condenatorio en contra de su representado y los demás acusados.

Añade que en el juicio oral, en la sesión del 30 de enero de 2012, fue escuchado en declaración el investigador Juan Miguel Angarita, quien expuso que en el Juzgado Primero Penal Municipal de Soacha reposa un expediente que se adelantó contra el occiso Fair Leonardo Porras Bernal por el delito de hurto calificado, motivo por el cual dio orden de trabajo al investigador de la defensa para que obtuviera copia de la mencionada actuación y así poder establecer los pormenores de la misma.

Obtenida copia del diligenciamiento, señala que encontró necesario solicitar el decreto de esa prueba documental, valga decir, del expediente con radicado 2008-0146, a fin de demostrar que: (i) el señor Porras Bernal estaba en capacidad de realizar conductas al margen de la ley; (ii) era una persona violenta, pues el atentado contra el patrimonio económico lo cometió utilizando arma blanca; (iii) su discapacidad cognitiva había mejorado, por lo que no era una persona «*boba*», pues estaba al tanto del valor del dinero, sabía leer y escribir y conocía los datos de su residencia, al punto que en dicha actuación penal aceptó cargos; y, (iv) su madre mintió cuando afirmó que su hijo Fair Leonardo nunca se había ausentado de su casa, ni había estado detenido.

Adicionalmente, indica que dicha prueba habría permitido a la defensa, por una parte, restar credibilidad a los testimonios que señalaban que el señor Porras Bernal fue trasladado bajo engaños a Ocaña y, por el contrario, demostraría que éste viajó de manera voluntaria con el propósito de delinquir; en tanto que, de otro lado, le imprimiría poder de convicción a las declaraciones de los miembros de la familia Mogollón, en el sentido de que estaban siendo extorsionados por Fair Leonardo y sus compinches desde tiempo atrás, inclusive el día anterior a la muerte de Fair; perdiendo entonces sustento las afirmaciones de los testigos de cargo Alexander Carretero Díaz y Pedro Antonio Gámez.

El casacionista reconoce que si bien en la audiencia preparatoria la defensa conocía la constancia entregada por la Fiscalía, acerca de que en el despacho judicial mencionado existía un proceso penal adelantado contra el señor Porras Bernal, el representante del ente acusador no hizo lo propio con el respectivo expediente, con lo cual omitió su deber de obrar con objetividad y trasparencia, y por consiguiente la defensa desconocía el contenido de la actuación, razón por la cual «*se convierte en prueba sobreviniente una vez lo conoce*», además necesaria e indispensable para desarrollar el derecho de contradicción y establecer por parte del juzgador la verdad y la justicia.

Aduce que en el presente caso, al negar la práctica de la prueba sobreviniente, los falladores de instancia le dieron preponderancia a la formalidad procedimental sobre las garantías del derecho de contradicción y defensa, desconociendo de esa manera el apotegma consagrado en los artículos 228 Constitucional y 10 del Código de Procedimiento Penal, conforme al cual les impone que en las actuaciones procesales habrá de perseguirse la eficacia del ejercicio de la justicia y la prevalencia del derecho sustancial, el que, en el asunto particular, está determinado por los derechos mencionados en cuanto hace a la prueba.

Al respecto señala que los juzgadores incurrieron en un exceso de ritualidad, al renunciar a hacer efectivo el derecho sustancial y dar preeminencia al rito, de modo que de esa manera negaron el decreto de la prueba sobreviniente deprecada por la defensa. Seguidamente el actor cita con amplitud jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con los derechos en mención, y finaliza aseverando que «*queda demostrado que efectivamente existe violación de [la] garantía [del] “Principio de Contradicción” y por consiguiente se vulnera el derecho de defensa*», razón por la cual solicita la nulidad de la actuación.

En punto de la trascendencia del vicio alegado, refiere nuevamente los aspectos que el medio de convicción, echado de menos, de haberse ordenado su práctica, habría controvertido y reafirmado, y agrega otros tales como su importancia a fin de corroborar las atestaciones de José de Jesús Romero Espinosa, el que declaró haber conocido a Fair Leonardo delinquiendo en Soacha, pero a quien dice, los jueces de instancia no le dieron credibilidad.

Concluye analizando los principios que rigen la declaratoria de las nulidades frente al caso concreto, y en cuanto a la necesidad del fallo de casación, afirma que además de pretenderse con el recurso extraordinario la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías y la reparación del agravio ocasionado a su representado con la decisión confutada, se requiere que por vía jurisprudencial se establezca que «*un mero formalismo en la solicitud de una prueba, no puede transgredir un principio rector tan importante como es el de ESTABLECER LA VERDAD Y LA JUSTICIA…, ni violar garantías como el principio de contradicción*».

Además, agrega que resulta necesario que la Corte se pronuncie en el sentido de clarificar que no obstante lo normado por el artículo 248 Superior, la aceptación de los cargos por parte de un procesado, rodeada de todas las garantías, pueda ser tenida como «*prueba de su mala conducta anterior, o por lo menos como INDICIO GRAVE DE MALA CONDUCTA*».

Igualmente, para que jurisprudencialmente se imponga a la víctima y a su representante legal el deber de obrar con objetividad, pues en el caso concreto la apoderada de aquella aportó el registro civil de defunción del señor Porras Bernal al despacho judicial donde se adelantaba el proceso penal en su contra, con el «*objeto de evitar que se supiera en juicio la mala conducta del hoy occiso*».

Finaliza señalando que con la irregularidad denunciada se vulneraron los artículos 29 y 228 Constitucional; y 5, 8 literales j) y k), 10, 15 y 26 de la Ley 906 de 2004, por lo cual depreca de la Corte se decrete la nulidad parcial de la actuación, a partir del «*cierre del ciclo probatorio de la defensa*» en el juicio oral, y se ordene la práctica de la prueba sobreviniente tantas veces mencionada.

**Segundo cargo (subsidiario).** Expone el demandante que los falladores de instancia incurrieron en violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho por falso juicio de legalidad, toda vez que la sentencia condenatoria «*se dictó con base a (sic) los testimonios de Alexander Carretero Díaz, Pedro Antonio Gámez y Jhon Jairo Muñoz*», quienes, de acuerdo con la teoría del caso de la Fiscalía, fueron las personas encargadas de «*reclutar*» a las víctimas en el municipio de Soacha, trasladarlas hasta Ocaña y entregarlas a los militares del Batallón Santander de esa localidad, con el fin de ser asesinadas y posteriormente reportadas como «*resultados operacionales*».

Señala que habida cuenta que los supranombrados no fueron imputados por los hechos y los delitos juzgados en la presente actuación, a pesar de ser partícipes en ellos, entonces tenían la calidad de «*indiciados*», por lo cual en caso de declarar en juicio, gozaban del derecho constitucional y legal de ser asistidos por un defensor, a fin de garantizarles el debido proceso y el derecho de defensa, según lo establecen los artículos 8º de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, 29 de la Carta y 8 de la Ley 906 de 2004, norma esta última declarada constitucional bajo el entendido de que el derecho de defensa no está restringido a la fase de la investigación, sino que puede ejercerse por el implicado o indiciado en la fase de indagación anterior a la formulación de la imputación.

Afirma que como los testimonios de Carretero Díaz, Gámez y Muñoz no fueron vertidos «*dentro de los cauces legales*», ya que no estuvieron asistidos por un defensor, se tornan ilegales y, por tanto, debieron excluirse de la actuación y no ser valorados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 del Estatuto Adjetivo Penal.

Refiere que la trascendencia del vicio alegado radica en que los juzgadores tuvieron en cuenta los testimonios que aquí son tachados de ilegales para fundamentar el fallo condenatorio por el delito de desaparición forzada, dictado en contra de su defendido y de los demás militares, conducta punible que «*tiene relación de causalidad*» con las de homicidio agravado y concierto para delinquir agravado.

Finalmente, aduce que el fallo de casación es necesario, no solo para promover los fines señalados en el artículo 180 de la Ley 906 de 2004, sino para que la Corte aclare la diferencia entre coacusado y coindiciado, y se determine que quien tiene la calidad de indiciado, si desea rendir testimonio en juicio oral, «*además de hacerle las advertencias legales, debe estar asistido por defensor*».

Por tanto, solicita a la Corporación casar «*totalmente*» la sentencia recurrida, para absolver al incriminado Carlos Manuel González Alfonso de los cargos formulados en la acusación, o en su defecto «*casar parcialmente la sentencia*».

**Tercer cargo (subsidiario).** Acudiendo de nuevo a la violación indirecta de la ley, pero esta vez originada en error de hecho por falso juicio de identidad por adición, el censor le atribuye ese vicio al Tribunal al apreciar el contenido material de la prueba documental, concretamente de los tiquetes que la Fiscalía adujo al juicio oral para demostrar que Alexander Carretero Díaz viajó con Fair Leonardo Porras Bernal desde Bogotá hasta Ocaña, utilizando como medio de transporte la empresa Brasilia.

Señala que Carretero Díaz declaró haber comprado los pasajes, afirmación que la Fiscalía pretendió corroborar incorporando los respectivos tiquetes números 17823928 y 17823929 de fecha 9 de enero de 2008, que fueron expedidos a nombre del prenombrado y de Rafael Porras.

Agrega que no obstante ninguno de los tiquetes mencionados figuraba a nombre de Fair Leonardo Porras Bernal, los falladores de instancia afirmaron que el contenido de los pluricitados documentos confirmaba que Carretero Díaz había viajado con el hoy occiso, y no con otra persona, cuando la verdad fue que lo hizo con Rafael Porras, quedando así evidenciada la tergiversación del tenor literal de la prueba en cuestión, pues se le dio un contenido diverso al que objetivamente expresa.

Respecto de la trascendencia del vicio alegado, expone que con el testimonio de Alexander Carretero Díaz se pretendió demostrar que éste fue quien viajó con la posterior víctima hasta Ocaña, luego si resulta que no se transportó con ésta el 9 de enero de 2008, sino con una persona de nombre Rafael Porras, también sería falso que al día siguiente el soldado profesional Dairo José Palomino, miembro de la sección de inteligencia –S2– del Batallón Santander de Ocaña, recogió a Fair Leonardo en el sector conocido como la «Y», que el mencionado estuvo en el billar de propiedad del referido militar y que al día siguiente fue entregado en un retén a miembros del Ejército Nacional, todo lo cual fue tenido en cuenta para proferir el fallo condenatorio.

En esa medida, pide a la Corte casar la sentencia impugnada y, en su lugar, absolver a su representado de los cargos formulados en su contra por la Fiscalía.

**Cuarto cargo (subsidiario).** Afirma el recurrente que el ad quem incurrió en violación indirecta de la norma sustancial, derivada de error de derecho por falso juicio de legalidad, puesto que la sentencia condenatoria se fundamentó en prueba ilegal, esto es, el «*testimonio de oídas*» de la investigadora Ariacna Lara Contreras.

Señala que la mencionada rindió testimonio en el juicio oral, donde informó que el sargento Sandro Mauricio Pérez se había acogido al programa de protección de testigos de la Fiscalía, de quien dijo que en una ocasión, en presencia de fiscales y su defensor, le narró la forma en que el mayor ® Marco Wilson Quijano Mariño y el teniente Diego Aldair Vargas Cortés, miembros del Ejército Nacional, adscritos a la Compañía Plan Vial Meteoro No. 3, agregada operacionalmente al Batallón Santander de Ocaña, en una única reunión sostenida en el municipio de Ábrego a comienzos del año 2008, le solicitaron conseguir una persona para hacerla aparecer como baja en combate, que resultó ser Fair Leonardo Porras Bernal, por lo cual le pagaron un millón de pesos.

Agrega que la investigadora Lara Contreras presuntamente se entrevistó con el sargento Sandro Mauricio Pérez quien, según la citada expuso en su testimonio, se encontraba en el programa de protección de testigos e iba a suministrar información a la Fiscalía, oportunidad en la que relató la participación de los oficiales de la Compañía Plan Vial Meteoro No. 3 en la desaparición y muerte del señor Porras Bernal, además la declarante reconoció que esa entrevista no quedó registrada por escrito, ni en grabación magnetofónica, es decir, no se utilizaron medios idóneos para documentarla «*como lo establecen las reglas técnicas de la criminalística*» y, por consiguiente, asevera el libelista, la prueba se torna ilegal y no puede ser valorada, «*máxime cuando [el sargento Pérez Contreras] no contó con la presencia de un defensor para poder garantizarle sus derechos fundamentales*».

Seguidamente, el impugnante cita el contenido de los artículos 205, 206 y 282 de la Ley 906 de 2004, para concluir que en relación con las dos primeras normas citadas, la investigadora Lara Contreras inobservó las previsiones allí contenidas, por cuanto no documentó a través de ningún medio la supuesta entrevista sostenida con el sargento Sandro Mauricio Pérez; y, en relación con la última norma en cita, afirma que de ella se deriva la obligación de que si el indiciado, calidad que considera ostentaba para ese momento el mentado militar, «*decide romper su silencio y autoincriminarse*», debe ser interrogado en presencia de un abogado.

Concluye que por las razones anotadas, la declaración de la pluricitada investigadora de la Fiscalía debió declararse «*nula de pleno derecho*», en lo relativo a lo que afirmó le dijo el sargento Pérez Contreras, de conformidad con el artículo 29 de la Carta y 23 del Código de Procedimiento Penal.

Estima que el error alegado es trascendente, en la medida en que el testimonio de Ariacna Lara Contreras fue tenido en cuenta por los juzgadores de instancia para edificar el fallo condenatorio en contra de los militares procesados.

Por último, expresa que el fallo casacional es necesario para que la Corte fije el criterio según el cual, es nulo de pleno derecho el testimonio del investigador rendido en juicio oral, cuando «*declara como testigo de referencia de lo dicho por una persona que tiene la calidad de indiciado, y no presenta entrevista o declaración por escrito o en video debidamente asesorada por un defensor*» e, igualmente, se aclare que cuando la prueba es ilegal debe declararse nula y excluirse de la actuación.

Así las cosas, pide a la Corporación casar la sentencia recurrida, para absolver al cabo del Ejército Nacional Carlos Manuel González Alfonso de los cargos formulados en su contra por la Fiscalía.

**Quinto cargo (subsidiario).** Por la senda de la violación directa de la ley sustancial, el casacionista denuncia que el Tribunal interpretó de manera errónea una norma llamada a regular el caso, esto es, el artículo 29 del Código Penal que consagra las diferentes formas de autoría en el delito.

Luego de trascribir apartes de la sentencia de segundo grado, donde el ad quem compendia los argumentos de la apelación interpuesta por la Fiscalía y la apoderada de las víctimas contra el fallo de primera instancia, concretamente en punto de la forma de intervención de los militares en el concurso de delitos, y lo que al respecto resolvió el juez colegiado, que encontró demostrada la responsabilidad de los procesados en calidad de «*coautores a través de un aparato organizado de poder*», el censor señala que debió «*diferenciarse el papel que cumple el autor mediato de la conducta y los instrumentos inmediatos que la ejecutan, y que siendo instrumentos inmediatos, sean utilizados mediante error, engaño o presión*».

Refiere que el juzgador de segundo grado hizo un «*fárrago*» de la forma de participación de los acusados, determinándola en forma general, y no individualmente como corresponde, pues si el instrumento inmediato actúa sin error y con plena capacidad cognitiva y volitiva, como lo plantea el ad quem, el hombre de atrás no será autor mediato.

En ese orden, expresa que al aplicarse la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, los instrumentos inmediatos, en este caso, el acusado Carlos Manuel González Alfonso, «*no son responsables de los hechos cometidos por sus superiores*».

A lo que añade, que «*no existe prueba alguna en el expediente*» demostrativa de que los militares que conformaban el pelotón «*Búfalo 1*» tuvieran «*conciencia y participación*» en los delitos por los cuales fueron condenados, contrario a lo pregonado por los juzgadores de instancia.

Anota que la trascendencia del vicio planteado, consiste en que si su representado fungió en la comisión de los hechos como instrumento inmediato, no puede ser considerado penalmente responsable de las conductas punibles imputadas, salvo que se demuestre que «*actuó con culpabilidad plena y con autoría calificada*».

Luego de citar autorizada doctrina sobre el tema en cuestión, el recurrente afirma que existe confusión en los funcionarios judiciales al imputar esta forma de autoría, como, según dice, se advierte en el fallo confutado, pues el juez colegiado distorsionó la realidad y derivó una responsabilidad inexistente para los instrumentos inmediatos del aparato organizado de poder, entre ellos su representado, quien «*de acuerdo a las probanzas no tuvo participación en los delitos de concierto para delinquir y desaparición forzada, pues se desplazó al lugar de los hechos a través de una orden de operaciones*», a la cual no podía sustraerse de acuerdo con la doctrina militar; en otras palabras, que cuando aconteció la muerte del señor Porras Bernal, el incriminado González Alfonso cumplía los deberes constitucionales y legales que le correspondían como miembro del Ejército Nacional.

En ese orden, depreca de la Corte casar la sentencia de segundo grado, para en su lugar absolver a su defendido de los delitos por los cuales se profirió condena en su contra.

**3. Demanda formulada en nombre del teniente Diego Aldair Vargas Cortés.**

Al amparo de las causales segunda, tercera y primera, previstas en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el libelista formula siete censuras contra la sentencia del ad quem, dos principales por nulidad, y las restantes subsidiarias, tres por violación indirecta y las dos últimas por violación directa de la ley sustancial.

**Primer cargo (principal).** La impugnante acusa el fallo demandado de haberse proferido en un juicio viciado de nulidad, debido a la vulneración del derecho de defensa por desconocimiento del principio de contradicción de la prueba.

En idénticos términos a los consignados en la demanda formulada en nombre del acusado Carlos Manuel González Alfonso, señala que el vicio de garantía se origina en la negativa de los juzgadores de instancia de decretar la prueba documental sobreviniente, solicitada en desarrollo del juicio oral por la defensa del procesado en mención, y que consistía en incorporar el expediente que se tramitó en el Juzgado Primero Penal Municipal de Soacha en contra de Fair Leonardo Porras Bernal por el delito hurto calificado.

Refiere que dicho medio de convicción era necesario para demostrar la inclinación de la víctima al delito, con lo cual cobraría valor probatorio el dicho del incriminado Marco Wilson Quijano Mariño, quien en su condición de comandante de la Compañía Plan Vial Meteoro No. 3, recibió información sobre la extorsión de que era víctima Felipe Mogollón por parte del señor Porras Bernal, así como la entrevista de este último, presentada como prueba de referencia en el juicio oral, y los testimonios de Evila Garcés y Regina Mogollón, en su orden esposa e hija del citado; e igualmente a la declaración de José de Jesús Romero Espinosa, quien señaló a la víctima como un delincuente del municipio de Soacha que pertenecía a la banda «*Los Pancoques*».

Considera que si el señor Porras Bernal era proclive a cometer conductas delictivas mediante violencia e incluso estuvo en capacidad de aceptar los cargos por ese hecho, es claro que podía auto determinarse, y si como consta en el expediente que echa de menos, sabía leer y escribir, tenía habilidad para manejar armas blancas y consumía licor, con mayor razón podía manejar un arma de fuego.

