

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado Ponente

SP3956-2019

Radicación n.º 46382

Acta 244

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por la defensora de **Jesús Armando Arias Cabrales** y el Agente Especial del Ministerio Público.

HECHOS:

A las 11:30 de la mañana del 6 de noviembre de 1985, integrantes del comando Iván Marino Ospina del grupo guerrillero M-19, ingresaron violentamente por el acceso vehicular del Palacio de Justicia, ubicado en la Plaza de Bolívar de la ciudad de Bogotá. Lo hicieron disparando contra los vigilantes privados que lo custodiaban. Minutos antes otros subversivos habían ingresado discretamente por el acceso principal, camuflándose entre los visitantes. El propósito de la toma violenta, según los terroristas, era juzgar al presidente Belisario Betancur Cuartas por la

entrega de recursos naturales a potencias extranjeras, la extradición de nacionales hacia los Estados Unidos y el incumplimiento al acuerdo de paz pactado en 1984 entre el Gobierno y el grupo insurgente.

Por informes del Batallón Guardia Presidencial, el segundo comandante de la Brigada XIII del Ejército Nacional coronel Luis Carlos Sadovnik activó el “*Plan Tricolor 83*”, previsto para enfrentar eventos de guerra exterior o de insurrección parcial o total. Seguidamente, el general **Jesús Armando Arias Cabrales**, Comandante de la Brigada XIII, asumió la dirección de la operación y bajo su mando, por unidad operacional, quedaron las unidades de la Policía Nacional y el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).

Paralelamente, el Presidente de la República Belisario Betancur Cuartas delegó en el Ministro de Defensa, general Miguel Vega Uribe, la operación orientada a neutralizar al grupo asaltante y a recuperar el edificio, condicionando la misma a la salvaguarda de la vida de los rehenes en poder de los secuestradores, siempre a condición de que no habría negociación alguna con ese grupo armado.

Minutos después de iniciada la toma, integrantes de la Fuerza Pública se enfrentaron a los guerrilleros, y sobre las 12.30 de la tarde vehículos artillados tipo Cascabel y Urutú penetraron por la entrada vehicular ubicada en la carrera 8^a y por la puerta principal localizada sobre la Plaza de Bolívar, recrudeciéndose la confrontación armada. Al finalizar la

tarde se inició un incendio que durante la noche destruyó gran parte de la edificación y cegó la vida del personal que quedó atrapado, calcinando además los cuerpos de los Magistrados y otros funcionarios fallecidos durante el combate.

En las horas de la mañana del 7 de noviembre, cuando el Ejército redoblaba las operaciones ofensivas, Andrés Almarales le permitió salir al Consejero de Estado Reynaldo Arciniegas con el fin de que solicitara ayuda humanitaria, con el propósito de salvar la vida de cerca de 70 rehenes que tenía bajo su poder en un baño ubicado entre el segundo y tercer piso del sector occidental de la edificación. Agotadas las municiones y sin que hubiera llegado ayuda, sobre las 2 de la tarde el guerrillero permitió la salida de las mujeres rehenes y posteriormente de los hombres, quienes fueron escoltados por unidades de la Fuerza Pública hacia la Casa Museo del 20 de Julio o Casa del Florero, lugar en donde se habían concentrado las actividades de inteligencia e identificación de evacuados.

Después de 28 horas de confrontación armada, el balance de la operación fue de 244 sobrevivientes y la muerte de 94 personas, entre ellas los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia Alfonso Reyes Echandía, Fabio Calderón Botero, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria, José Eduardo Gnecco Correa, Ricardo Medina Moyano, Alfonso Patiño Roselli, Carlos Medellín Forero, Fanny González Franco, Manuel Gaona Cruz y Horacio Montoya Gil.

Familiares de los empleados de la cafetería y algunos visitantes reportaron la desaparición de Carlos Augusto Rodríguez Vera, Cristina del Pilar Guarín Cortés, Bernardo Beltrán Hernández, Héctor Jaime Beltrán Fuentes, Gloria Estela Lizarazo, Luz Mary Portela León, David Suspes Celis, Norma Constanza Esguerra, Lucy Amparo Oviedo y Gloria Anzola de Lanao, al no encontrarlos en el interior del edificio, ni entre los rehenes rescatados ni entre los fallecidos.