Fija la trascendencia del yerro, en que ello impidió controvertir pruebas que los juzgadores de instancia tuvieron en cuenta para emitir la condena en contra de su representado y los demás militares acusados, tales como el testimonio de los investigadores Juan Miguel Angarita, quien declaró sobre la buena conducta del obitado, y Ariacna Lara Contreras, que refirió lo que le contó el sargento Sandro Pérez sobre la actividad criminal de los oficiales acusados, con lo cual asevera, hubiera quedado sin fundamento el delito de concierto para delinquir y el hecho de que presuntamente Fair Leonardo fue traído de Soacha para ser asesinado y presentado como un resultado operacional, circunstancia que tiene relación directa con el ilícito de desaparición forzada, de donde dice, se sigue que el mencionado fue dado de baja por el Ejército Nacional cuando se encontraba delinquiendo en el sector de Ocaña.

Aduce que de haberse decretado la pluricitada prueba documental, la sentencia habría sido absolutoria, y que se requiere del fallo para determinar que tanto el juzgador, como la Fiscalía y los intervinientes en el proceso penal «*deben actuar con objetividad*».

Como normas violadas indica los artículos 29 y 228 Constitucional; y 5, 8 literales j) y k), 10, 15 y 26 de la Ley 906 de 2004, por lo cual depreca de la Corte se decrete la nulidad parcial de la actuación, a partir del «*cierre del ciclo probatorio de la defensa*» en el juicio oral, y se ordene la práctica de la prueba sobreviniente en mención.

**Segundo cargo (subsidiario).** Acudiendo nuevamente a la nulidad, la casacionista denuncia que la sentencia recurrida se emitió en un juicio viciado de nulidad por vulneración del derecho de defensa a consecuencia de la inobservancia del principio de contradicción de la prueba.

Arguye que en el juicio oral la defensa de su representado solicitó se decretara el testimonio de Adriano Ortiz, copropietario del plantío de tomate donde ocurrieron los hechos que terminaron con la muerte del señor Porras Bernal, como prueba sobreviniente de contra refutación, pues con ella se pretendía desvirtuar la exposición de Luis Alfonso Reyes Torrado, propietario del terreno y de parte del mentado cultivo, quien manifestó que en éste no se presentaron daños luego de acaecido el fatal suceso, declaración a partir de la cual los juzgadores de instancia dedujeron que el combate alegado por los militares acusados era inexistente, y en la que fundaron la sentencia condenatoria por el delito de homicidio agravado.

Agrega que la juez de primera instancia en orden a negar el decreto de la prueba en cuestión, adujo que ésta no era significativa para el juicio y en cambio resultaría dilatoria, decisión contra la que se interpuso el recurso de reposición que fue decidido negativamente.

En esa medida, asevera, se desconoció el debido proceso en su expresión del derecho de defensa, pues de haberse decretado la prueba, se habría demostrado que sí se produjeron daños en el citado sembradío y que ello ocurrió a consecuencia del combate que sostuvieron los militares implicados con un grupo de delincuentes, es decir, que aquellos obraron en legítima defensa de su vida, descartándose por contera la existencia de las conductas punibles de desaparición forzada y concierto para delinquir.

Corolario de lo anterior, pide a la Corte decretar la nulidad parcial a partir del cierre del ciclo probatorio a cargo de la defensa en el juicio oral, a fin de ordenar la práctica de la referida prueba sobreviniente de contra refutación.

**Tercer cargo (subsidiario).** La demandante postula la violación indirecta de una norma sustancial por parte del juez colegiado, a consecuencia de error de derecho por falso juicio de legalidad.

En los mismos términos y con idénticos fundamentos a los consignados en el cargo segundo del libelo presentado a nombre del acusado Carlos Manuel González Alfonso, manifiesta que la sentencia condenatoria proferida en contra de su representado se basó en los testimonios de Alexander Carretero Díaz, Pedro Antonio Gámez y Jhon Jairo Muñoz, quienes según lo expuesto por la Fiscalía en su teoría del caso, fueron las personas que reclutaron a los jóvenes de Soacha con la finalidad de trasladarlos hasta Ocaña, para luego ser asesinados por miembros del Ejército Nacional, quienes los reportaban como bajas operacionales.

Estima que como los mencionados tienen la calidad de indiciados, al momento de declarar en el juicio oral han debido ser asistidos por un defensor, omisión que advera, torna ilegal dicha prueba con la consecuente exclusión de la actuación y la imposibilidad de ser valorada por los falladores de instancia.

Dice que como dichos testigos, cuyas exposiciones se tuvieron en cuenta para dar por demostrado que existía un grupo de civiles y militares que llevaban mediante engaño jóvenes de otras partes del país hasta la localidad de Ocaña, con la finalidad antes indicada, si bien no fueron imputados dentro de la presente actuación y no tienen la calidad de coacusados, sí la de coindiciados, por tanto, debieron estar asistidos de defensor cuando rindieron sus declaraciones en el juicio oral, pues, en su caso, no tiene aplicación el artículo 394 de la Ley 906 de 2004.

Le causa «*extrañeza*» a la censora que después de cuatro años de ocurridos los hechos juzgados, la Fiscalía no hubiera imputado a los supranombrados, cuando está claro que formaban parte del grupo delincuencial que reclutaba jóvenes en el municipio de Soacha.

Considera trascendente el vicio denunciado en tanto con base en los testimonios de Carretero Díaz, Gámez y Muñoz, se dictó la sentencia condenatoria en contra de su defendido y de los demás procesados, y de haberse excluido por ilegales, no habrían sido valorados, conduciendo esa circunstancia a su absolución.

En esa medida solicita de la Corte casar el fallo confutado, para absolver al incriminado Diego Aldair Vargas Cortés de los delitos por los cuales fue acusado.

**Cuarto cargo (subsidiario).** La recurrente denuncia que los juzgadores de primer y segundo grado incurrieron en la violación indirecta de la ley sustancial, originada en error de hecho por falso juicio de identidad por adición.

Anota que a fin de corroborar el testimonio de Alexander Carretero Díaz, quien en juicio declaró haber sido la persona que el 9 de enero de 2008 viajó con Fair Leonardo Porras Bernal desde Bogotá hasta un sector conocido como la «Y», en la vía que de Aguachica (Cesar) conduce a Ocaña, la Fiscalía incorporó los tiquetes número 17823928 y 17823929 expedidos en la fecha antes indicada por la empresa Brasilia S.A., a nombre del declarante y de Rafael Porras.

Agrega que no obstante lo anterior, el ad quem afirmó en el fallo que con los tiquetes expedidos por la empresa de transporte se confirmaba lo dicho por el testigo, en el sentido de que viajó con Fair Leonardo Porras Bernal en el trayecto y fecha indicados, cuando lo que dicha prueba dice es que viajó con una persona de nombre Rafael Porras, quedando así evidenciada la distorsión del medio de convicción.

Considera trascendente el error alegado, por cuanto si Carretero Díaz no viajó con Fair Leonardo, sino con un señor Rafael Porras, no es cierto, como lo afirma aquel, que hubiera entregado al primero de los mencionados a Dairo José Palomino, soldado profesional de la sección de inteligencia –S2– del Batallón Santander de Ocaña, ni se trata de la misma persona que estuvo en el billar de propiedad del precitado, ni tampoco es aquella que según Carretero Díaz fue entregada en un retén militar, con lo cual queda sin sustento el fallo de condena.

En consecuencia, pide a la Corporación casar la sentencia impugnada, para absolver a su defendido de los cargos formulados por la Fiscalía.

**Quinto cargo (subsidiario).** Expone la libelista que los falladores de instancia incurrieron en la violación indirecta de la ley sustancial, derivada de error de derecho por falso juicio de legalidad, por cuanto la sentencia tuvo como fundamento el «*testimonio de oídas*» de la investigadora de la Fiscalía Ariacna Lara Contreras, prueba a todas luces ilegal.

Anota que el ad quem tuvo en cuenta como fundamento de la sentencia condenatoria proferida contra los incriminados Quijano Mariño y Vargas Cortés por los delitos de desaparición forzada y concierto para delinquir, el testimonio de Lara Contreras, investigadora de la Fiscalía, quien indicó que el sargento Sandro Mauricio Pérez se había acogido al programa de protección a testigos de dicha entidad, y en una reunión le narró la forma en que a comienzos de 2008 los dos oficiales mencionados le solicitaron un joven con el fin de ejecutarlo y hacerlo aparecer como baja en combate, quien resultó ser Fair Leonardo Porras Bernal.

Luego de transcribir la valoración que de dicho testimonio realizó el Tribunal, la impugnante señala que el sargento Pérez Contreras aún no ha sido vinculado al presente proceso, amén que la «*entrevista*» que el citado supuestamente rindió a la investigadora de la Fiscalía no quedó registrada en ningún medio escrito, grabación magnetofónica o video, tal «*como lo establecen las reglas técnicas de la criminalística*» y los artículos 205 y 206 del Código de Procedimiento Penal, por lo que «*la prueba se torna ilegal y no puede ser valorada, máxime cuando [Sandro Mauricio Pérez] no contó con la presencia de un defensor para poder garantizarle sus derechos fundamentales*», como lo prevé el artículo 282 ibídem.

En esa medida, estima que de conformidad con los artículos 29 de la Carta y 23 de la Ley 906 de 2004, el referido medio de convicción es nulo de pleno derecho, debiéndose excluir parcialmente en lo referente a las manifestaciones que presuntamente le hizo a la testigo el sargento Pérez Contreras, cuya trascendencia radica en que tales atestaciones fueron el sustento de la condena emitida por el juez colegiado contra los acusados Quijano Mariño y Vargas Cortés, además de que «*sirvió como base para estructurar y determinar los aparatos organizados de poder*».

Finaliza mencionando que el fallo de casación es necesario para que esta Corporación determine que es nula de pleno derecho la prueba de referencia testimonial, cuando la declaración anterior del testigo indiciado que no comparece a juicio, no consta en medio escrito o audiovisual y, además, el deponente no está acompañado de un defensor.

En consecuencia, solicita casar la sentencia impugnada, para absolver al teniente el Ejército Nacional Diego Aldair Vargas Cortés de los delitos por los cuales fue acusado.

**Sexto cargo (subsidiario).** Por la senda de la violación directa de la ley sustancial, la casacionista denuncia que el Tribunal interpretó de manera errónea el artículo 340 de la Ley 599 de 2000, que tipifica el delito de concierto para delinquir.

Luego de trascribir apartes de la sentencia de segundo grado, donde el ad quem compendia los argumentos de la apelación interpuesta por la Fiscalía y la apoderada de las víctimas contra el fallo de primera instancia, concretamente en punto de la forma de intervención de los militares en el concurso de delitos, y lo que al respecto resolvió el juez colegiado, que encontró demostrada la responsabilidad de los procesados en calidad de «*coautores a través de un aparato organizado de poder*», la demandante señala que en la sentencia confutada se desconocieron los elementos estructurales del delito de concierto para delinquir y, además, esta conducta «*se confunde con [una] forma de participación en el hecho, cual es la coautoría*».

Seguidamente, cita el artículo 29 del Código Penal y jurisprudencia de esta Corporación sobre la coautoría como forma de intervención en el delito, para afirmar que ésta implica la participación plural de personas que mediando un acuerdo previo o concomitante y con división de trabajo, planifican la comisión de una o varias conductas punibles determinadas, empresa delictiva que dada su complejidad, en ciertos eventos puede prolongarse en el tiempo y tener cierto grado de organización e incluso de jerarquización de sus integrantes para el desarrollo de la actividad criminal, sin que ello comporte necesariamente la existencia del ilícito de concierto para delinquir.

Añade que en el caso concreto al acusado Vargas Cortés solo se le imputa haber participado en el homicidio de Fair Leonardo Porras Bernal, y no se acreditó que en su contra se sigan otras investigaciones por hechos de la misma naturaleza acaecidos durante su permanencia como agregado al Batallón Santander de Ocaña, luego no era procedente emitir condena en su contra por el referido delito contra la seguridad pública.

Indica que el delito en cuestión exige para su configuración cuando menos de tres elementos, a saber: (i) que se concierten dos o más personas, (ii) que sea con el fin de cometer pluralidad de delitos y (iii) que el concierto tenga vocación de permanencia en el tiempo, los cuales afirma la censora, no se presentan a cabalidad en el caso de la especie, pues si bien se da el primero de ellos, en relación con los restantes solo se acreditó la comisión de un único delito, esto es, el homicidio del señor Porras Bernal, que aun cuando concursa con otro ilícito –desaparición forzada–no se trata de que el acuerdo se estableciera para cometer múltiples reatos indeterminados; y tampoco se demostró la permanencia en el tiempo de esa organización, que se conformó para ese único hecho.

Concluye manifestando que con la manera de razonar del juez colegiado, cada vez que un grupo de personas se concierten para asesinar a determinado individuo, además de responder por el homicidio, deberá procesárseles también por el ilícito contra la seguridad pública, con lo cual se está soslayando la prohibición de *non bis in ídem*, lo que en el caso concreto se traduce en que «*los actos preparatorios del homicidio de Fair Leonardo Porras están siendo tipificados como concierto para delinquir, desconociendo que es un requisito de la coautoría el acuerdo previo*».

Considera trascedente el yerro, pues de mantenerse la condena en contra de su representado por el delito en comento, se le haría más gravosa su situación en cuanto al monto de la sanción.

Por tanto, solicita de la Corte casar parcialmente la sentencia impugnada, para absolver al incriminado Diego Aldair Vargas Cortés del delito de concierto para delinquir, efectuando la correspondiente redosificación punitiva.

**Séptimo cargo (subsidiario).** La recurrente expone que el juzgador de segundo grado incurrió en la violación directa de la norma sustancial por interpretación errónea del artículo 165 del Código Penal, que consagra el delito de desaparición forzada.

Luego de trascribir apartes de la sentencia confutada referidos al análisis de la materialidad del delito en comento y de la responsabilidad de los acusados en el mismo, así como de citar el contenido de la norma que estima erróneamente interpretada, la libelista señala que uno de los elementos que estructuran dicha conducta punible es el de «*la privación de la libertad*» de la víctima, el cual considera no se demostró en el asunto de la especie, pues afirma que su representado no privó de la libertad al señor Porras Bernal, ya que fue Ender Obeso quien le propuso al mencionado viajar a Ocaña, y éste aceptó voluntariamente hacerlo en compañía de Alexander Carretero Díaz, en otras palabras, dice la impugnante, en momento alguno se privó de la libertad a Fair Leonardo.

Agrega, además, que si la «*intención o iter criminis*» de los militares era el de traer a una persona, que resultó ser el hoy obitado, para darle muerte y presentarla como baja en combate, el «*elemento volitivo*» solo correspondió a la acción de matar, pero no se le sumó a dicha manifestación de voluntad privar de la libertad a Fair Leonardo Porras Bernal, como tampoco la de ocultarlo o negarse a dar información sobre su paradero, por cuanto después del enfrentamiento armado donde el citado perdió la vida, el comandante del pelotón «*Búfalo 1*» mediante el respectivo informe dejó el cadáver a disposición del CTI de la Fiscalía para su identificación, y en respaldo de su postura cita con amplitud el contenido de instrumentos internacionales que proscriben el delito de desaparición forzada, lo enlistan como crimen de lesa humanidad y consagran los elementos que lo configuran, así como apartes de la sentencia C-317 de 2002 de la Corte Constitucional sobre la exequibilidad condicionada del artículo 165 del Código Penal.

Concluye la casacionista señalando que si la víctima viajó voluntariamente a Ocaña a realizar una «*vuelta*», si no se ocultó su cadáver por parte de los militares y, en cambio, estos presentaron un informe donde brindan información acerca de las circunstancias que rodearon la muerte del señor Porras Bernal, y lo único probado es que éste fue «*engañado como parte de los actos preparatorios para ser asesinado*», entonces no se configura el tipo objetivo del delito de desaparición forzada.

En esa medida, fijando la trascendencia del error en el monto de la pena impuesta a su defendido al hallarlo penalmente responsable del delito en comento, pide a esta Corporación casar parcialmente la sentencia confutada, para absolver al procesado Vargas Cortés del delito contra la libertad individual.

**4. Demanda formulada en nombre de los soldados profesionales Richard Ramiro Contreras Aguilar, Ricardo García Corzo y Carlos Antonio Zapata Roldan.**

Invocando las causales segunda y tercera, previstas en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, la demandante formula tres censuras contra la sentencia de segunda instancia, las dos primeras por nulidad, y una tercera por violación indirecta de la ley sustancial.

**Primer cargo.** Manifiesta que el fallo impugnado se profirió en un juicio viciado de nulidad, por cuanto se desconoció el debido proceso por vulneración de la garantía del derecho de contradicción y, por contera, el de defensa, con trasgresión de los artículos 29 y 228 de la Carta, y 5, 8, 15, y 26 de la Ley 906 de 2004.

Sostiene que la irregularidad que determina la nulidad surge porque los jueces de instancia negaron el decreto de prueba sobreviniente de naturaleza documental, consistente en incorporar al juicio oral copia íntegra del expediente con radicación 2008-00146 del Juzgado Primero Penal Municipal de Soacha, contentivo de la actuación seguida contra el señor Fair Leonardo Porras Bernal por el delito de hurto calificado, mediante la cual se pretendía controvertir las pruebas de la Fiscalía acerca de la personalidad y sanidad mental del citado, tenidas en cuenta para proferir condena en contra de sus representados.

Menciona que al conocerse el contenido de la actuación penal adelantada contra el hoy obitado, lo que aconteció en el juicio oral al momento de practicarse el testimonio del investigador Juan Manuel Angarita, la defensa solicitó el decreto de la referida prueba documental, la cual fue negada por la a quo porque no cumplía las exigencias formales, «*omitiendo como consecuencia de su determinación hacer [el] análisis sobre el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y a la integridad el juicio*», decisión confirmada por el ad quem.

Advierte que la prueba echada de menos habría permitido dotar de credibilidad los testimonios de Evila Garcés, Regina Mogollón, Luis Felipe Mogollón y José de Jesús Romero Espinoza, quienes dieron cuenta de las actividades ilícitas desarrolladas por el señor Porras Bernal, con lo cual resultaba más probable que la presencia del mencionado en el municipio de Ocaña obedeciera a la realización de actividades al margen de la ley, desvirtuando en ese aspecto la teoría de la Fiscalía y dejando sin sustento las conclusiones de los juzgadores de instancia, en cuanto a las circunstancias en que aquel perdió la vida, «*toda vez que analizadas las pruebas en conjunto, incluido el expediente solicitado, no podría llegarse a la conclusión por parte de los falladores que [la muerte de] Fair Leonardo Porras Bernal es producto de una ejecución extrajudicial*».

Añade que uno de los fines del proceso penal es obtener la verdad y la justicia, derecho que les asiste a las víctimas de la conducta punible y a la «*comunidad en general*», luego es obligación del juzgador establecer tales aspectos con objetividad, en los términos del artículo 5 del Código de Procedimiento Penal, norma que estima fue desconocida por ambas instancias.

Resalta que aun cuando se aceptara que hubo un yerro por parte de la defensa, a consecuencia de «*no obtener en forma oportuna*» el aludido expediente, pese a que la Fiscalía solo descubrió una simple certificación sobre anotaciones penales del señor Porras Bernal, de todas maneras los jueces de instancia podían decretar la prueba a fin de garantizar el derecho de defensa de los acusados, haciendo prevalecer el derecho sustancial sobre las formas, según lo prevén los artículos 228 de la Carta y 10 de la Ley 906 de 2004.

Una vez cita jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la prevalencia del derecho sustancial y la figura del «*exceso ritual manifiesto*», en particular como defecto procedimental que afecta las decisiones de los jueces y conduce a una vía de hecho judicial, concluye que en el caso concreto, de haber primado el mencionado derecho, se habría admitido como prueba sobreviniente la documental tantas veces citada, con la cual se restaba credibilidad a las pruebas que sobre el estado de salud mental y la personalidad del Fair Leonardo presentó en juicio oral la Fiscalía y, por contera, se soportaban las de descargo de la defensa, cuyo resultado habría sido la inversión de las conclusiones a las que llegaron los falladores de primer y segundo grado sobre la responsabilidad penal de sus defendidos.

En consecuencia, pide a la Corte decretar la nulidad parcial del proceso a partir de la clausura del ciclo probatorio a cargo de la defensa en el juicio oral, y que se ordene la práctica de la pluricitada prueba documental sobreviniente.

**Segundo cargo.** Acudiendo nuevamente a la nulidad, la censora manifiesta que la sentencia recurrida se emitió en un juicio viciado de nulidad, originada en la vulneración del derecho de defensa a consecuencia de la inobservancia del principio de contradicción de la prueba, con trasgresión de los artículos 29 de la Carta y 5, 8, 15 y 26 de la Ley 906 de 2004.

Menciona que la irregularidad consistió en que la a quo no decretó la prueba sobreviniente de contra refutación, esto es, el testimonio de Adriano Ortiz, con la cual se pretendía desvirtuar la declaración de Luis Alfonso Reyes Torrado, testigo sobreviniente de refutación solicitado por la Fiscalía, en punto de la existencia o no de daños al cultivo de tomate, ubicado en el lugar donde ocurrieron los hechos en que resultó muerto el señor Porras Bernal.

Expone que la pretensión de la defensa era demostrar que el testigo de la Fiscalía había faltado a la verdad, puesto que Adriano Ortiz, codueño de la siembra de tomate, en entrevista realizada por la defensa, informó que allí sí se habían producido daños, no obstante, la juez de primer grado, negó su práctica aduciendo que el estado de dicho cultivo no era un tema significativo para el juicio y, en cambio, resultaba dilatorio del mismo, «*induciendo en error a la defensa*», que ante los argumentos del juzgador se abstuvo de interponer los recursos legales, aun cuando el defensor de otro de los procesados, que también había solicitado su práctica, impugnó horizontalmente la decisión, pero esa pretensión le fue resuelta negativamente con fundamento en las razones expuestas.

Sin embargo, agrega, el estado del cultivo de tomate sí fue tema crucial en las decisiones de primer y segundo grado, cuyos apartes pertinentes trascribe, pues en esa circunstancia se soportó la tesis sobre la inexistencia del «*combate donde fue dado de baja el señor Fair Leonardo Porras Bernal*» y, por ende, la materialidad del delito de homicidio, afectándose por esa razón el principio de contradicción y el derecho de defensa de su prohijado.

Estima trascedente la irregularidad alegada, pues de haberse decretado la prueba sobreviniente de contra refutación, los falladores de instancia habrían advertido que sí hubo daños en el cultivo de tomate donde se presentó el «*combate*», aspecto que los hubiera persuadido de su real ocurrencia.

Así las cosas, solicita a esta Corporación decretar la nulidad parcial del proceso a partir «*del día 6 de febrero de 2012*», y se ordene la práctica de la mentada prueba de contra refutación.

**Tercer cargo.** Denuncia la recurrente que el Tribunal incurrió en violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho derivado de falsos juicios «*de existencia y de identidad*», que condujeron a la aplicación indebida de los artículos 29, 165, 166, num. 1º, y 340 del Código Penal, y a la falta de aplicación del artículo 7º de la Ley 906 de 2004, que consagra el principio *in dubio pro reo*.

Señala que al fijar la responsabilidad penal de sus representados en los delitos de desaparición forzada y concierto para delinquir, el ad quem tuvo en cuenta los testimonios de Ariacna Lara Contreras, investigadora de la Fiscalía, quien afirmó que los acusados Quijano Mariño y Vargas Cortés ordenaron al sargento del Ejército Nacional Sandro Mauricio Pérez Contreras traer a un joven de Soacha hasta Ocaña; y de Alexander Carretero Díaz, el presunto encargado de trasladarlo, quien aseguró «*la presencia del suboficial y los soldados en un retén militar donde fue entregado Fair Leonardo Porras Bernal*».

Expresa que el falso juicio de existencia por suposición recae sobre el testimonio de la investigadora Lara Contreras, testigo de oídas, quien refirió lo que le reveló en una entrevista el sargento Pérez sobre la participación de los oficiales incriminados, quienes le pidieron conseguir una persona para asesinarla y hacerla aparecer como baja en combate, prueba cuyo valor demostrativo se condicionó a la valoración conjunta con otros medios de convicción que la corroborasen, a cuyo efecto el juez colegiado elaboró una serie de indicios, frente a los cuales la casacionista lanza críticas personales, bien porque estima que en la construcción de algunos de tales silogismos no estaba acreditado el hecho indicador, ora porque el yerro estaba en la inferencia lógica o bien por ausencia de «*nexo causal*» entre el hecho indicador y el indicado.

Concluye que la prueba indiciaria construida por el Tribunal no permite afirmar, «*más allá de toda duda razonable*», que los acusados Quijano Mariño y Vargas Cortés ordenaron al sargento Pérez Contreras trasladar un joven para darle muerte y presentarlo como resultado operacional, tal como lo afirmó la investigadora Ariacna Lara Contreras de acuerdo al relato que presuntamente el mencionado militar le hizo en una reunión, del cual, resalta, no se dejó registro alguno.

De otro lado, añade, que en desarrollo de las labores de verificación de la información suministrada por el Sargento Pérez Contreras a la investigadora, solo parte de la misma se pudo constatar, pues en relación con otros aspectos no fue posible tal cometido como, afirma, lo reconoció la declarante Ariacna Lara Contreras, quien dijo haber tratado infructuosamente de entrevistarse con el mayor Quijano Mariño y el teniente Vargas Cortés, miembros del Ejército Nacional.

Manifiesta que en razón de lo anterior, surge claro que en la actuación no obra prueba demostrativa de la supuesta «*solicitud u orden*» emitida por los oficiales en mención, luego carecen de sustento las aseveraciones del ad quem en el sentido de que los militares citados conformaron un aparato organizado de poder y que de ellos provino la «*orden*» de conseguir un joven con la finalidad antes señalada, así como que una vez obtenida la persona en cuestión –Fair Leonardo–, fue entregada a la tropa bajo su mando, esto es, a los integrantes del Pelotón «*Búfalo 1*» de la Compañía Plan Vial Meteoro No. 3, conformada, entre otros, por sus representados, para que lo ejecutaran, haciéndolo aparecer después como baja en combate.

Anota que además de lo anterior, el juez colegiado incurrió igualmente en un falso juicio de identidad por adición en relación con el testimonio de Alexander Carretero Díaz, por cuanto a partir de su dicho afirmó que los acusados Contreras Aguilar, García Corzo y Zapata Roldán, se encontraban presentes en el retén militar donde el 11 de enero de 2008 supuestamente fue entregado el señor Porras Bernal, y con fundamento en ello, expresa la libelista, el juzgador de segundo grado «*infirió el grado de participación directa en el delito de desaparición forzada de los soldados profesionales, con base en una secuencia cronológica»*.

Dice que los falladores de instancia agregaron a la declaración de Carretero Díaz, situaciones que no corresponden a su contenido material, relativas a las circunstancias que rodearon los hechos ocurridos la noche del 11 de enero de 2008, fecha en que presuntamente Fair Leonardo fue entregado a un grupo de militares para ser ejecutado, tales como: (i) la existencia de un retén conformado por militares; (ii) la presencia en ese retén de un mayor del Ejército Nacional de apellido Rodríguez; (iii) la ubicación en el retén de un vehículo automotor tipo camioneta NPR; (iv) que Fair Leonardo fue despojado de sus documentos de identificación al momento de ser recibido por los militares en el pluricitado retén; y, (v) que Carretero Díaz no alcanzó a percibir de manera precisa los uniformados que integraban el mismo.

Estima que de tales adiciones realizadas al testimonio en cuestión, se desprendió la participación de sus defendidos en el delito de desaparición forzada, puesto que se les ubicó en un retén inexistente, integrado por un vehículo tipo camioneta NPR y un grupo de militares que el testigo nunca dijo haber visto esa noche, así como de la circunstancia de conformar el Pelotón «*Búfalo 1*», el cual reportó la baja en combate del señor Porras Bernal, de lo que se infirió que fueron sus miembros a quienes se entregó el mencionado joven para ser ejecutado.

Tales yerros, agrega la impugnante, comportaron la aplicación indebida del artículo 29, inciso 2º, del Código Penal, pues con base en los testimonios sobre los cuales recayeron aquellos, el Tribunal atribuyó responsabilidad a sus representados como coautores bajo la modalidad de aparatos organizados de poder.

Sostiene que si bien la legislación interna y la jurisprudencia nacional reconocen la viabilidad de aplicar la tesis de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, no basta para su estructuración con la sola afirmación sobre su existencia, sino que es indispensable que exista una «*orden*» emitida por el dirigente de la organización, que en últimas cumple el ejecutor material, aun cuando no tenga un contacto directo con aquel.

Afirma que la orden de conseguir a un joven para ejecutarlo extrajudicialmente, fue la base sobre la cual el juzgador de segundo grado determinó la existencia de un aparato organizado de poder y la pertenencia al mismo de los militares incriminados, orden que asevera, adolece de fundamento probatorio, impidiendo por tanto que se cumpla el recorrido descendente en la cadena, que se predica de este tipo de participación.

En igual sentido, señala, que a consecuencia de los vicios alegados, el juez colegiado aplicó indebidamente el contenido de los artículos 165 y 166 del Código Penal, que tipifican el delito de desaparición forzada agravada, y 340 inciso 2º ibídem, que prevé el delito de concierto para delinquir agravado, y dejó de aplicar el artículo 7º de la Ley 906 de 2004, que consagra el principio *in dubio pro reo*.

Errores que estima trascedentes, pues la condena que el ad quem dictó en contra de sus defendidos por los delitos antes referidos, revocando la absolución proferida por la a quo en relación con los mismos, se sostuvo en la forma de participación de aparatos organizados de poder, tesis que a su vez construyó producto de los falsos juicios de existencia e identidad en que incurrió.

En esa medida, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada, para en su lugar absolver a los acusados Richard Ramiro Contreras Aguilar, Ricardo García Corzo y Carlos Antonio Zapata Roldán, de los delitos de desaparición forzada agravada y concierto para delinquir agravado.

**CONSIDERACIONES DE LA CORTE**

**1.** Conforme a la normativa recogida en el Código de Procedimiento Penal de 2004, la casación se establece con una doble connotación, tanto de control constitucional, como legal de las sentencias proferidas en segunda instancia en orden a consolidar la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a éstos y la unificación de la jurisprudencia.

Ahora bien, sin perjuicio de la facultad que la ley otorgó a la Sala de Casación Penal de la Corte de superar los defectos de la demanda para decidir de fondo en aquellos eventos en que los fines de la casación, su fundamentación, posición del impugnante dentro del proceso e índole de la controversia planteada, así lo ameriten, el recurso extraordinario no es un mecanismo carente de rigor.

En efecto, la casación penal no puede entenderse como una instancia adicional para debatir aspectos que ya fueron materia de controversia, o como facultad ilimitada para revisar el proceso; ni la demanda puede elaborarse utilizando un discurso de libre composición, por el contrario, dado el carácter extraordinario y rogado del recurso, en el cual se examina la legalidad de la sentencia, está ligado a causales taxativas que tienen contenidos propios, referidas a vicios sustanciales o procesales. Además, en el desarrollo de cada uno de los reparos formulados, se deben cumplir unos requisitos mínimos de lógica y adecuada fundamentación, cuyo desconocimiento conlleva a su inadmisión, como lo establece el inciso 2º del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

Es así que según el citado precepto, mediante decisión motivada la Corte está facultada para no seleccionar aquellas demandas que se encuentren en cualquiera de los siguientes supuestos: “*Si el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación o cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso.*”

Significa lo anterior, que dada la preponderancia de los fines del recurso extraordinario en la sistemática de la Ley 906 de 2004, aun cuando la demanda de casación no reúna las exigencias formales y sustanciales, la Corte puede superar sus defectos y decidir de fondo el asunto si lo advierte necesario en orden a garantizarlos; y de igual forma, no obstante cumplir el libelo con los requisitos de lógica y debida fundamentación, procede su inadmisión si de acuerdo a dichos fines no se precisa de un fallo de mérito.

**2.** Previo al estudio de admisibilidad de las demandas de casación presentadas, es necesario precisar que de acuerdo con el principio de prioridad, la Sala asumirá en primer lugar el análisis de los reproches por nulidad propuestos como principales por los defensores de todos los procesados que interpusieron el recurso de casación.

Así mismo, por razones metodológicas, seguidamente se procederá al análisis de las censuras formuladas por violación indirecta de la norma, el cual, en algunos eventos, se hará conjunto en relación con aquellas que tienen similar fundamento fáctico y jurídico y, finalmente, se estudiarán los cargos por violación directa de la ley sustancial.

**3.** De entrada la Corte advierte que los libelos no reúnen los requisitos de lógica y adecuada fundamentación que exige el recurso extraordinario, lo que conduce a su inadmisión, como a continuación se explica.

**3.1 De la nulidad.**

Si bien la Sala ha dicho que la nulidad es menos exigente en su demostración que las otras causales de casación, lo cierto es que impone al censor proceder con precisión y claridad a identificar la clase de irregularidad sustancial que determina la invalidación; señalar si se trata de un vicio de estructura o garantía; plantear sus fundamentos fácticos; indicar los preceptos que considera conculcados; expresar la razón de su quebranto; y, especificar el momento de la actuación a partir de la cual se produjo el vicio.

Asimismo, compete al casacionista informar la cobertura de la invalidez, evidenciar que procesalmente no existe manera diversa de restablecer el derecho afectado y, lo más importante, comprobar que la anomalía denunciada tuvo injerencia perjudicial y decisiva en la declaración de justicia contenida en el fallo impugnado –*principio de trascendencia–*, dado que el recurso extraordinario no puede fundarse en especulaciones, conjeturas, afirmaciones carentes de demostración o en situaciones ausentes de quebranto.

**3.1.1 Primer cargo por nulidad de las demandas formuladas a nombre de los procesados Diego Aldair Vargas Cortés, Carlos Manuel González Alfonso, Richard Ramiro Contreras Aguilar, Ricardo García Corzo y Carlos Antonio Zapata Roldán.**

Los actores coinciden en señalar que el vicio de garantía que denuncian se origina en la negativa de los juzgadores de instancia de decretar como prueba documental sobreviniente, la copia del proceso penal con radicado 2008-0146, adelantado en el Juzgado Primero Penal Municipal de Soacha contra Fair Leonardo Porras Bernal por el delito de hurto calificado.

En términos generales, los defensores afirman que con esa prueba se pretendía demostrar la capacidad de delinquir del mencionado y la mejoría de su discapacidad cognitiva y con ello controvertir algunos medios de convicción presentados por la Fiscalía sobre los aspectos antes referidos, así como apuntalar los de descargo de la defensa, orientados a demostrar que el hoy obitado se encontraba en la región de Ocaña con la finalidad de cometer delitos –extorsiones–, y que en ejercicio de tal actividad criminal fue dado de baja en combate sostenido con los militares aquí procesados.

En desarrollo del cargo de nulidad así propuesto, le correspondía a los demandantes la carga de acreditar los siguientes aspectos: (i) la pertinencia, utilidad y admisibilidad del medio de conocimiento echado de menos, (ii) la posibilidad de su práctica tanto en el momento en que fue negado, como en la actualidad; (iii) su capacidad suasoria; (iv) cómo de haberse decretado y admitido su valoración en conjunto con los demás elementos de persuasión, oportuna y legalmente practicados en el juicio oral, habría trocado la declaración de justicia contenida en el fallo confutado –*trascendencia*–; y, finalmente, pero no menos importante, (v) que en el caso concreto se reúnen las exigencias legales contenidas en el inciso final del artículo 344 de la Ley 906 de 2004, para decretar como prueba sobreviniente la documental referida al proceso tramitado en el Juzgado Primero Penal Municipal de Soacha.

Sin embargo, tal labor argumentativa no es abordada con el rigor lógico propio del recurso extraordinario, limitándose el discurso de los censores a los aspectos relativos a la pertinencia y utilidad de la prueba echada de menos, pero desde su particular óptica, es decir, lo que en su personal criterio demuestra, principalmente que con ella pretendían establecer que el retardo mental moderado que desde niño padecía Fair Leonardo, producto de una meningitis, había mejorado considerablemente, y que si éste estaba en capacidad de cometer delitos valiéndose de un arma blanca, también era probable que hubiera viajado a Ocaña de manera voluntaria, no mediante engaños, con el objeto de realizar actividades criminales como la extorsión, según los atestiguaron los miembros de la familia Mogollón, quienes aseguraron haber sido víctimas de su accionar delincuencial, y de esta forma justificar su homicidio por parte de miembros del Ejército Nacional.

No obstante, los recurrentes evaden hacer un análisis crítico de la prueba documental en cuestión, valga decir, sopesarla conforme a los postulados de la sana crítica en orden a determinar cuál es su valor demostrativo, como también eluden de manera conveniente referirse a la trascendencia del error alegado, esto es, evidenciar cómo la inclusión del pluricitado medio de convicción en el haz probatorio practicado en el juicio oral habría determinado la absolución de los militares acusados, quedándose los reparos en meras afirmaciones carentes de sustento, con la pretensión de entronizar su personal valoración probatoria sobre el citado elemento de persuasión.

Más aún, en las glosas formuladas por los censores ni siquiera se hizo mención a los argumentos expuestos por el Tribunal al resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado González Alfonso contra la sentencia de primera instancia, pues una de sus peticiones era precisamente la declaratoria de nulidad por el motivo antes expuesto, frente a la cual consideró el ad quem que además de no reunirse los requisitos contemplados en el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal para decretar la prueba sobreviniente, en el juicio oral se había acreditado la existencia del proceso penal adelantado en contra de Fair Leonardo Porras Bernal, a través del testimonio de Juan Miguel Angarita, investigador de la defensa, quien declaró sobre las actividades delictivas que supuestamente desarrollaba el interfecto en la localidad de Soacha, aspecto al que también se refirió ampliamente el testigo de la defensa José de Jesús Romero Espinosa, quien dijo haberlo conocido como miembro de una banda delincuencial denominada «*Los Pancoques*».

Por tanto, a los libelistas correspondía, cuando menos, indicar cuál era la capacidad suasoria de la prueba documental desechada por los juzgadores de instancia y su incidencia en la decisión de condenar a sus representados por los delitos objeto de la acusación, amén de demostrar la concurrencia de las exigencias legales para decretar la prueba sobreviniente.

Sobre este último punto debe resaltarse, tal como se destacó en el fallo de segundo grado, que el representante de la Fiscalía, aún antes de la oportunidad legal correspondiente, había dado a conocer a la defensa de los incriminados Quijano Mariño y Vargas Cortés, un informe sobre anotaciones y antecedentes penales del obitado Porras Bernal, donde consta la existencia de la investigación penal adelantada en contra de éste, documento que fue descubierto en la audiencia preparatoria y respecto del cual se hizo la correspondiente solicitud probatoria por el abogado de los procesados en mención, la cual fue decretada como prueba en la referida oportunidad para ser incorporada a través del investigador Juan Miguel Angarita[[1]](#footnote-1), pero que en últimas no fue introducida al juicio oral por la parte que la pidió[[2]](#footnote-2).