Tiempo después, varios de los familiares reconocieron en videos grabados por distintos medios periodísticos, a algunos de los hoy desaparecidos, mientras eran conducidos vivos fuera de las instalaciones del Palacio de Justicia por uniformados de la Fuerza Pública hacia la Casa del Florero. También fue reportada como desaparecida la guerrillera Irma Franco Pineda, quien salió viva del Palacio y fue distinguida mientras se encontraba en poder de los militares en la Casa del Florero.

ANTECEDENTES PROCESALES:

1.- El 28 de septiembre de 2007, la Fiscalía 4^a Delegada ante la Corte Suprema de Justicia decretó el cierre parcial de investigación dentro del radicado 9755-4, y posteriormente acusó al coronel Edilberto Sánchez Rubiano y a otros cinco integrantes del grupo de inteligencia (B-2) de la Brigada XIII, por la comisión de los delitos de secuestro simple agravado en concurso con el de desaparición forzada de 11 personas capturadas durante los días 6 y 7 de noviembre de 1985 con ocasión de la “toma” del palacio de Justicia.

Igualmente ordenó investigar por aparte la participación que hubieren tenido en dichos comportamientos, los generales **Jesús Armando Arias Cabrales**, excomandante de la Brigada XIII y Rafael Samudio Molina, ex comandante del Ejército.¹

2.- Mediante auto del 7 de mayo de 2008, el Fiscal General de la Nación² le asignó la instrucción del nuevo proceso a la Fiscalía 4^a antes mencionada, al considerar que a los generales en retiro **Arias Cabrales** y Samudio Molina, no los amparaba el fuero previsto en el artículo 235 de la Constitución Nacional, por cuanto el delito de desaparición forzada a investigar no tenía relación con la función militar que ellos desempeñaron.

3.- El 23 de julio de 2008³, la Fiscalía 4^a Delegada ante la Corte, avocó el conocimiento y ordenó vincular mediante indagatoria a los generales **Jesús Armando Arias Cabrales** y Rafael Samudio Molina.

El general Rafael Samudio Molina rindió indagatoria durante los días 31 de julio y 14 y 23 de septiembre de 2008. El general **Jesús Armando Arias Cabrales** lo hizo los días 4, 11 y 25 de agosto y 17 y 26 de septiembre de 2008. En octubre 9 de 2008, la Fiscalía indicada, profirió medida de aseguramiento de detención preventiva en contra del general (r) **Jesús Armando Arias Cabrales** como posible autor por el delito de desaparición forzada agravada de 11 personas.⁴ El

¹ Cuaderno Original de Instrucción No 1^a, folio 58

² Cuaderno original de Instrucción No 2, folios 3 al 8.

³ Cuaderno original de Instrucción No 2, folios 17 al 25.

⁴ Cuaderno original de Instrucción No 4, folio 175.

28 de enero de 2009 se abstuvo de imponer medida de aseguramiento al general (r) Rafael Samudio Molina.⁵

4.- El 9 de marzo de 2009 la Fiscalía 4^a acusó al general (r) **Jesús Armando Arias Cabrales** como “*autor responsable del delito de desaparición forzada agravada*” en concurso sucesivo y homogéneo, cometido en las personas de Carlos Augusto Rodríguez Vera, Cristina del Pilar Guarín Cortés, Bernardo Beltrán Hernández, Héctor Jaime Beltrán Fuentes, Gloria Estela Lizarazo Figueroa, Luz Mary Portela León, David Suspes Celis, Norma Constanza Esguerra Forero, Lucy Amparo Oviedo Bonilla, Gloria Isabel Anzola de Lanao e Irma Franco Pineda.

En la misma providencia precluyó la investigación a favor del general (r) Rafael Samudio Molina.⁶

5.- El juicio se celebró en 23 audiencias llevadas a cabo por el Juzgado 51 Penal del Circuito de Bogotá entre el 6 de julio de 2009 y el 6 de mayo 2010.