Y aun cuando así lo reconocen los impugnantes, consideran que el ente acusador no cumplió con el deber de obrar con «*objetividad y transparencia*» en el descubrimiento probatorio pues, dicen, no solo debió entregar la certificación de antecedentes y anotaciones de Fair Leonardo, sino también copia del respectivo expediente.

Tal aserto resulta equivocado, pues si los apoderados de los incriminados sabían de la existencia del mentado proceso, porque de ello se enteraron en la audiencia preparatoria, conforme lo dispone el canon 356 de la Ley 906 de 2004, la carga de enunciarla y solicitar su decreto en la referida oportunidad, para ser incorporada como prueba documental en el juicio oral, era exclusivamente de la defensa, en tanto resultaba favorable a dicha parte, que, además, valga resaltar, en la sistemática del proceso acusatorio, cuenta con facultades investigativas para recolectar los elementos materiales probatorios y la evidencia física que estime necesarios para el adecuado ejercicio del derecho de defensa –art. 125-9 ibídem–, por lo cual resulta infundado pretender que esa tarea la realizara la Fiscalía, cuya obligación no es precisamente la de investigar tanto lo desfavorable como lo favorable al acusado, principio característico de procedimientos de corte inquisitivo.

Tampoco es acertada la tesis sostenida por los casacionistas relativa a que los jueces de instancia, al negar el decreto de la prueba documental tantas veces mencionada, le dieron preponderancia a la mera formalidad sobre el derecho sustancial, en el caso concreto materializado en la garantía del derecho de defensa de los procesados, desconociendo de esa manera lo normado en los artículo 228 de la Carta y 10 del Código de Procedimiento Penal e, incurriendo así, en lo que la jurisprudencia constitucional denomina «*exceso ritual manifiesto*», bajo la consideración de que aun cuando la defensa hubiera incurrido en una omisión, el medio probatorio en cuestión resultaba determinante para ejercer el derecho de contradicción y cumplir los fines del proceso penal a la verdad y la justicia.

En efecto, en el sistema procesal de tendencia acusatoria consagrado en la Ley 906 de 2004, dado su carácter adversarial, corresponde a las partes adelantar la actividad investigativa que estimen conveniente a sus particulares intereses, en orden a obtener los elementos de convicción respecto de los cuales en la oportunidad legal correspondiente harán las solicitudes probatorias, para de esa manera sustentar en juicio oral su teoría del caso.

No obstante, a fin de evitar que se sorprenda a la parte contraría y para garantizar, entre otros, los principios de igualdad, contradicción y lealtad, las partes tienen el deber de descubrir los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida que hayan recaudado y que pretendan hacer valer como prueba en el juicio, obligación que en el caso de la Fiscalía comprende incluso «*aquellos elementos favorables al acusado*» que estén en su poder, tal como lo estipula el literal f) del artículo 337 de la Ley 906 de 2004, todo lo cual debe ocurrir en las precisas oportunidades que la normativa en mención lo establece, esto es, en el escrito de acusación, en la audiencia de formulación de acusación y hasta la audiencia preparatoria, de conformidad con los artículos 337, 344 y 356, numeral 2º, ibídem.

Cabe resaltar que el incumplimiento al deber de descubrimiento probatorio comporta, a manera de sanción, el rechazo de aquellos elementos de persuasión que debieron ser objeto de aquel, luego «*no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio*», según lo establece el artículo 346 del Código de Procedimiento Penal.

Surge patente, entonces, que el trámite de descubrimiento es de la esencia del sistema penal acusatorio y hace parte del debido proceso probatorio, así mismo tiene notable incidencia en el derecho de defensa, en la medida en que la admisibilidad de la prueba está condicionada a su cabal cumplimiento.

Ahora bien, como excepción a la regla sobre descubrimiento probatorio está la prueba sobreviniente, toda vez que es posible que por fuera de las oportunidades antes señaladas el juez admita un elemento de convicción, siempre que se cumplan los requisitos que se desprenden del inciso final del artículo 344 de la Ley 906 de 2004, esto es, que: (i) surja en el curso del juicio, bien porque se deriva de otra prueba allí practicada, ora porque en su desarrollo alguna de las partes encuentra un elemento de convicción hasta ese momento desconocido; (ii) la omisión de descubrimiento no sea imputable a la parte interesada en la prueba; (iii) el elemento material probatorio o evidencia física, derivado o encontrado, sea «*muy significativo*» o importante por su incidencia en el caso; y, (iv) su admisión no comporte serio perjuicio al derecho de defensa y a la integridad del juicio.

Sobre las exigencias que se deben cumplir para admitir la prueba sobreviniente, la Sala tiene dicho:

*Existe, sin embargo, la posibilidad de que ya en el juicio oral alguna de las partes intervinientes solicite la práctica de una prueba, la cual podrá ser decretada por el Juez, si se reúnen las condiciones exigidas en el inciso final del artículo 344 del Código de Procedimiento Penal. Es decir, que ese medio de prueba solicitado se hubiere encontrado durante el desarrollo del juicio, que sea muy significativo por su incidencia en el juzgamiento y que, por ende, deba ser descubierto.*

*En tal evento, dice la norma, “oídas las partes y considerando el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio”, el Juez decidirá si excepcionalmente la prueba encontrada y solicitada es admisible o si debe excluirse.*

*Un caso de esta naturaleza podría presentarse cuando de una prueba practicada en el juicio surja la necesidad de practicar otra; o cuando en desarrollo del juzgamiento alguna de las partes “encuentre” o se entere sobre la existencia de un medio de conocimiento que antes ignoraba, por alguna razón lógica y atendible.*

*No clasifican dentro de este rango de pruebas excepcionales (encontradas o derivadas), aquellas que conociéndose con antelación, o siendo evidentes y obvias, no se hubiesen enunciado ni descubierto en las oportunidades legales para ello, por causas atribuibles a la parte interesada en la prueba; entre ellas, incuria, negligencia o mala fe.* (Subraya no original) (CSJ SP, 30 Mar. 2006, Rad. 24468)

En el asunto de la especie, quedó claro que los defensores de los militares acusados conocían de la existencia de la investigación penal adelantada contra el interfecto Porras Bernal, pues así se los informó la Fiscalía y se descubrió en la audiencia preparatoria, al punto que esa prueba fue decretada en dicha oportunidad por solicitud que hiciera el abogado de los procesados Quijano Mariño y Vargas Cortés, situación que los demandantes aceptan sin ambages.

En ese orden, resulta inadmisible que en sede de casación aquellos aleguen la violación del derecho de defensa de sus prohijados a consecuencia de haberse negado el decreto como prueba sobreviniente del expediente penal seguido contra el obitado, cuando en la audiencia preparatoria tuvieron oportunidad de enunciarla y solicitar su práctica en juicio oral.

Esa es precisamente una de las situaciones en que se torna improcedente aplicar la admisibilidad excepcional de pruebas en el juicio oral, prevista en el inciso final del canon 344 del Código de Procedimiento Penal, pues dicha figura no está consagrada para purgar la «*incuria, negligencia o mala fe*» de la parte interesada que debido a esos u otros motivos, sin justificación razonable, no la enuncia y solicita en la oportunidad correspondiente.

Tampoco puede aceptarse la afirmación de que los juzgadores de instancia dieron preponderancia al rito procesal y no al derecho sustancial, pues como quedó visto, en el proceso penal de tendencia acusatoria el descubrimiento probatorio dice relación con principios rectores y garantías procesales, tales como la igualdad (art. 4º C.P.P.), lealtad (art. 12 ibídem) y contradicción (art. 15 ejusdem), y su desconocimiento conduce a la vulneración del debido proceso y el derecho de defensa, de donde resulta obvio concluir que dicho procedimiento no es una mera formalidad, como equivocadamente lo entienden los censores.

Finalmente, cabe destacar que en la sesión del 6 de febrero de 2012 del juicio oral, la solicitud de decreto de la pluricitada prueba sobreviniente fue formulada únicamente por el apoderado del acusado González Alfonso, quien ante la negativa del a quo de acceder a ella interpuso el recurso de apelación que fue resuelto confirmando la decisión, y fundado en dicha circunstancia planteó en la impugnación de la sentencia de primer grado la violación del derecho de defensa de su representado, luego los defensores de los restantes procesados que no pidieron incorporar como prueba sobreviniente el expediente radicado 2008-0146, seguramente porque no lo consideraron de utilidad para su estrategia defensiva, adolecen de interés para proponer en sede extraordinaria el cargo de nulidad en los términos antes reseñados.

Adicionalmente, se observa que los censores no demuestran la trascendencia de su reparo frente al restante acervo probatorio.

En consecuencia, se rechazarán los cargos propuestos por nulidad en punto de la prueba sobreviniente.

**3.1.2 Segundo cargo por nulidad de las demandas formuladas a nombre de los procesados Diego Aldair Vargas Cortés y Richard Ramiro Contreras Aguilar, Ricardo García Corzo y Carlos Antonio Zapata Roldán.**

En sustento de esta glosa invalidatoria, los recurrentes exponen que se afectó el derecho de defensa de los procesados a raíz de la irregularidad originada en la negativa del a quo de decretar la «*prueba sobreviniente de contra refutación*», esto es, el testimonio de Adriano Ortiz, con el cual la defensa pretendía desvirtuar la declaración de Luis Alfonso Reyes Torrado, testigo de refutación solicitado por la Fiscalía, quien refirió la ausencia de daños en el cultivo de tomate donde ocurrieron los hechos en que resultó muerto Fair Leonardo Porras Bernal, a partir del cual los falladores de instancia dedujeron que no había mediado un combate, sino que se trató de una ejecución.

Lo primero que advierte la Sala es que no obstante ser el tema central de los referidos cargos el relativo a la denominada prueba de refutación, nada dicen los libelistas acerca de su entendimiento y alcance, mucho menos de qué manera se articula en la sistemática de tendencia acusatoria prevista en la Ley 906 de 2004, ni cuáles son las exigencias que debe cumplir para su admisibilidad en juicio.

Conviene resaltar que en la citada normativa la única alusión a la prueba de refutación está contenida en el artículo 362, que reza:

*Decisión sobre el orden de la presentación de la prueba. El juez decidirá el orden en que debe presentarse la prueba. En todo caso, la prueba de la fiscalía tendrá lugar antes que la de la defensa, sin perjuicio de la presentación de las respectivas pruebas de refutación en cuyo caso serán primero las ofrecidas por la defensa y luego las de la fiscalía.* (Subraya fuera de texto)

Sin pretender ahondar en el tema, en un primer acercamiento al mentado concepto, queda claro que el legislador no indicó lo que debe entenderse por prueba de refutación, tampoco dijo si se trataba de una figura autónoma o cómo debe aplicarse, ni en qué eventos resulta admisible, como sí lo hizo, por ejemplo, en relación con la prueba sobreviniente (art. 344 CPP) y la prueba de referencia (art. 437 ibídem).

En esa medida, si refutar significa «*Contradecir, rebatir, impugnar con argumentos o razones lo que otros dicen*»[[3]](#footnote-3), bien puede afirmarse que en sentido lato la prueba de refutación es aquella que se ofrece con la finalidad de controvertir o contraprobar la presentada por la contraparte, en orden a restarle credibilidad.

Ahora bien, de una interpretación sistemática de las normas que regulan el régimen probatorio en el procedimiento consagrado en la Ley 906 de 2004, surge claro que la prueba de refutación no puede ser ajena a las reglas que informan el debido proceso probatorio, esto es, el descubrimiento de los elementos de convicción que las partes pretendan hacer valer en el juicio, que va desde el escrito de acusación y la respectiva audiencia de formulación de acusación, para el caso de la Fiscalía, y se extiende hasta la audiencia preparatoria, inclusive, donde la carga corresponde a la defensa; su posterior enunciación y solicitud probatoria en la antedicha oportunidad; y, por último, su práctica y aducción en el juicio oral.

En tal sentido, es deber de las partes efectuar el descubrimiento de los elementos de prueba, incluyendo aquellos de refutación, en las oportunidades que la ley señala, cuyo incumplimiento genera su rechazo en los términos del artículo 346 del Código de Procedimiento Penal, para posteriormente enunciar los que llevará al juicio y hacer las respectivas solicitudes probatorias con indicación de su pertinencia, utilidad y admisibilidad, a fin de que se decrete su práctica, puesto que «*toda prueba debe ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria»*, conforme lo dispone el artículo 374 ibídem.

Ahora, en caso de que la prueba de refutación surja en desarrollo del juicio oral, para su admisión deben concurrir las exigencias contenidas en el inciso final del artículo 344 de la Ley 906 de 2004, valga decir, que la parte encuentre el elemento de convicción durante el juicio o se derive de otra prueba allí practicada, que hasta ese momento no conocía o no le era previsible conocer, que sea muy significativo para el caso y que la omisión en su descubrimiento no obedezca a causas atribuibles al interesado, amén que el juez deberá evaluar el impacto negativo que su aceptación acarree al derecho de defensa y a la integridad del juicio.

En el caso concreto, la juez de primer grado bajo el entendido de que la petición de la defensa de los acusados Contreras Aguilar, García Corzo y Zapata Roldán se contraía a la admisión de prueba de refutación que no había sido descubierta en la oportunidad legal, ni solicitada su práctica en la audiencia preparatoria, sino que surgió en el juicio, para decidir acudió a lo normado en el inciso final del artículo 344 de la Ley 906 de 2004.

Encontró la a quo que no se reunían las exigencias del citado precepto, por cuanto el testigo Adriano Ortiz, que se pretendía traer para refutar la declaración de Luís José Torrado Reyes, iba a referirse puntualmente a si habían ocurrido daños, no en la siembra de tomate, sino en los hilos que sostenían las matas del citado fruto, cuando el último en mención había atestiguado sobre lo primero, y aclarado que Adriano Ortiz no le había comentado nada respecto del deterioro en los hilos, entre otras razones, porque no era su mediero en ese cultivo, sino en otro, concluyendo la juzgadora que «*en punto del daño a los hilos, que no del cultivo, encuentra el despacho que no resulta uno de estos aspectos relevantes o que resulten muy significativos para este juicio*»[[4]](#footnote-4), amén de considerar que de accederse a esa solicitud se estaría afectando la integridad del juicio, razones por las que negó su decreto.

Tal motivación se ofrece razonable, pues uno de los aspectos a tener en cuenta al decidir sobre la admisión de la prueba sobreviniente, sea o no de refutación, es precisamente la relevancia que tiene el medio de convicción para el caso, que no halló demostrada la juez de conocimiento, y en esa medida decidió negar su práctica, decisión que, valga resaltar, en ese puntual aspecto no fue impugnada por ninguno de los defensores.

Agréguese que en el libelo presentado en nombre de los incriminados Contreras Aguilar, García Corzo y Zapata Roldán, la impugnante reconoce que contaba con una entrevista realizada a Adriano Ortiz por uno de sus investigadores, amén de que en la audiencia preparatoria se hicieron solicitudes probatorias, tanto por la Fiscalía como por la defensa, tendientes a demostrar circunstancias relevantes de la escena del crimen, decretándose la práctica de los testimonios de los investigadores de la Fiscalía Nancy Santiago Santiago y Miguel Ángel Mejía Álvarez, quienes realizaron inspección al cadáver de Fair Leonardo Porras Bernal y al lugar de los hechos, así como del investigador de la defensa Juan Miguel Angarita.

Entonces, el aspecto atinente a si el cultivo de tomate contiguo al lugar donde ocurrieron los hechos en que fue muerto el señor Porras Bernal, había resultado o no afectado, para de esa manera corroborar o infirmar la tesis del combate entre los militares procesados y el acusado, era un tema previsible para las partes, y por tanto era carga de la defensora de los soldados profesionales descubrir y solicitar en la respectiva audiencia, las pruebas que aparecían obvias para sustentar su tesis, entre ellas, el testimonio de Adriano Ortiz, máxime cuando la abogada reconoce que contaba con una entrevista que el citado había rendido a uno de sus investigadores, pero como no la descubrió, esa omisión, que sin duda le es atribuible, impide admitir la referida declaración como prueba sobreviniente en el juicio.

Adicionalmente, en punto de la trascendencia, los casacionistas se limitan a afirmar que de haberse decretado la pluricitada prueba sobreviniente de contra refutación, los falladores habrían concluido que efectivamente se produjeron daños al cultivo de tomate donde ocurrieron los hechos y, por contera, que realmente existió el «*combate*» reportado por los militares, el cual determinó la muerte de Porras Bernal, para de allí inferir la ausencia de responsabilidad de aquellos en el delito de homicidio agravado.

Sin embargo, se quedan cortos, en la medida en que renuncian a indicar la capacidad demostrativa del medio probatorio que echan de menos, y se abstienen de realizar la confrontación de dicho elemento de convicción con la restante prueba legal y oportunamente practicada en el juicio, en orden a evidenciar cómo de haberse recibido la declaración de Adriano Ortiz, habrían quedado sin piso las razones que los falladores de instancia expusieron para concluir que la muerte de Fair Leonardo no ocurrió a consecuencia de un combate, sino que fue ejecutado por los procesados, lo que conllevó a estimar demostrada su responsabilidad en el delito contra la vida.

Destaca la Sala que los juzgadores de primero y segundo grado no soportaron la conclusión de la ausencia de daños en el mencionado cultivo de tomate exclusivamente en la declaración de su propietario Luis José Torrado Reyes, sino que se basaron, principalmente, en los testimonios de los investigadores de la Fiscalía y en las evidencias que éstos incorporaron como pruebas al juicio oral, tales como el registro fotográfico del lugar de los hechos, obtenido al momento de realizar la inspección al cadáver de Fair Leonardo Porras Bernal.

Al efecto, resulta oportuno citar lo que señaló el a quo acerca de la ausencia de daños en el cultivo de tomate donde supuestamente se verificó el enfrentamiento armado en que resultó muerto el supranombrado, fallo que junto al de segundo grado conforman en sede del recurso extraordinario una unidad inescindible cuando apuntan en una misma dirección:

*Para el Despacho es fidedigna la descripción que hacen los señores Ángel Mejía y Santiago Santiago, del lugar de los hechos. Esta primera inspección es la oportunidad más importante para la observación, reconocimiento y recuperación de los elementos materiales de prueba y la evidencia física, constituyéndose, por tanto, en la principal fuente de información que nos acerca a la realidad de lo acontecido (…).*

*No solamente porque los testimonios analizados conforme a las reglas de la sana crítica se presentan creíbles, por la forma como se describió el lugar y las condiciones del mismo tras ocurridos los sucesos, sino porque los mismos se hallan corroborados por las imágenes fotográficas que hacen parte del informe ejecutivo y el testimonio del propietario del inmueble donde tiene ocurrencia el insuceso.*

*Fluye clara, entonces, la coincidencia entre lo narrado por los investigadores quienes de primera mano inspeccionaron la escena de los funestos acontecimientos, esto es, los investigadores criminalísticos del CTI de Ocaña, Norte de Santander, Nancy Santiago y Miguel Ángel Mejía, acerca de su percepción directa sobre el inmueble, y sus plantaciones, concretamente en aspectos tales como que el cultivo de tomate no presentaba alteraciones ni daños (…).*

Y sobre el mismo tema, dijo el ad quem:

*De igual forma se desvirtúa la tesis del combate legítimo con el análisis del terreno en que se produjeron los hechos. Así, conforme la fijación fotográfica (hecha por Miguel Ángel Mejía Álvarez–funcionario del CTI), la muerte de Fair Leonardo se produjo en un sector rural junto a los cultivos de tomate y maíz ubicados en dicho terreno. Conforme a las fotografías allegadas, se observa que el cultivo de tomates no tenía altura superior aproximada a los 50 centímetros, estando atados a través de hilos y palos de aproximadamente un metro de alto, que permiten el paso entre los cultivos por medio de zurcos (sic), pero no a través de las matas, para darles sostenibilidad a las plantas.*

*Pese a que el cuerpo se encontró a la margen izquierda del cultivo de tomates, las plantaciones adyacentes no tienen daños que sugieran la presencia de aproximadamente 9 personas en un combate (5 militares y 4 supuestos delincuentes) con una duración aproximada de 10 minutos, pues de ser así, las plantaciones tendrían, en modo alguno, rastro del paso de uno de los intervinientes, y no se advierten daños en los hilos y palos (…). Es decir, no es la situación que se esperaría encontrar luego de un combate a fuego abierto con un número plural de intervinientes.*

*La anterior afirmación encuentra respaldo también en lo dicho por el señor Luís José Torrado, propietario de los mencionados cultivos, quien en trámite del juicio oral afirmó que estos no sufrieron ningún tipo de daño luego de los hechos.*

*(…)*

*El declarante en mención es testigo directo del estado de las matas, hecho que se acompasa de manera acorde con los demás elementos probatorios, como la fijación fotográfica y el dicho de los funcionarios del CTI Nancy Santiago y Miguel Ángel Mejía, quienes también percibieron de manera personal la escena de los hechos, entre ellos, las plantaciones de tomate.*

En cuanto a la inexistencia del combate, en orden a demostrarla, los jueces de instancia no solo tuvieron en cuenta la ausencia de daños en el cultivo de tomate, como lo señalan los demandantes, sino también, entre muchas otras circunstancias, las siguientes:

(i) En la inspección al lugar de los hechos no se registró evidencia –huellas o pisadas– que indicaran la presencia de los tres sujetos que presuntamente acompañaban al hoy obitado.

(ii) Aun cuando se afirma que los cuatro individuos que atacaron a los militares portaban armas cortas, según el informe rendido al CTI por el teniente del Ejército Nacional Vargas Cortés, en el sitio fueron halladas 9 vainillas calibre 9 mm, que según el perito balístico Joel Moya Denante fueron disparadas por una sola arma de fuego, esto es, por la pistola Smith & Wesson encontrada en el lugar al costado derecho del cuerpo del interfecto;

(iii) Se manipuló la escena del crimen, por cuanto: (iii.i) el referido artefacto bélico fue hallado por los investigadores a corta distancia y al lado derecho del cuerpo del occiso, pero Fair Leonardo era zurdo, según se probó en el juicio con las declaraciones de su progenitora Luz Marina Bernal Parra y el análisis del investigador de la Fiscalía Jesús Antonio Ardila León; (iii.ii) Alexander Carretero Díaz afirmó que cuando el supranombrado fue entregado en el retén militar no portaba armas de fuego; y, (iii.iii) en el informe de primer respondiente el acusado Vargas Cortés consignó que el arma en cuestión tenía un cartucho en la recámara y otro en el proveedor, situación que no podía advertir sin haberla maniobrado, según lo aseveró el técnico de la Fiscalía Miguel Ángel Mejía.

(iv) La perito en balística Norma Cristina López, al realizar la reconstrucción de las trayectorias de los proyectiles que segaron la vida de Fair Leonardo Porras Bernal, estableció que las heridas causadas en cabeza y tórax –identificadas como número 1, 2 y 3– las recibió la víctima cuando se encontraba de rodillas, en tanto que la herida en el abdomen –rotulada como número 4– fue inferida cuando la víctima estaba en posición de cubito dorsal, esto es, tendida boca arriba, con una ligera rotación lateral; y en todas el tirador se encontraba de pie, conclusión a la que arribó con base en la descripción que de las lesiones se hizo en el protocolo de necropsia, en el informe sobre reconstrucción de los hechos y en la condición plana del terreno donde se encontró el cadáver.

Surge patente, entonces, tanto la falta de demostración del yerro denunciado, pero además su intrascendencia en la declaración de justicia contenida en el fallo confutado.

En esa medida, se inadmitirán los cargos formulados por nulidad en relación con la prueba sobreviniente de contra refutación.

**3.2 De la violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho por falso juicio de legalidad.**

Conviene recordar que por regla general, el desconocimiento de las normas que regulan el proceso de formación probatoria debe postularse bajo la égida de la causal tercera de casación por error de derecho por falso juicio de legalidad en la apreciación de la prueba, por tratarse de un error *in iudicando*, el cual se verifica cuando el juzgador acepta y valora el medio de convicción, no obstante haberse quebrantado las garantías fundamentales o las formalidades legales para su producción, aducción o práctica, o lo rechaza y omite su apreciación a pesar de reunir objetivamente tales requisitos, porque considera que no los cumple.

Excepcionalmente, cuando se trata de una prueba ilícita obtenida mediante actos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos, verbi gratia, la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial, se generará la nulidad de todo lo actuado, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sent. C-591/05); en los demás eventos, como el aquí propuesto por los actores, la consecuencia será la exclusión del medio probatorio en el fallo.

Sobre el yerro por falso juicio de legalidad y la carga que corresponde al censor a fin de demostrar su ocurrencia, la Corte tiene dicho:

*Frente al primero de los reproches debe recordarse que el falso juicio de legalidad comporta una trasgresión indirecta de la ley sustancial por errores de derecho, el cual se relaciona con el proceso de formación de la prueba, con las normas que regulan la manera legítima de producir e incorporar el medio de convicción al proceso, con el principio de legalidad en materia probatoria y la observancia de los presupuestos y formalidades exigidas para cada medio.*

*Entraña la apreciación material de la prueba por el Juzgador, quien la acepta no obstante haber sido aportada al proceso con violación de las formalidades legales para su aducción, o la rechaza porque a pesar de estar reunidos los requisitos para su incorporación, considera que no los cumple.*

*En tal medida, es deber del casacionista identificar el elemento de juicio irregularmente incorporado, señalar las normas procesales que reglan los medios de prueba sobre los cuales se predica el reparo, acreditar cómo se produjo su transgresión y enseñar su incidencia en el sentido del fallo.* (CSJ AP, 20 Mar. 2014, Rad. 42856)

**3.2.1 Segundo y tercer cargo (subsidiarios) de las demandas formuladas en nombre de los procesados Carlos Manuel González Alfonso y Diego Aldair Vargas Cortés.**

De manera coincidente y con idénticos argumentos fácticos y jurídicos, los recurrentes soportan la violación indirecta de la ley derivada de error de derecho por falso juicio de legalidad, en que la sentencia condenatoria «*se dictó con base en los testimonios de Alexander Carretero Díaz, Pedro Antonio Gámez y Jhon Jairo Muñoz*», cuya irregular práctica en el juicio oral los torna ilegales y, por tanto, pasibles de ser excluidos de la actuación, habida cuenta de que dada su calidad de «co*indiciados*», al momento de declarar debieron estar asistidos de un defensor, según lo establece el artículo 8 de la Ley 906 de 2004 e instrumentos internacionales que se encargan de citar, además que en su caso no tiene aplicación el artículo 394 de la normativa citada.

Si bien los libelistas atinan al postular el cargo por error de derecho por falso juicio de legalidad, pues arguyen que la ilegalidad del referido medio de convicción surgió al momento de su práctica en el juicio oral, no ocurre igual al pretender acreditar cómo se produjo la trasgresión de las normas que regulan la prueba sobre la cual recae el yerro que denuncian, esto es, sobre la testimonial.

Un primer aspecto a destacar es que en desarrollo del juicio oral, tanto en la presentación de la teoría del caso de la Fiscalía como en las pruebas aportadas y practicadas a instancia de su delegado, se evidenció que Alexander Carretero Díaz y Pedro Antonio Gámez eran las personas particulares encargadas, junto a Ender Obeso Ocampo, alias «*Pique*» y Uriel Ballesteros, alias «*Pocho*», de «*reclutar*» jóvenes en la localidad de Soacha, quienes mediante argucias eran trasladados por los citados hasta el municipio de Ocaña, donde los entregaban a militares del Batallón Santander de esta última vecindad, que procedían a ejecutarlos y luego los hacían aparecer como miembros de organizaciones criminales abatidos en combate, por lo cual los supranombrados recibían una retribución en dinero –un millón de pesos– y los gastos de transporte.

Siendo ello así, las pruebas objetivamente señalan que Carretero Díaz y Gámez intervinieron en los hechos. Lo mismo acontece con el testigo Jhon Jairo Muñoz, sargento del Ejército Nacional, que estuvo vinculado al Batallón Santander de Ocaña y laboró en la sección de inteligencia –S2–, quien dio cuenta de la actividad delincuencial que desarrollaba su compañero de armas Sandro Mauricio Pérez Contreras, quien a su vez le comentó los pormenores de la misma. Es más, Muñoz incluso aceptó que en una ocasión sirvió de intermediario entre su superior, el Coronel del Ejército Nacional Gabriel Rincón Amado, y Pérez Contreras para la consecución de dos jóvenes, que luego fueron «*dados de baja*» por la Brigada Móvil No. 15 el día 25 o 26 de enero de 2008, por lo cual entregó a este último una suma de dinero que pagó el citado oficial.

Ahora bien, que la Fiscalía en orden a sustentar su teoría del caso presentara como testigos en juicio a los antes mencionados, quienes tenían conocimiento directo del *modus operandi* de la asociación criminal que se había conformado al interior del Batallón Santander de Ocaña y de la Brigada Móvil No. 15, precisamente porque eran parte de ella, no constituye ninguna irregularidad, como tampoco lo es que el ente acusador se abstuviera de formular imputación en contra de Carretero Díaz, Gámez y Muñoz cuando éstos declararon en el juicio oral.

Lo relevante en el asunto de la especie es que el juzgador de primer grado hizo a los testigos en cuestión, las advertencias legales previstas en el artículo 385 de la Ley 906 de 2004, el cual reza:

*Excepciones constitucionales. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañera o compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.*

*El juez informará sobre estas excepciones a cualquier persona que vaya a rendir testimonio, quien podrá renunciar a ese derecho.* (Subraya fuera de texto)

Revisados los audios correspondientes al juicio oral[[5]](#footnote-5) se verificó, tal como lo aceptan los impugnantes, que al inicio de las exposiciones de los testigos en mención, la juez les hizo las advertencias de rigor, ilustrándolos sobre la obligación de decir la verdad conforme al juramento prestado y que no estaban obligados a autoincriminarse, pese a lo cual aquellos decidieron declarar, aun cuando debe reconocerse que la funcionaria incurrió en una inexactitud, pero de todas formas intrascendente, como fue la de imponerles el contenido del artículo 394 del Código de Procedimiento Penal, que solo resulta aplicable cuando el acusado declara como testigo en su propio juicio, evento en el cual si bien se juramenta, la obligación legal y moral que de tal solemnidad surge, solo es vinculante en cuanto a las imputaciones incriminatorias que formule a terceros, pero no tiene «*efectos penales adversos, respecto de la declaración sobre su propia conducta*», según lo determinó la Corte Constitucional en sentencia C-782 de 2005.

En conclusión, sin importar el sustento normativo al que acudió la juez de conocimiento a fin de hacer las advertencias legales a los testigos, a éstos, según se constata en los audios del juicio oral, les quedó absolutamente claro que no estaban obligados a autoincriminarse, es decir, a declarar aspectos que comprometieran su responsabilidad penal en los hechos investigados, en lo cual fue insistente la funcionaria judicial, no obstante lo cual decidieron ofrecer su versión.

Al margen de lo anterior, no hay norma en el procedimiento consagrado en la Ley 906 de 2004 que prevea la exigencia que señalan los casacionistas, vale decir, que quien tenga la calidad de indiciado, en caso de rendir testimonio en un juicio oral, «*además de hacerle las advertencias legales, debe estar asistido por defensor*», luego ninguna irregularidad se advierte en la práctica de la pluricitada prueba testimonial.

Por último, destáquese que los actores no muestran a la Corte de qué manera la «*ritualidad*» que echan de menos, cuyo sustento normativo obviamente no refieren, vulnera las garantías de sus defendidos, resignando abordar cuál es la trascendencia de la glosa que formulan contra la decisión adoptada por las instancias.

Además, lo que alegan claramente se encamina a arrogarse la defensa de los derechos de los testigos, sin incidencia en la situación de sus procurados, pues aun cuando la ley procesal exigiera que el testigo que tiene la calidad de indiciado debiera contar con defensor, de omitirse una exigencia en tal sentido lo que se vulneraría serían los derechos del testigo, más no los del tercero en contra de quien declara.

Así las cosas, se rechazarán los cargos propuestos por los censores en relación con errores de derecho por falso juicio de legalidad, al apreciar los testimonios de Alexander Carretero Díaz, Pedro Antonio Gámez y Jhon Jairo Muñoz.

**3.2.2 Cuarto y quinto cargo (subsidiarios) de las demandas formuladas en nombre de los procesados Carlos Manuel González Alfonso y Diego Aldair Vargas Cortés.**

La censura por error de derecho por falso juicio de legalidad, en esta ocasión la soportan los demandantes en que los juzgadores de instancia tuvieron en cuenta el «*testimonio de oídas*» de la investigadora del CTI Ariacna Lara Contreras, para edificar la condena en contra de los militares acusados, no obstante ser prueba abiertamente ilegal.

Afirman los recurrentes que la mencionada funcionaria declaró en juicio que en una reunión sostenida con el sargento del Ejército Nacional Sandro Mauricio Pérez Contreras, en presencia de su defensor y de algunos Fiscales, el citado le había informado sobre las circunstancias que rodearon la muerte de Fair Leonardo Porras Bernal, así como la participación que en ese hecho tuvieron los procesados Quijano Mariño y Vargas Cortés, que según el uniformado fueron quienes le pagaron un millón de pesos para que consiguiera un joven con el fin de ejecutarlo y hacerlo aparecer como una baja en combate, que resultó ser el hoy obitado.

La irregularidad que denuncian se concreta en que la investigadora Lara Contreras no utilizó los medios idóneos para documentar la «*entrevista*», vale decir, ella no quedó registrada en escrito, grabación magnetofónica o video, según lo señalan los artículos 205, 206 y 282 de la Ley 906 de 2004, de donde se sigue que sus manifestaciones en torno a lo que le comentó el uniformado Sandro Mauricio Pérez deben ser excluidas de la actuación por ilegales y, por ende, no pueden ser objeto de valoración.

De entrada es necesario señalar que de conformidad con el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, se considera como prueba de referencia a toda declaración realizada fuera del proceso, cuando no es posible practicarla en juicio oral, y que es utilizada para probar o excluir alguno de los elementos estructurales de la conducta punible, el grado de participación en la misma y, en general, cualquier otro aspecto de relevancia que sea materia de debate en la actuación.

Conviene recordar lo que la Sala ha precisado en torno de la noción de prueba de referencia, así:

*En términos menos abstrusos, puede decirse que prueba de referencia es la evidencia (medio probatorio) a través de la cual se pretende probar la verdad de una declaración realizada al margen del proceso por una persona determinada, no disponible para declarar en el juicio, que revela hechos de los cuales tuvo conocimiento personal, trascendentes para afirmar o negar la tipicidad de la conducta, el grado de intervención del sujeto agente, las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, la naturaleza o extensión del daño ocasionado, o cualquier otro aspecto sustancial del debate (antijuridicidad o culpabilidad, por ejemplo).*

*Para que una prueba pueda ser considerada de referencia, requiere, por tanto, la concurrencia de varios elementos: (i) una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral, (ii) que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir, (iii) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración (testigo de oídas, por ejemplo), y (iv) que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate (tipicidad de la conducta, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, naturaleza o extensión del daño causado, entre otros).*

*La doctrina comparada coincide en señalar, con criterio general, que la declaración que se realiza por fuera del juicio oral puede ser verbal o escrita, o provenir inclusive de otras formas de comunicación normalmente aceptadas, como ademanes o expresiones gesticulares que provoquen en quien las percibe la impresión de asentimiento, negación o respuesta.*

*(…)*

*Una de las particularidades más sobresalientes de la prueba de referencia, y la que, a no dudarlo, marca la diferencia con la prueba directa, es que tenga por objeto probar la verdad de una declaración rendida por fuera del juicio oral por una persona que tuvo conocimiento personal y directo de aspectos que interesan a la justicia, quien no concurre al proceso (…).* (CSJ SP, 6 Mar. 2008, Rad. 27477)

La jurisprudencia de la Corte también ha establecido otros eventos en los que una declaración puede ser considera como prueba de referencia, diferentes a la hipótesis en la que aquella es realizada por fuera del juicio oral, como ocurre cuando no se garantiza el principio de confrontación –art. 16 de la Ley 906 de 2004– o el declarante que concurre al juicio oral expone aspectos que no ha percibido u observado en forma directa y personal –art. 402 ibídem–, caso del testigo de oídas.

Así en CSJ SP, 27 Feb. 2013, Rad. 38773, al respecto señaló:

*De acuerdo con los preceptos legales citados en precedencia, encuentra la Sala que una declaración tendrá la condición de prueba de referencia cuando concurre alguna de las siguientes situaciones:*

*(i) Se rinde por fuera del juicio oral.*

*(ii) No se garantiza a la parte contra la cual se aduce el derecho a contrainterrogar al testigo.*

*(iii) El declarante refiere hechos que no apreció en forma personal y directa.*

*Es decir, es posible que la prueba se recaude en el juicio oral, pero en su desarrollo no se garantice a la parte perjudicada el contrainterrogatorio del testigo o éste declara aspectos que no conoció en forma personal y directa. En tales casos se tratará de prueba de referencia. Igual situación ocurrirá si en la práctica del testimonio se posibilita la confrontación, pero su recaudo se hace por fuera del juicio oral[[6]](#footnote-6) o el declarante ofrece un relato de oídas. Lo mismo sucederá si la declaración se practica en el juicio oral y se garantiza el contrainterrogatorio, pero el declarante ofrece relatos que no le constan de manera personal y directa.*

*También tendrá el carácter de prueba de referencia si el declarante narra hechos que apreció en forma personal y directa, pero se trata de entrevista o exposición rendidas por fuera del juicio oral y sin sujeción al contrainterrogatorio de la parte perjudicada.*

*En ese sentido, la Sala juzga del caso precisar el alcance del criterio plasmado en la sentencia del 6 de marzo de 2008[[7]](#footnote-7), en el puntual aparte donde se señaló que para que una prueba pueda ser considerada de referencia se requiere la concurrencia de los siguientes elementos: “(i) una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral, (ii) que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir, (iii) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración (testigo de oídas, por ejemplo), y (iv) que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate (tipicidad de la conducta, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, naturaleza o extensión del daño causado, entre otros)”.*

*Lo anterior porque las exposiciones rendidas por fuera del debate público y que versan sobre aspectos observados de manera directa y personal, no son los únicos eventos constitutivos de prueba de referencia, sino también, como quedó visto, las declaraciones en las cuales no se permite el contradictorio del adversario, así como cuando se ofrecen relatos de oídas.*

Precisado el concepto de prueba de referencia en lo que importa al caso particular, surge patente que en este asunto el testimonio de la investigadora del CTI Ariacna Lara Contreras tiene esa connotación, por cuanto refirió hechos que no apreció en forma personal y directa, valga decir, aquellos de que le informó el uniformado Sandro Mauricio Pérez Contreras, en el sentido de que unos días antes de la muerte de Fair Leonardo Porras Bernal se había reunido en el municipio de Ábrego con el mayor Quijano Mariño y el teniente Vargas Cortés, miembros del Ejército Nacional, quienes le hicieron saber que estaban enterados de que él y el soldado profesional Dairo José Palomino, traían personas para reportarlas como bajas en combate, y seguidamente le solicitaron que con esa finalidad les consiguiera una persona, por lo cual le pagaron un millón de pesos.