El 28 de abril de 2011 el juzgado condenó al general (r) **Jesús Armando Arias Cabrales** como autor del delito de desaparición forzada agravada de once personas en concurso homogéneo. Le impuso la pena principal de 35 años de prisión y la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años.⁷

⁵ Cuaderno original de Instrucción No 6, folio 188.

⁶ Cuaderno original de Instrucción No 7, folio 301.

⁷ Cuaderno original de la Causa No 6, folios 1 a 358.

6.- La Defensa y el Agente Especial del Ministerio Público apelaron la sentencia. El Tribunal Superior de la misma sede, en decisión del 24 de octubre de 2014, confirmó la condena proferida contra el general mencionado por el delito de desaparición forzada de Carlos Augusto Rodríguez Vera, Bernardo Beltrán Hernández, Luz Mary Portela León, David Suspes Celis e Irma Franco Pineda, como “coautor mediato, en comisión por omisión en aparatos organizados de poder.”.

En la misma decisión, anuló parcialmente la actuación respecto de las víctimas Cristina del Pilar Guarín Cortés, Héctor Jaime Beltrán Fuentes, Gloria Estela Lizarazo Figueroa, Norma Constanza Esguerra Forero, Lucy Amparo Oviedo Bonilla y Gloria Isabel Anzola de Lanao.⁸

7.- Contra esta decisión interpusieron recurso extraordinario de casación,

8.- Mediante auto del 20 de septiembre de 2016, la Sala admitió los cargos primero, segundo, séptimo y octavo, e inadmitió los restantes cargos propuestos por la defensora del general **Jesús Armando Arias Cabrales**.

LAS DEMANDAS:

1.- Demanda presentada por la defensora de Jesús Armando Arias Cabrales.

⁸ Cuaderno original Tribunal Superior Distrito Judicial de Bogotá, folios 136 a 297.

Cargo Primero: Nulidad por falta de competencia.

Con fundamento en la causal tercera del artículo 207, demanda la nulidad del proceso por falta de competencia, a partir del auto de apertura de investigación. En su sentir, se vulneró el principio fundamental del debido proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución Nacional, y la garantía del juez natural de que tratan los artículos 11 del Estatuto Procesal y 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Indica que para la época de los hechos su defendido se desempeñaba como General del Ejército y ejercía el cargo de Comandante de la Brigada XIII. Por lo mismo, según el numeral 4º del artículo 235 de la Constitución Nacional, debió ser investigado directamente por el Fiscal General de la Nación y juzgado por la Corte Suprema de Justicia en única instancia.

Agregó que, si bien el parágrafo del artículo 235 de la Constitución Política establece que cuando el aforado se retira del cargo, el fuero se mantiene únicamente respecto de las conductas punibles que tiene relación con el servicio, el numeral 7º del artículo 151 de la Constitución Nacional de 1986 no contemplaba esa limitante. Eso significa, dice, que se debe aplicar por favorabilidad el artículo 151 de la Constitución de 1886, de manera que el general no podía ser despojado del fuero, ni aún después de haberse retirado del servicio.

Para respaldar su tesis, cita la sentencia T-578 de 2006 de la Corte Constitucional, en la que se recordó que la ley sustantiva o procesal favorable se debe aplicar de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Considera que esta es una oportunidad para que la Sala fije su criterio “*respecto a la investigación y juzgamiento de los funcionarios aforados en el tránsito de Constituciones*”⁹.

Cargo Segundo: Nulidad por irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso.

Al amparo de la causal tercera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, solicita la nulidad a partir del auto que calificó el mérito del sumario por violación al principio de legalidad, al haber convocado a juicio al general **Jesús Armando Arias Cabrales** por el delito de desaparición forzada, conducta delictiva que sólo se tipificó a partir de la Ley 589 de 2000, esto es, 15 años después de suceder los hechos.

Señala que el principio de legalidad es parte del núcleo del debido proceso que se encuentra explícitamente definido en la Constitución Nacional –tanto en el artículo 26 de la de 1886, como en los artículos 28 y 29 de la de 1991–, y conforme al cual nadie puede ser juzgado sino con arreglo a las formalidades legales, por juez competente y por motivos previamente señalados en la Ley.