Ahora bien, no le asiste razón a los libelistas cuando afirman que las manifestaciones que le hiciera Sandro Mauricio Pérez Contreras a la mencionada investigadora del CTI, debieron quedar registradas en escrito, audio o video, pues la actividad de aquella no se concretaba a realizar entrevista o interrogatorio al militar en cuestión, sino que la información le fue brindada por éste en desarrollo de una reunión sostenida con su defensor y los Fiscales del caso, a fin de entregar alguna información al ente acusador, luego en este evento no resultan aplicables las formalidades previstas en los artículo 205, 206 y 282 de la Ley 906 de 2004, reservadas para los citados actos de investigación que realiza la Policía Judicial.

En relación con la prueba de referencia, lo relevante es que exista un medio o modo de prueba que permita llevar al juicio oral la declaración realizada por un tercero fuera del proceso, con la cual se pretende probar la verdad de los hechos que informa, sin que sea razonable exigir que aquella conste en un específico medio, como de manera infundada lo sostienen los impugnantes, que bien puede ser, como se admite en el criterio de autoridad citado en precedencia, a través del testigo de oídas.

En esa medida, la información que el testigo directo de los hechos materia de juzgamiento le brindó a la investigadora Lara Contreras, fue debidamente incorporada al juicio oral a través del testimonio de esta última, luego la legalidad de dicho medio de convicción no se ve afectada en manera alguna, aun cuando queda menguado su poder suasorio en la medida en que la declarante no tuvo conocimiento directo y personal de que los oficiales del Ejército Nacional acusados, hicieran a Sandro Mauricio Pérez Contreras la solicitud que éste refiere, o que por cumplir con ella le hubieran pagado una suma de dinero.

En conclusión, practicada la prueba como acontece en el caso particular, no se está frente a un problema de legalidad de la misma, sino ante una cuestión atinente al poder suasorio del medio probatorio, y la prueba de referencia será más o menos creíble en la medida en que obren en la actuación otros elementos de convicción que la corroboren, amén que debe observarse la limitación que impone el artículo 383 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto que la sentencia condenatoria no puede fundarse exclusivamente en pruebas de referencia (CSJ SP, 30 Mar. 2006, Rad. 24468).

Sobre dicho particular, en CSJ SP, 21 Feb. 2007, Rad. 25920, dijo la Corporación:

*Cuando ya se ha practicado la prueba y ésta se cataloga de referencia o con contenidos de referencia, no por ello la prueba se torna ilegal y nunca lo ha sido. Por lo tanto, no es atinado solicitar sea excluida del acervo probatorio, pues la regla de exclusión sólo puede recaer sobre pruebas ilícitas o pruebas ilegales, como se explicó en los capítulos anteriores.*

*De ahí que, en el marco del recurso extraordinario de casación, cuando se atacan las pruebas de referencia, se precisa identificar en cada una los contenidos de referencia y demostrar en cada caso concreto que el Juez le asignó un mérito excesivo, contrario al que la ley admite, desconociendo la tarifa legal negativa, por sucumbir en el error de derecho denominado falso juicio de convicción.*

Al margen de que los casacionistas no atinan en la postulación de la censura, que debió encausarse por la senda del error de derecho por falso juicio de convicción, ni en la demostración del error que denuncian, tampoco evidencian su trascendencia, limitándose a aseverar que la condena proferida en contra de sus representados se fundó en el testimonio de oídas de la investigadora Lara Contreras, pero nada más dicen al respecto, incurriendo así en el vicio lógico de petición de principio, por cuanto afirman pero no asumen la labor de analizar de manera conjunta el haz probatorio a fin de mostrar que el fallo se sustentó exclusivamente en prueba de referencia.

En ese orden, se inadmitirán los cargos cuarto y quinto de las demandas formuladas en nombre de los acusados Carlos Manuel González Alfonso y Diego Aldair Vargas Cortés, respectivamente.

**3.3 De la violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de identidad.**

Cuando se trata de denunciar este desatino de apreciación probatoria en sede de casación, compete al censor señalar el medio de convicción sobre el cual recae, indicar qué apartes de la prueba fueron cercenados, adicionados o distorsionados, confrontándolos con lo que en el fallo se consideró de ellos, a fin de evidenciar que el juzgador le hizo decir algo que ella no expresa materialmente o menos de lo que encierra.

Así mismo, se debe demostrar que el vicio resulta trascendente, esto es, que de no haberse incurrido en él la declaración de justicia habría sido sustancialmente diversa, análisis que no puede efectuarse exclusivamente en relación con la prueba sobre la cual recae el error, sino que debe involucrar la confrontación con los demás medios probatorios que obran en el proceso, para finalmente relacionar las normas sustanciales que a consecuencia de ello resultaron excluidas o indebidamente aplicadas (CSJ AP, 17 Oct. 2012, Rad. 36187 y CSJ AP, 27 Feb. 2013, Rad. 40469, entre otros).

**3.3.1 Tercer y cuarto cargo de los libelos presentados en nombre de los procesados Carlos Manuel González Alfonso y Diego Aldair Vargas Cortés.**

Partiendo de idénticos argumentos fácticos y jurídicos, los demandantes sostienen que los falladores de primero y segundo grado incurrieron en un vicio de contemplación objetiva de la prueba documental, pues adicionaron el contenido material de los tiquetes números 17823928 y 17823929 de la empresa Brasilia, expedidos el 9 de enero de 2008 a Alexander Carretero Díaz y Rafael Porras, por cuanto no obstante que ninguno de tales recibos figura a nombre de Fair Leonardo Porras Bernal, concluyeron que ese medio probatorio confirmaba el relato del primero en mención, en el sentido que ese día había viajado con el hoy obitado desde Bogotá hasta un sector conocido como la «Y», en la vía que de Aguachica (Cesar) conduce a Ocaña (N. de S.).

Sin embargo, tal aserto se queda en la mera enunciación, puesto que los censores no realizan el elemental ejercicio de confrontación que exige la demostración del específico cargo, de acuerdo con las reglas de lógica y adecuada fundamentación expuestas en precedencia, limitándose a citar de manera descontextualizada apartes de la sentencia de segunda instancia, donde con base en los pluricitados tiquetes se otorga credibilidad al relato de Carretero Díaz, en lo relativo a que éste viajó con Fair Leonardo en la fecha y trayectos indicados en dichos recibos.

Y si bien el Tribunal nada dijo sobre que uno de los mentados tiquetes figuraba a nombre de Rafael Porras, no obstante lo cual asumió que se refería a Fair Leonardo Porras, vale la pena citar el análisis que al respecto hizo la juez de primer grado, cuyo fallo junto al proferido en segunda instancia conforman un todo indivisible en sede extraordinaria, el cual evidencia que no se adicionó, cercenó o tergiverso la prueba documental en cuestión, sino que advertida la inconsistencia en el nombre del pasajero, al valorar la prueba conforme a los postulados de la sana crítica, el juzgador de primer grado encontró una explicación sobre el punto en cuestión y fijó su capacidad demostrativa.

Dijo la a quo:

*La atestación que se viene examinando no se presenta aislada dentro del proceso, sino que encuentra soporte en las constataciones que presentó la Fiscalía: de un lado la certificación de venta de tiquete expedida por la empresa “Brasilia”, adosada a la actuación por la investigadora Ariacna Lara, en donde plasma que corresponde a la ruta Bogotá–Aguas Claras, de fecha 9 de enero de 2008, a nombre de los pasajeros Rafael Porras y Alexander Carretero, con números de tiquetes 17823929 y 17823928, dan cuenta de que efectivamente viajaron en la fecha indicada el señor Carretero y Fair Leonardo, como lo manifiesta el primero. Igualmente con el otro anexo de la prueba 86 se constata que de acuerdo con el sistema de consulta de ventas de la empresa aludida, se corrobora como la hora de salida, las 10 y 15 de la noche.*

*Si bien en los pasajes se presenta un error, como lo hacen notar los defensores, esa equivocación encuentra al menos dos explicaciones: una, que se puede tratar de una falla de digitación, o dos, seguramente porque el nombre Fair no es común y quien lo diligenció escuchó mal, [lo cual] pudo ocasionar la confusión, lo que de todos modos resulta irrelevante si se tiene en cuenta que según la respuesta suministrada por Alexander Carretero, a [la] pregunta de la defensora de los soldados profesionales, cuando arribó el bus a «Aguas Claras», del mismo solamente se apearon él y el muchacho, lo cual despeja todas las dudas en relación con que pudiera referirse a otra persona y soporta el hecho de que se trató de un desacierto.*

En ese orden, surge claro que el fallador sí valoró en su integridad la prueba documental en cuestión, y no empece la diferencia en el nombre del pasajero que figuraba en el tiquete, infirió que quien realmente viajó fue Fair Leonardo, aspecto que en esencia es el que despierta la inconformidad de los recurrentes, luego éstos debieron proponer el cargo por la senda del error de hecho por falso raciocinio, en orden a evidenciar que en la estimación del mentado medio de convicción se desconocieron los postulados de la sana crítica, en particular las máximas de la experiencia, carga argumentativa que tampoco asumen.

Así las cosas, se inadmitirán los cargos tercero y cuarto de los libelos presentados en nombre de los procesados Carlos Manuel González Alfonso y Diego Aldair Vargas Cortés.

**3.3.2 Tercer cargo de la demanda formulada en nombre de los incriminados Richard Ramiro Contreras Aguilar, Ricardo García Corzo y Carlos Antonio Zapata Roldán.**

Con absoluto desconocimiento del principio de autonomía que rige la casación, según el cual cada cargo tiene sus propios requisitos de lógica y adecuada fundamentación en orden a su demostración, por lo cual deben proponerse y desarrollarse en forma separada, la libelista postula en una misma glosa la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho derivado de falsos juicios «*de existencia y de identidad*», el primero por suposición, que dice recae en el testimonio de la investigadora Ariacna Lara Contreras, mientras que el segundo por adición, lo fija en relación con la declaración de Alexander Carretero Díaz.

**3.3.2.1** Al margen de lo anterior, de entrada se avizora otra equivocación en que incurre la impugnante al pretender sustentar la queja por falso juicio de existencia por suposición, puesto que el medio probatorio sobre el cual manifiesta que recae el vicio, esto es, el testimonio de la investigadora del CTI Ariacna Lara Contreras, sí hace parte de la actuación, como que se practicó en el juicio oral[[8]](#footnote-8) y, por ende, fue valorado por los juzgadores de instancia, como incluso lo reconoce en el libelo la defensora de los soldados profesionales acusados y se advierte en el fallo confutado.

Luego la postulación del cargo es equivocada, incurriendo la demandante en el vicio que alega, es decir, falso juicio de existencia, pues como quedó visto, el testimonio de la investigadora Lara Contreras existe legalmente en el proceso.

Pero como si lo dicho fuera poco, la confusión de la casacionista se torna mayor cuando al desarrollar el cargo expone que al sopesar la credibilidad del «*testimonio de oídas*» de la mencionada investigadora, el Tribunal reconoció que su poder suasorio estaba supeditado a la valoración conjunta con otros medios de prueba, directos o indirectos, que corroborasen las afirmaciones de la declarante en cuanto a la información que le suministró el Sargento del Ejército Nacional Sandro Mauricio Pérez Contreras, y que el juez colegiado sustentó en indicios, frente a los cuales lanza críticas personales, bien porque considera no acreditado el hecho indicador, porque la inferencia lógica es equivocada o por ausencia de «*nexo causal*» entre el hecho indicador y el indicado; forma de ataque que denota su disconformidad en punto de la capacidad demostrativa que le atribuyó el ad quem a la pluricitada declaración.

Y no obstante que la crítica se dirige contra el mentado medio de prueba testimonial, la demandante concentra sus argumentos en la prueba indirecta, construida por el juez colegiado en orden a apuntalar las manifestaciones de referencia brindadas por la funcionaria del CTI, empero lo hace sin el rigor lógico que un reproche de ese jaez impone.

Oportuno es recordar la decantada jurisprudencia de la Corte, respecto de las exigencias de lógica y adecuada fundamentación que demanda esta particular censura, así:

*Ahora bien, cuando de atacar en sede de casación la prueba indiciaria se trata, es obvio que un ejercicio semejante solo puede acometerse por los cauces de la violación indirecta y en tal medida al actor le corresponde precisar cuál de las partes integrantes del indicio es el objeto de su censura, es decir, si el vicio se predica del hecho indicador, de la inferencia lógica o de la manera como los indicios se articulan entre sí, atendida su convergencia y concordancia, o de la fuerza de convicción que emana de su análisis conjunto.*

*Cuando el vicio recae en el hecho indicador, como el mismo debe estar acreditado con otro medio de prueba, los yerros susceptibles de plantear son tanto de derecho, como de hecho.*

*De derecho porque el juzgador pudo haber admitido y valorado como prueba fundante del hecho indicador alguna ilícita o irregularmente aportada al proceso y por lo tanto inválida; ahora, como en ningún caso la prueba indiciaria está dentro del proceso penal sometida a tarifa legal, naturalmente frente a ella la modalidad de error de derecho conocida como falso juicio de convicción no es susceptible de ser propuesta.*

*También son admisibles como hipótesis de ataque del citado elemento del indicio las diferentes modalidades de error de hecho, dado que la prueba de la circunstancia conocida pudo suponerse; o bien porque dejó de valorarse otro medio demostrativo que la neutraliza o disuelve; o porque se tergiversó su contenido material haciéndole decir algo que no expresa.*

*Y cuando el error se predica de la inferencia lógica, o del análisis de la convergencia o concordancia de los indicios, o del grado de convicción que arroja su apreciación conjunta, como todo ello es el resultado de un proceso intelectual valorativo, la única vía posible de cuestionamiento es bajo la modalidad de error de hecho por falso raciocinio, es decir, por la ostensible transgresión de alguno de los postulados que informan la sana crítica (reglas de la lógica, leyes de la ciencia, o máximas de la experiencia), luego, para que el cargo quede correctamente formulado, es imprescindible concretar el error y demostrar cómo ha sido transgredida o desconocida una ley científica, un principio de la lógica o una regla constante de la experiencia, debiendo entenderse por esta última una práctica aceptada en medios especializados en una determinada materia.*

*Finalmente, no está demás precisar que cuando el ataque apunta a derruir la inferencia lógica o los sucedáneos elementos del indicio, ello supone como condición lógica del cargo, aceptar la validez de la prueba del hecho indicador, ya que si ésta es discutida sería un contrasentido plantear al tiempo algún defecto del juicio valorativo en el marco del mismo ataque, y sólo por excepción cabe la posibilidad de refutar el indicio tanto en la prueba del hecho indicador como en la inferencia lógica, a condición de que los cuestionamientos se propongan en cargos distintos y de manera subsidiaria.* (CSJ SP, 19 Mar. 2014, Rad. 38793)

En el asunto de la especie, al criticar los indicios construidos por el Tribunal, la censora no asumió la tarea de indicar si la glosa recaía sobre la prueba del hecho indicador, la inferencia lógica o el poder suasorio que se les atribuyó en razón de su valoración conjunta, luego su discurso contiene meras apreciaciones personales inanes a fin de derruir los juicios lógicos deductivos e inductivos estructurados en el fallo confutado.

Muestra de ello es la glosa que la recurrente formula al indicio de presencia en el lugar de los hechos, elaborado por el ad quem a partir del informe de situación de tropa –INSITOP–, que sitúa al pelotón «*Búfalo 1*», al mando del teniente Vargas Cortés en la vereda La Soledad del municipio de Ábrego por orden del mayor Quijano Mariño, de donde concluyó que si fue dicha unidad militar la que reportó la muerte de Fair Leonardo en un combate inexistente, era razonable concluir que el requerimiento para conseguir a un joven con la finalidad de ejecutarlo y presentarlo como baja operacional, provenía de los oficiales del Ejército Nacional en mención, según lo declaró la investigadora Lara Contreras, por información que a su vez le suministró el sargento Sandro Mauricio Pérez Conteras, quien fue el encargado de conseguir la víctima.

La queja la concreta la libelista en que el juez de segundo grado «*no desarrolló ninguna inferencia lógica al respecto, por lo tanto no analizó el nexo de causalidad entre el hecho indicador y lo que debía ser el hecho indicado*», de donde concluye que el indicio no está correctamente estructurado, pero olvida señalar las razones que sustentan tal afirmación, cuando le correspondía evidenciar, por la senda del falso raciocinio, la trasgresión de los postulados de la sana crítica, valga decir, qué máxima de la experiencia se desconoció en la inferencia lógica del indicio.

Labor que no es asumida en el libelo frente a ninguno de los indicios elaborados por el fallador de segundo grado, por lo cual la queja, además de los graves errores de postulación, lógica y adecuada fundamentación, queda ausente de demostración.

**3.3.2.2** Dentro del mismo reproche la impugnante denuncia que los juzgadores de instancia incurrieron en error de hecho por falso juicio de identidad por adición en relación con el testimonio de Alexander Carretero Díaz, uno de los encargados de conseguir jóvenes en Soacha y trasladarlos hasta Ocaña, por solicitud del sargento Sandro Mauricio Pérez Contreras y del soldado profesional Dairo José Palomino, integrantes de la sección de inteligencia –S2– del Batallón Santander de la última localidad citada.

La adición, dice, se advierte en que el Tribunal afirma que a partir del relato del citado testigo se probó que: (i) la noche de los hechos Fair Leonardo Porras Bernal fue entregado a un retén militar; (ii) en dicho retén había varios uniformados, entre ellos, el soldado Ríos y el mayor Rodríguez; y, (iii) en el citado lugar advirtió la presencia de un vehículo automotor tipo camión NPR; cuando en realidad el testigo nada dijo al respecto.

Sin embargo, no se demuestra cabalmente el vicio alegado, puesto que al verificar el audio de la sesión del juicio oral donde declaró Carretero Díaz[[9]](#footnote-9), éste relata que la noche siguiente a su arribo a la localidad de Ocaña, del billar donde estaban hospedados salieron en dos motocicletas, una conducida por el soldado Dairo Palomino y la otra por Uriel Ballesteros, alias «*Pocho*», en las que iban de pasajeros Fair Leonardo y él, respectivamente, tomaron la vía que conduce hacia el Batallón Santander, y «*bastante hacia allá el muchacho se bajó, ahí estaba el ejército, y Dairo lo dejó allá y nosotros nos vinimos*»[[10]](#footnote-10), agrega que pese a la oscuridad «*me pareció ver al soldado Ríos…, como estaba tan oscuro no vi a nadie más*»[[11]](#footnote-11), en cuanto al retén precisa que «*ese día no [lo vi], yo solo vi el retén después, en febrero cuando lo vi con el señor Pedro [Gámez], y ese día que fui con el señor Dairo, vuelvo y le repito, vi un soldado pero no alcancé a ver el retén porque estaba muy oscuro*»[[12]](#footnote-12), y sobre su conformación, de la que se enteró detalladamente cuando tiempo después fue con Pedro Gámez a entregar a otros dos muchachos, señala que «*el retén en carretera estaba, y uno llegaba ahí, cuando yo fui con el señor Pedro, cuando conocimos al Sargento Muñoz*»[[13]](#footnote-13), lugar donde dice vio una camioneta tipo «*turbo*» y militares, y asevera que ahí se dejaba a las personas.

Surge patente, entonces, que aun cuando el declarante Carretero Díaz no utiliza la expresión «*retén*» para referir que en el sitio donde Dairo José Palomino dejó a Fair Leonardo había un puesto conformado por la tropa, sí afirma inequívocamente que allí vio a un soldado uniformado de apellido Ríos, lo cual le confirmó instantes después su acompañante, quien le comentó que había entregado el muchacho al ejército, situación que el testigo en mención también dice haber percibido directa y personalmente[[14]](#footnote-14).

En esa medida, no se demuestra el falso juicio de identidad por adición alegado, en punto de la existencia de un puesto de control militar donde fue dejado el hoy obitado horas antes de su muerte. Y si bien le asiste razón a la casacionista en cuanto a que los juzgadores de instancia ubican en dicho retén a un mayor del Ejército Nacional de apellido Rodríguez y a un vehículo tipo camioneta NPR, cuando es lo cierto, como quedó visto, que el testigo Carretero Díaz no hace esas afirmaciones, puesto que refiere tales aspectos pero en relación con una posterior ocasión, ocurrida en el mes de febrero de 2008, cuando dice haber acompañado a Pedro Gámez a entregar dos jóvenes a miembros del Ejército Nacional, ni la demandante evidencia, ni la Sala vislumbra cuál es la trascendencia del vicio en la declaración de justicia contenida en el fallo, valga decir, cómo de no haberse incurrido en la anotada equivocación, la sentencia habría sido absolutoria en favor de los acusados Contreras Aguilar, García Corzo y Zapata Roldán.

Así las cosas, se inadmitirá el cargo tercero de la demanda presentada en nombre de los incriminados Richard Ramiro Contreras Aguilar, Ricardo García Corzo y Carlos Antonio Zapata Roldán.

**3.3.3 Primer cargo de la demanda formulada por el representante del Ministerio Público.**

El representante de la sociedad afirma que el fallador de segundo grado incurrió en violación indirecta de la ley, originada en error de hecho por falso juicio de identidad por tergiversación, respecto de los testimonios de Alexander Carretero Díaz, Pedro Gámez y del Sargento del Ejército Nacional Jhon Jairo Muñoz.

Sustenta la glosa en que ninguno de los referidos declarantes mencionó que los acusados González Alfonso, Contreras Aguilar, García Corzo y Zapata Roldán hicieran parte de la organización dedicada a suministrar jóvenes a militares del Batallón Santander de Ocaña, con la finalidad de ejecutarlos y presentarlos como NN dados de baja en combate, ni mucho menos que al interior de la citada unidad castrense existiera una estructura organizada de poder dedicada a esa actividad criminal en particular, ni que a ella pertenecieran los supranombrados, por tanto a partir de los medios de prueba cuestionados no podía el Tribunal sostener que estaba comprometida la responsabilidad penal de los procesados en el delito de concierto para delinquir.

Lo primero que advierte la Sala es que el censor no cumple con la elemental labor de confrontar lo que dicen materialmente los testimonios en los apartes sobre los que presuntamente recae el vicio, y lo que de ellos consideró el ad quem, limitándose a transcribir el análisis que al respecto hizo el juez colegiado, para de allí concluir que se tergiversó el dicho de los testigos y se les puso a decir algo que realmente no expresaban, con lo cual queda sin sustento la glosa formulada.

Al margen de lo anterior, debe destacarse que en orden a acreditar el delito contra la seguridad pública, el juzgador de segundo grado en ningún momento afirmó que los declarantes Carretero Díaz, Gámez y Muñoz vincularan de manera directa a los acusados con la organización criminal conformada por militares del Batallón Santander de Ocaña y civiles, cuya finalidad era traer jóvenes de Soacha, darles muerte y presentarlos como bajas en combate, luego en tal sentido no tergiversó sus dichos.

El recurrente no repara al momento de realizar su crítica en el hecho de que para que el Tribunal concluyera la existencia de un aparato organizado de poder del cual hacían parte los procesados, acudió a la prueba indirecta que el demandante no identifica, tarea que la Corte no debe emprender, porque de ser así estaría faltando al principio de limitación que rige la casación.

En efecto, basta observar que el juez de segundo grado a partir de (i) la condición de militares de los procesados; (ii) su pertenencia a la Compañía Plan Vial Meteoro No. 3, agregada operacionalmente al Batallón Santander de Ocaña; (iii) la participación del pelotón «*Búfalo 1*» bajo el mando del mayor Quijano Mariño y del teniente Vargas Cortés en el supuesto enfrentamiento con una banda delincuencial en el que fue muerto Porras Bernal, que a la postre resultó ser un montaje; (iv) la relación de los mencionados oficiales con el sargento Sandro Mauricio Pérez Contreras, jefe de la sección de inteligencia –S2– del Batallón Santander; y, (v) el conocimiento pleno que los militares incriminados tenían sobre la forma de operar en los casos de ejecuciones extrajudiciales que, valga destacar, se constituyeron durante los años 2007 y 2008 en una práctica reiterada en esa unidad castrense; concluyó la existencia de un aparato organizado de poder y la pertenencia de los procesados al mismo, en cuyo desarrollo incurrieron en las conductas punibles juzgadas.

En esa medida, la labor del demandante debió cifrarse en establecer cómo no era posible para el ad quem arribar a la anterior conclusión con fundamento en la prueba inferencial, ya porque no estuviera demostrado el hecho indicador base de la inferencia, ora porque aquella no era posible deducirla de tal hecho indicador, o porque se ofrecía absurda al realizar su valoración conjunta.

En orden a confirmar lo dicho, resulta suficiente traer a colación el siguiente pasaje de la sentencia de segundo grado, donde se establece la responsabilidad de los acusados como «*coautores a través de un aparato organizado de poder*» en los delitos de desaparición forzada, homicidio y concierto para delinquir, agravados, en los siguientes términos:

*En ese orden de ideas, en el caso concreto se estructuró un aparato organizado de poder por parte de los militares acusados, junto con otros miembros del Batallón Francisco de Paula Santander de Ocaña, en una estructura jerarquizada y con división de funciones para realizar una serie de actos criminales que llevaron a la comisión de los delitos de desaparición forzada y homicidio de jóvenes del municipio de Soacha, todo ello a través de una cadena de órdenes impartidas por oficiales y cumplidas por suboficiales y soldados, siendo este un aparato organizado de poder de carácter estatal y con la colaboración de civiles (Carretero, Gámez, Ender Obeso y Uriel ballesteros).*

*(…)*

*En razón de lo anterior, frente a la responsabilidad que tienen los oficiales Marco Wilson Quijano Mariño (Mayor) y Diego Aldair Vargas Cortés (Teniente), aquellos actuaron bajo la figura de autores mediatos, ya que dispusieron de toda la organización dispuesta para la búsqueda, traslado y ejecución de un joven y ser presentado como “baja en combate” a partir de la orden que de ello efectuaran al sargento segundo Sandro Mauricio Pérez Contreras (suboficial y jefe de la Sección de Inteligencia del Batallón Santander).*

*(…)*

*Así las cosas, se advierte que hizo presencia un vehículo NPR en el retén militar montado para el 11 de enero de 2008, integrado por militares lo que se acredita con el dicho de Alexander Carretero, y como quiera que la tropa Búfalo 1 de la Compañía Plan Vial Meteoro fue la unidad militar que reportó “la supuesta baja en combate”, se infiere que sus miembros fueron los militares a quienes se les entregó el joven para ser ultimado, ejecutando actos para su recepción y posterior traslado, momento en el cual fue despojado de sus documentos, para ser presentado posteriormente como un NN muerto en combate, a sabiendas de que el joven había sido llevado hasta tal sitio con el único fin de ser presentado como una “baja” y un éxito operacional, máxime cuando se establece que fueron los comandantes de tal unidad militar los encargados de requerir el traslado de un joven al sargento segundo Sandro Mauricio Pérez para presentarlo como un logro en combate.*

*Es entonces en razón de ello, que no puede predicarse la ajenidad que tengan los procesados Carlos Manuel González Alfonso, Carlos Antonio Zapata Roldán, Ricardo García Corzo y Richard Contreras Aguilar en el punible de desaparición forzada agravada, puesto que con su actuar, al recibir a la víctima en el retén militar, trasladarlo al sitio de su posterior muerte, despojarlo de sus documentos y no informar de su paradero luego de la ejecución extrajudicial, genera que se cumplan los presupuestos de tal delito.*

*(…)*

*Bajo la misma postura de la existencia de un aparato organizado de poder, resulta probada la responsabilidad de los enjuiciados en el delito de homicidio agravado, puesto que el pelotón Búfalo 1 estaba integrado por los militares mencionados líneas atrás, al mando del teniente Diego Aldair Vargas Cortés y siendo comandante del mismo el mayor Marco Wilson Quijano Mariño, cuyas coordenadas de ubicación para el día 12 de enero de 2008 era el municipio de Ábrego. De acuerdo al testimonio que rindiera en juicio el mayor Quijano Mariño, renunciando a su derecho constitucional de guardar silencio, aceptó la ocurrencia de los hechos pero bajo el pretexto de la existencia del supuesto combate (el cual se probó no existió), que todos los miembros del pelotón estuvieron la noche de los hechos y que dispararon.*

*(…)*

*Así las cosas, se advierte que la participación de los militares implicados en el asunto en mención efectivamente respondió a una cadena sistemática y secuencial de actos delictivos encaminados a lograr la presentación de éxitos operacionales por parte de las tropas integrantes del Batallón Francisco de Paula Santander del municipio de Ocaña. Ello, por cuanto se estableció que la muerte de Fair Leonardo Porras Bernal respondió a un modus operandi imperante en tal unidad militar desde el año 2007 y del cual hacían parte miembros del S2 BISAN y civiles residentes del municipio de Soacha-Cundinamarca, encargados de reclutar jóvenes y presentarlos como muertos en combate en los alrededores de Ocaña, situación que para los procesados de la referencia no resultaba desconocida y que inclusive generó que el Mayor Marco Wilson Quijano Mariño y el Teniente Diego Aldair Vargas Cortés ordenaran directamente el traslado de un joven al sargento segundo Sandro Mauricio Pérez Contreras para ser “dado de baja” quien resultó ser Fair Leonardo Porras Bernal, cuyo deceso se produjo el 12 de enero de 2008, siendo aquellos los militares de más alto rango implicados dentro del presente asunto.*

*(…)*

*En razón de lo anterior, se advierte que todas las actividades que desplegaron los ahora procesados, a efectos de materializar las conductas punibles de desaparición forzada agravada y homicidio agravado, fueron ejecutadas con pleno conocimiento y con dominio del hecho por parte de los implicados, siendo ello una cadena sistemática de acciones que trajeron como resultado la muerte de Fair Leonardo Porras Bernal, respondiendo ello a lo que la doctrina y la jurisprudencia han establecido como la autoría a través de aparatos organizados de poder (…).*

Señalado lo anterior, cabe aclarar que si bien el juez colegiado, al referirse al delito de concierto para delinquir, hace afirmaciones propias de la coautoría, ello obedece a que estaba anticipando juicios sobre los delitos de desaparición forzada y homicidio por los que terminaron condenados los acusados, sin puntualizarlo, lo cual se observa cuando refiere que en el aparato organizado de poder conformado por militares del Batallón Santander y con la colaboración de civiles, de la cual aquellos hacían parte, existía «*división de funciones*» para ejecutar las acciones delictivas; así como que el acusado Quijano Mariño, aun cuando no estuvo presente en el retén dispuesto para recibir a la víctima, ni intervino en su traslado hasta el sector de La Soledad y su posterior ejecución, al impartir la orden al sargento Pérez Contreras para conseguir a un joven con la anotada finalidad, «*realizó un aporte significativo*» a la comisión de las conductas punibles.

Los aspectos referidos por el Tribunal en su argumentación son elementos esenciales de la coautoría impropia o dominio funcional del hecho, como forma de coparticipación criminal, figura que en el caso concreto permite fundamentar la participación de los militares incriminados en las conductas de desaparición forzada y homicidio por las cuales fueron acusados, sin necesidad de acudir a la tesis de la autoría mediata en aparatos organizados de poder.

En efecto, se demostró que cada uno de los incriminados realizó un aporte significativo a su ejecución, con motivo de la división de roles y producto del acuerdo común, así: (i) el mayor Quijano Mariño y el teniente Vargas Cortés solicitaron al sargento Sandro Mauricio Pérez Contreras la consecución de un joven para ejecutarlo y lograr un éxito operacional; (ii) el primero dispuso el movimiento del Pelotón «*Búfalo 1*» de la Compañía Plan Vial Meteoro No. 3, de la cual era su comandante, al sector de La Soledad del municipio de Ábrego; (iii) el teniente Vargas Cortes, el cabo González Alfonso y los soldados profesionales Contreras Aguilar, García Corzo y Zapata Roldán, integrantes del pelotón «*Búfalo 1*», recibieron la noche del 11 de enero de 2008 a Fair Leonardo Porras Bernal, quien había sido conducido por Alexander Carretero Díaz, Uriel Ballesteros y el soldado profesional Dairo José Palomino a un retén militar ubicado por la vía a Ábrego; y, (iv) los miembros del pelotón «*Búfalo 1*» ejecutaron a Porras Bernal y lo reportaron como NN muerto en combate, enfrentamiento cuya inexistencia también quedó fijada en la actuación.

Entonces, las imprecisiones en la exposición del fallo confutado resultan intrascendentes, pues es claro que en él se acude al instituto de la coautoría impropia o dominio funcional del hecho para demostrar la responsabilidad de los acusados en los delitos que de desaparición forzada y homicidio.

En consecuencia, se rechazará el cargo primero de la demanda formulada por el representante del Ministerio Público.

**3.3.4 Segundo cargo de la demanda formulada por el representante del Ministerio Público.**

Acudiendo de nuevo a la violación indirecta de la norma sustancial, el censor acusa al juez colegiado de incurrir en error de hecho por falso juicio de identidad por tergiversación, el cual dice recayó sobre los testimonios de Felisa Carvajalino, médico legista; Héctor Alfonso González Manzano, funcionario de la Secretaria de Gobierno de Ocaña; y Diana Ramírez Páez, coordinadora del grupo de desaparecidos de Medicina Legal, que llevó a declarar como crímenes de lesa humanidad a los delitos materia de juzgamiento.

Al igual que en el anterior cargo, el recurrente resigna asumir la tarea de indicar los apartes de los citados testimonios que supuestamente fueron tergiversados, y omite hacer la correspondiente confrontación entre lo que allí se afirma y lo que de ellos valoró el Tribunal, a fin evidenciar el vicio denunciado, lo cual obviamente deja carente de demostración la glosa formulada.

Lo que advierte la Sala es que el libelista confunde la prueba con lo probado, por cuanto no obstante postular un falso juicio de identidad, en su desarrollo muestra inconformidad con las conclusiones que derivó el ad quem de las declaraciones en cuestión, señalando que de tales dichos «*no podía entenderse, como sí lo entendió el Tribunal*» que los delitos juzgados constituían un ataque generalizado y sistemático contra la población civil, para de allí concluir que tenían la connotación de crímenes de lesa humanidad.

Por lo tanto, si la pretensión del impugnante era evidenciar yerros en la formación de los juicios lógicos inductivos, que llevaron al juez colegiado a encontrar demostrados en el asunto de la especie los elementos característicos de tal categoría delictiva, que no vicios de contemplación objetiva de la prueba en la cual soportó sus conclusiones, le correspondía postular el cargo por la senda del error de hecho por falso raciocinio, demostrando cómo en esa labor el Tribunal trasgredió los postulados de la sana crítica, esto es, las reglas de la experiencia, las leyes de la ciencia o los principio de la lógica, y cuál fue su trascendencia en la decisión contenida en el fallo confutado, nada de lo cual asume en la demanda.

Conviene al asunto que se resuelve, citar lo que tiene dicho la Corte en punto de los requisitos que debe cumplir una conducta punible para considerarse delito de lesa humanidad, así:

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

*En ese contexto, el crimen de lesa humanidad se distingue de otros crímenes, porque:*

*a) no puede tratarse de un acto aislado o esporádico de violencia, sino que debe hacer parte de un ataque generalizado, lo que quiere decir que está dirigido contra una multitud de personas;*

*b) es sistemático, porque se inscribe en un plan criminal cuidadosamente orquestado, que pone en marcha medios tanto públicos como privados, sin que, necesariamente, se trate de la ejecución de una política de Estado;*

*c) las conductas deben implicar la comisión de actos inhumanos, de acuerdo con la lista que provee el mismo Estatuto;*

*d) el ataque debe ser dirigido exclusivamente contra la población civil; y*

*e) el acto debe tener un móvil discriminatorio, bien que se trate de motivos políticos, ideológicos, religiosos, étnicos o nacionales.* CSJ SP, 3 Dic. 2009, Rad. 32672)

Atendidas las reglas interpretativas señaladas en la jurisprudencia mencionada, surge patente que el representante de la sociedad confunde los requisitos de sistematicidad y generalidad del ataque a una población civil, propios de los crímenes de lesa humanidad, con la conexidad procesal, pues erradamente considera que como los demás casos de desaparecidos de Soacha no son objeto de investigación en la presente actuación, no puede afirmarse que las conductas punibles imputadas a los acusados constituyan delitos que tengan dicha connotación.

Manera de razonar que soslaya la condición de civiles de las víctimas, el número plural de éstas, el plan criminal minuciosamente organizado para darles muerte, la forma como fueron ejecutadas y su perfil semejante, esto último habida cuenta de su condición de jóvenes de sexo masculino, de escasos recursos, bajo estrato social, desempleados y en algunos casos con antecedentes o anotaciones penales, amén de ser oriundos del municipio de Soacha.

Adicionalmente, tampoco muestra por qué se precisa de que en sede del recurso extraordinario la Corte aborde el tema de los crímenes de lesa humanidad en los casos de ejecuciones extrajudiciales, limitándose a señalar que se requiere para «*unificar posturas*» que tampoco identifica, pues en su particular criterio «*actualmente se está reconociendo tal categoría, a todos los delitos*», por razones «*coyunturales, como la posibilidad de prescripción de la acción penal, que no es el caso de este proceso, o para dar connotación a un caso aislado*»; argumentos de orden general y abstracto que no evidencian a la Sala la necesidad de pronunciarse en este asunto sobre el punto en cuestión.

Por lo tanto, se inadmitirá el cargo segundo de la demanda formulada por el representante del Ministerio Público.

**3.4 De la violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea.**

Conviene recordar que reiteradamente esta Corporación ha sostenido que cuando se acude a la senda de la violación directa de la ley sustancial, el casacionista debe aceptar los hechos declarados en el fallo recurrido y abstenerse de cuestionar la valoración probatoria realizada por los sentenciadores de instancia, por lo cual el debate se circunscribe a la aplicación del derecho, sin que tengan cabida aspectos relacionados con la credibilidad de los elementos de juicio o el acontecer fáctico (CSJ AP, 9 May. 2012, Rad. 37987; CSJ AP, 10 Jul. 2013, Rad. 41411; y, CSJ AP, 11 Dic. 2013, Rad 42737; entre otras).

En esa medida, la labor de demostración del vicio deberá estar sustentada en evidenciar que el juzgador seleccionó una norma que no era la llamada a gobernar el asunto (aplicación indebida), omitió otra que sí resolvía los extremos de la relación jurídico procesal (falta de aplicación o exclusión evidente) o, habiéndola escogido correctamente, le dio un alcance interpretativo que no se deriva del texto de la ley, es decir, le atribuyó un sentido jurídico que no tiene o le asignó efectos contrarios a su real contenido (interpretación errónea).

En tratándose de este último sentido de violación, el ejercicio argumentativo del demandante debe abordar cuando menos dos aspectos, uno que ilustre sobre cuál es el alcance y efectos fijados al precepto, acudiendo para ello a criterios de autoridad o doctrinales, más no a su personal comprensión de la norma; y otro, que evidencie cómo aquellos fueron desconocidos por los falladores de instancia en la sentencia impugnada (CSJ AP, 11 Dic. 2013, Rad. 37039).

Esta clase de violación la proponen los casacionistas, así:

**3.4.1 Quinto cargo** de la demanda formulada a nombre del procesado Carlos Manuel González Alfonso.

La queja por violación directa de la norma sustancial, la funda el censor en que el ad quem interpretó de manera errónea el artículo 29 del Código Penal, pues si en la sentencia confutada se concluye que los procesados realizaron las conductas punibles juzgadas en calidad de «*coautores a través de un aparto organizado de poder*», y se reconoce que su representado actuó como «*instrumento inmediato*», no era posible deducirle compromiso penal porque quienes obran como tales «*no son responsables de los hechos cometidos por sus superiores*».

Lo primero que debe resaltar la Sala es que el recurrente se aparta de las exigencias de lógica y adecuada fundamentación que impone el reproche propuesto, pues critica la valoración probatoria del juzgador de segundo grado para concluir, contrario a lo afirmado en el fallo impugnado, que «*no existe prueba alguna en el expediente*» indicativa de que los procesados tuvieran «*conciencia y participación*» en las conductas punibles juzgadas, y que el día de los hechos obedecían «*una orden de operaciones*», en otras palabras, que obraron en cumplimiento de los deberes constitucionales y legales inherentes a su condición de militares.

Una argumentación de ese jaez, propia de un alegato de instancia, deja sin sustento la glosa formulada por violación directa de la ley sustancial, por cuanto ésta exige a quien la propone, aceptar los hechos declarados por los falladores y su estimación de las pruebas, y partiendo de tales supuestos demostrar, cuando de interpretación errónea se trata, que habiendo acertado en la escogencia de la norma, el intérprete le atribuyó un sentido jurídico que no tiene o le asignó efectos contrarios a su real contenido, tarea que por ninguna parte asume el libelista.

Haciendo abstracción de tales falencias, se advierte un error dogmático en el planteamiento del impugnante, pues afirma que si su defendido fungió como autor inmediato de los delitos juzgados, no puede ser considerado penalmente responsable de los mismos, salvo que se demuestre que «*actuó con culpabilidad plena y con autoría calificada*».

Frente a tal aserto, debe decirse que en la lógica del Tribunal, que encontró demostrada la participación de los incriminados en el delito de concierto para delinquir a través de la figura de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, la doctrina más autorizada enseña que en ellos el ejecutor material actúa con pleno conocimiento y voluntad, valga decir, con dominio del hecho, y por ello no puede quedar impune su conducta, como lo pretende el actor, a diferencia de las tradicionales hipótesis de autoría mediata donde el «*ejecutor instrumental*» obra determinado por error o coacción.

Agréguese que los dirigentes de la organización que emiten la orden responden a título de autores mediatos y los mandos medios que la trasmiten y coordinan su ejecución a título de coautores, pues toda la cadena actúa con verdadero conocimiento y dominio del hecho.

En ese orden, se rechazará el cargo quinto de la demanda formulada a nombre del procesado Carlos Manuel González Alfonso.

**3.4.2 Sexto cargo** de la demanda formulada a nombre del procesado Diego Aldair Vargas Cortés.

Denuncia la casacionista que el ad quem incurrió en violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 340 de la Ley 599 de 2000, que tipifica el delito de concierto para delinquir, por cuanto confunde la referida conducta punible con la coautoría impropia como forma de participación, a consecuencia de lo cual condenó a su representado no obstante que en el caso de la especie no concurren sus elementos estructurales.

De entrada la Corte advierte la equivocación del actor en la postulación del cargo, pues no obstante invocar la interpretación errónea de la supracitada norma, lo que supone que dicha disposición fue correctamente seleccionada, pero se le dio un alcance jurídico que no se deriva de su contenido; lo que en últimas pretende es que a su representado se le absuelva del delito de concierto para delinquir, confundiendo así el sentido de la violación alegada con los eventos en que por un error en la interpretación del precepto, se excluye su aplicación o se aplica indebidamente, siendo esto último lo que se ajustaría a su reproche.

Sobre el punto en cuestión, la Corte en decisión CSJ AP, 11 Dic. 2013, Rad. 39989, señaló:

*Adicionalmente, es preciso mencionar que como la interpretación errónea parte de la base de que la disposición vulnerada fue correctamente seleccionada, no debe confundirse con los casos en donde por dársele un alcance equivocado, no es aplicada o se utiliza en forma indebida.*

*En efecto, es pertinente recordar que la aplicación indebida o la exclusión de una norma se pueden dar a consecuencia de su errónea interpretación.*

*En estos eventos, el yerro de hermenéutica conduce, en punto de la aplicación indebida, a desbordar el verdadero sentido de la disposición y, por ello, se la pone a gobernar un asunto que no contempla. En cuanto hace a la exclusión de su aplicación, el error en la exégesis del precepto lleva a restringir sus efectos jurídicos y por eso no se la utiliza.*

*Ahora, cuando se alega que como fruto de la interpretación de la norma se incurre en su aplicación indebida, corresponde al impugnante (i) precisar el aspecto de derecho objeto del ataque y establecer la naturaleza del instituto jurídico recogido en él, puntualizando su ubicación en el ordenamiento positivo, (ii) especificar cuál fue la exégesis dada en la sentencia al mismo, (iii) indicar las razones por las que ella resulta equivocada y (iv) explicar por qué la comprensión propuesta en la demanda es la correcta, lo que impone demostrar la coherencia de la interpretación formulada por el actor frente a las categorías jurídicas relacionadas con la temática y respecto del universo regulatorio inherente al punto de derecho cuestionado.*

La carga argumentativa a que alude el criterio de autoridad citado en precedencia, no la cumple la demandante a fin de acreditar el yerro alegado, por cuanto se circunscribe a señalar que en el caso concreto no se tipifica el delito de concierto para delinquir porque al procesado Vargas Cortés solo se le imputa en la presente actuación haber participado en el homicidio de Fair Leonardo, y no se probó que en su contra se adelantaran otras investigaciones penales por hechos de la misma naturaleza al aquí juzgado, de donde concluye la ausencia de los elementos del pluricitado delito, relativos a la vocación de permanencia en el tiempo del concierto y que éste se hubiera conformado para cometer ilícitos indeterminados.

Dicha forma de argumentar solo evidencia la pretensión del censor de entronizar su personal criterio sobre la tipicidad de la conducta punible en mención, pues la jurisprudencia de esta Corporación tiene decantado que la mera asociación de personas con disposición de durabilidad temporal y con la finalidad de cometer delitos indeterminados pero determinables, satisface el tipo objetivo del concierto para delinquir, sin que para tal efecto se requiera de la materialización de alguna de las conductas punibles que motivaron su conformación o que importe el número de delitos o las investigaciones penales que en razón de ellos se adelanten en contra de los miembros de la empresa criminal.

En reciente decisión, al realizar el análisis dogmático del delito de concierto para delinquir, en lo que interesa al caso particular, dijo la Corte:

*Se consuma dicho delito con independencia de la realización efectiva de los comportamientos pactados, de ahí su carácter autónomo, de manera que si estos se cometen, concursan materialmente con el concierto para delinquir.*

*Es un delito de mera conducta, pues no precisa de un resultado; se entiende que el peligro para la seguridad pública tiene lugar desde el mismo momento en que los asociados fraguan la lesión de bienes jurídicos[[15]](#footnote-15).*

*Impera señalar que en el ámbito de la categoría dogmática de la antijuridicidad, según la cual, la conducta no sólo debe contrariar el ordenamiento jurídico considerado en su integridad (antijuridicidad formal), sino que además, debe lesionar o poner efectivamente en peligro el bien jurídico protegido por la ley (antijuridicidad material), el concierto para delinquir no corresponde a una conducta de lesión, sino de peligro, en cuanto comporta la amenaza o puesta en riesgo del bien jurídico de la seguridad pública.* (CSJ SP, 25 Sep. 2013, Rad. 40545)

Por tanto, resulta irrelevante que en contra del acusado Vargas Cortés y de los demás procesados solo se siga la presente actuación relacionada con ejecuciones extrajudiciales o que únicamente se les impute la muerte de Fair Leonardo Porras Bernal, y no de otros jóvenes oriundos de Soacha que corrieron la misma suerte, según se documentó en el proceso, pues lo cierto es que valorada la prueba el Tribunal encontró demostrado que los militares incriminados hacían parte, junto a otros miembros del Batallón Santander de Ocaña que integraban la sección de inteligencia –S2–, de una organización cuyo propósito criminal era la consecución de personas de otras regiones del país, que luego de ser trasladadas a Ocaña eran ejecutadas por los militares en supuestos enfrentamientos con bandas criminales y presentadas como bajas operacionales, práctica sistemática y generalizada de la que incluso participaban uniformados de otras unidades castrenses, como es el caso de la Brigada Móvil No. 15, que se extendió desde mediados de 2007 hasta finales de 2008, y cobró pluralidad de víctimas, entre ellas el obitado Porras Bernal.

En conclusión, el reproche formulado, al margen de las falencias de lógica y adecuada fundamentación, no logra evidenciar en el caso concreto la atipicidad del delito de concierto para delinquir, ni la falta de responsabilidad penal de los acusados en su realización.

Así las cosas, se inadmitirá el cargo sexto de la demanda formulada a nombre del procesado Diego Aldair Vargas Cortés.

**3.4.3 Séptimo cargo** de la demanda formulada a nombre del procesado Diego Aldair Vargas Cortés.

Acudiendo de nuevo a la violación directa de la norma, la recurrente manifiesta que el juez colegiado interpretó de manera errónea el artículo 165 del Código Penal, puesto que no concurren a cabalidad los elementos del tipo objetivo de desaparición forzada, tales como la privación de la libertad de la víctima, toda vez que Fair Leonardo Porras no fue obligado a viajar hasta Ocaña con Alexander Carretero Díaz, sino que lo hizo en forma voluntaria, aunque determinado por el engaño de Ender Obeso; y tampoco se da el ocultamiento de la víctima o abstenerse de dar información sobre su paradero, ya que luego del combate en que Porras Bernal perdió la vida, mediante el correspondiente informe los militares dejaron su cadáver a disposición del CTI de la Fiscalía para su identificación.

Cabe anotar que la libelista persiste en la equivocación lógica reseñada en la glosa precedente, dado que si bien denuncia la interpretación errónea del artículo 165 de la Ley 599 de 2000, lo cual supone que el juez seleccionó correctamente dicha norma para solucionar el caso, la argumentación que a continuación expone muestra que su pretensión es que se excluya su aplicación, ya que estima que la conducta de su representado no encuadra en la descripción comportamental allí descrita, valga decir, que es atípica frente al delito de desaparición forzada, lo que en últimas viene siendo una aplicación indebida a consecuencia de un yerro de hermenéutica, cuyas exigencias para su demostración, reseñadas en el anterior apartado, no son asumidas en la demanda.

En efecto, la impugnante no expone con el rigor jurídico que el sentido de la violación propuesta exige, el motivo por el cual la inteligencia que el Tribunal dio a la norma cuestionada es equivoca o absurda, valga decir, por qué el elemento normativo del tipo relativo a la privación de la libertad de quien es sometido a desaparición forzada, no puede darse cuando la víctima llega a esa situación producto de engaños.

Tampoco indica las razones por las que resulta equivocado sostener, como lo hicieron los falladores de instancia, que el hecho de que los militares acusados pusieran a disposición de la Fiscalía el cadáver de Porras Bernal, que valga destacar lo fue como un NN (*non nominatus*) dado de baja en combate, comporta su ocultamiento y la negativa a dar información sobre su paradero, con lo cual la sustentación de la queja queda inconclusa.

Al margen de lo anterior, la jurisprudencia de la Sala ha reconocido que en los casos de ejecuciones extrajudiciales o «*falsos positivos*», cuando la víctima es llevada a su ejecución mediante argucias, despojada de sus documentos de identidad y asesinada, siendo luego presentado su cadáver a las autoridades como NN dado de baja en combate, se cumplen todas las exigencias del tipo objetivo de desaparición forzada.

Al respecto en CSJ SP, 19 Mar. 2014, Rad. 40733, dijo la Corte:

*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 desparece y no se da cuenta a la familia y a la sociedad de su suerte.*

***Puede precisarse igualmente que dentro de tales procederes 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 dé información sobre el desaparecido, se niegue su aprehensión, o se suministre información equívoca, sustrayéndolo del amparo legal.*

*(…)*

*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 inexequible 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 incumpliéndose el referido deber.* (Negrilla fuera de texto)

De acuerdo con las reglas interpretativas fijadas en la cita precedente, encuentra la Corte que en el asunto de la especie se tipifica sin ambages el delito de desaparición forzada agravada, pues en el proceso se probó que Fair Leonardo Porras Bernal fue engañado por Ender Obeso, uno de los reclutadores de jóvenes de Soacha, para que viajara desde dicha localidad hasta Ocaña con el propósito de hacer una «*vuelta*», momento desde el cual se entiende fue privado de la libertad, lo que efectivamente ocurrió la noche del 9 de enero de 2008, cuando el primero se desplazó en compañía de Alexander Carretero Díaz hasta el sitio «*Aguas Claras*», en la vía que de Aguachica (Cesar) conduce a Ocaña (N. de S.), donde fue recibido por el soldado profesional Dairo José Palomino, adscrito a la sección de inteligencia –S2– del Batallón Santander.

Una vez en Ocaña, Porras Bernal permaneció cerca de dos días en un billar de propiedad del soldado Palomino, y la noche del 11 de enero de la citada anualidad fue entregado en un retén a los miembros del pelotón «*Búfalo 1*» perteneciente a la Compañía Plan Vial Meteoro No. 3, a su vez agregada operacionalmente al Batallón Santander, quienes en desarrollo de una supuesta operación militar ordenada por el mayor Quijano Mariño para neutralizar una banda criminal dedicada a la extorsión en la vereda La Soledad del vecino municipio de Ábrego, lo ejecutaron y lo reportaron como NN muerto en enfrentamiento, condición en la que fue inhumado, hasta cuando el 4 de agosto de 2008 se conoció su identidad.

En esa medida, se rechazará el cargo séptimo de la demanda formulada a nombre del procesado Diego Aldair Vargas Cortés.

**4.** En conclusión, las protuberantes falencias de lógica y adecuada fundamentación en la presentación de las censuras, ninguna de las cuales tiene la capacidad de derruir la dual presunción de legalidad y acierto que cobija la sentencia confutada, conducen a la inadmisión de las demandas de casación.

**5.** No obstante lo anterior, la Corte observa la eventual vulneración de garantías fundamentales de los procesados, en la que pudieron incurrir los falladores de instancia al determinar la pena principal de inhabilitación de derechos y funciones públicas.

Por lo tanto, se ordenará que una vez cobre ejecutoria la presente determinación y se resuelva, en el evento de intentarse, el mecanismo de insistencia, vuelva el proceso al Despacho del Magistrado Ponente para oficiosamente proferir, en su momento, el pronunciamiento de rigor por la Sala.

Conforme también lo tiene precisado la Corte, no se dispondrá la celebración de la audiencia de sustentación prevista en el artículo 185 de la Ley 906 de 2004, puesto que su procedencia está circunscrita a los casos de admisión del libelo (CSJ AP, 23 Ag. 2007, Rad. 28059).

Contra esta decisión procede el mecanismo de insistencia, en los términos establecidos por la Sala (CSJ AP, 12 Dic. 2005, Rad. 24322).

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, **SALA DE CASACIÓN PENAL**,

#### RESUELVE

**1. INADMITIR**  las demandas de casación presentadas por el representante del Ministerio Público y los defensores del teniente Diego Aldair Vargas Cortés, del cabo Carlos Manuel González Alfonso y de los soldados profesionales Richard Ramiro Contreras Aguilar, Ricardo García Corzo y Carlos Antonio Zapata Roldán, miembros del Ejército Nacional.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es viable la interposición del mecanismo de insistencia en los términos precisados por la Sala.

**2.** Agotado el trámite de la insistencia, **regrese** la actuación al Despacho del Magistrado Ponente con el propósito de pronunciarse oficiosamente acerca de la posible vulneración de garantías fundamentales, conforme quedó expuesto en el cuerpo de la providencia.

Cópiese, 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**

**PATRICIA SALAZAR CUELLAR**

**LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO**

**NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA**

**Secretaria**

1. Apartado 9.1.1.3 del auto adiado 7 de marzo de 2011, por cuyo medio el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Cundinamarca resolvió las solicitudes probatorias de las partes. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sesión del juicio oral de 30 de enero de 2012, corte 3. [↑](#footnote-ref-2)
3. Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, Real Academia Española, 2001. [↑](#footnote-ref-3)
4. Minuto 22:33 del registro No. 110010101000\_010\_001, CD audiencia juicio oral, sesión del 20 de marzo de 2012.

   [↑](#footnote-ref-4)
5. Alexander Carretero Díaz: sesiones del juicio oral de 5 de diciembre de 2011 y 2 de febrero de 2012. Pedro Gámez Díaz: sesión del juicio oral de 30 de noviembre de 2011, corte 2. Jhon Jairo Muñoz Rodríguez: sesión del juicio oral de 29 de noviembre de 2011, corte 5. [↑](#footnote-ref-5)
6. En este evento la prueba podrá adquirir el carácter de anticipada si se cumplen la totalidad de los requisitos previstos en el artículo 284 de la Ley 906 de 2004. [↑](#footnote-ref-6)
7. Radicación 27477. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sesiones del juicio oral de 19, 20, 21 y 22 de diciembre de 2011. [↑](#footnote-ref-8)
9. Juicio oral, sesión del 5 de diciembre de 2011. [↑](#footnote-ref-9)
10. 1h:05m:55s del registro ídem [↑](#footnote-ref-10)
11. 1h:08m:38s del registro ídem [↑](#footnote-ref-11)
12. 1h:59m:38s del registro ídem [↑](#footnote-ref-12)
13. 37m:55s del registro ídem [↑](#footnote-ref-13)
14. 1h:39m:33s del registro ídem [↑](#footnote-ref-14)
15. Sentencia C-241 de 1997. [↑](#footnote-ref-15)