Agrega que el principio de legalidad es consustancial al Estado de Derecho, está establecido en la legislación interna

⁹ Cuaderno 1 de la Sala de Casación Penal, folio 94.

y en el derecho internacional, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 11.1), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 15.1) y en la Convención Americana de Derechos Humanos o pacto de San José (artículo 9°).

Afirma que los juzgadores de primera y segunda instancia persistieron en el error de realizar una analogía contra reo, al sostener que el hecho punible de desaparición forzada es un delito de carácter permanente, con el fin de endilgarle a su defendido un ilícito tipificado años después de ocurridos los hechos del Palacio de Justicia. En su criterio, este planteamiento de los jueces atenta contra los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y seguridad jurídica y “*en general, contra el Estado de Derecho*”¹⁰.

Señala, además, que en vez de corregir el error en que los hizo incurrir la Fiscalía, según la cual el general incurrió en un concurso de delitos de secuestro y de desaparición forzada, sin considerar que el fundamento fáctico de estos tipos penales es distinto, igualmente se equivocaron al estimar que el delito de secuestro mutó en el de desaparición forzada.

De otra parte, aduce que no es cierto que el delito de desaparición forzada sea parte del *ius cogens* y que hubiera sido tipificado en la legislación internacional antes de la ocurrencia de los hechos. Para la casacionista, la definición del *ius cogens* es etérea, no existe una lista de normas que lo

¹⁰ Cuaderno 1 de la Sala de Casación Penal, folio 107.

conformen y, aunque se acepte que hacen parte del mismo los convenios de La Haya y Ginebra relacionados con derecho internacional humanitario, en ninguno de estos acuerdos aparece la conducta punible de desaparición forzada.

Indica, además, que en la legislación internacional sólo se tipificó la desaparición forzada a través de la resolución 47/133 de 1992 de la ONU que adoptó la *“Declaración sobre protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”*, y en la *“Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas”* suscrita por la OEA en 1992, instrumentos jurídicos internacionales posteriores a los hechos por los cuales fue condenado su defendido. Concluye que, en nombre de los derechos humanos, y del bloque de constitucionalidad, se está vulnerando el principio de legalidad, sin tener presente que este principio es un derecho humano fundamental y uno de los pilares del derecho penal liberal que bajo la idea de la irretroactividad de la ley, impide que mediante una ley posterior se pueda judicializar un hecho que no ocurrió bajo la vigencia de la nueva norma.

Cargo Séptimo. Violación indirecta de la Ley sustancial por error de derecho derivado de falso juicio de legalidad.

Con fundamento en la causal primera, cuerpo segundo, del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, solicita casar la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial derivada de un error de derecho por falso juicio de legalidad.

En su criterio, la sentencia se sustentó en grabaciones de comunicaciones del ejército que, sin orden judicial previa, llevó a cabo el radioaficionado Pablo Montaña, y que fueron aportadas al proceso 20 años después de los hechos por el periodista Herbin Hoyos Medina, única prueba en que a su juicio se sustenta la condena en contra del general (r) **Arias Cabrales**.

Afirma que el radioaficionado Pablo Montaña testificó que, luego de haber estado en inmediaciones del Palacio de Justicia, se dirigió a su casa de habitación y, utilizando un radio similar a los que usaba la Policía, procedió a captar y grabar las comunicaciones de la operación militar que se desarrollaba. La demandante considera que Pablo Montaña vulneró el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones establecido en el artículo 15 de la Constitución Nacional pues, pese a que el Ejército por necesidad usó un rango de frecuencia público y de fácil acceso, eso no implicaba que pudiera grabar las conversaciones de carácter privado que, por serlo, no podían ser objeto de interceptación, grabación o divulgación.

La protección constitucional a las comunicaciones no le impone al ciudadano la carga de llevarlas a cabo por medios no susceptibles de ser escuchadas por terceros. De ser así, estarían excluidas de dicha protección las comunicaciones directas, ambientales o conversaciones entre presentes. En estas siempre estará presente la posibilidad de que personas distintas a los interlocutores escuchen el contenido de las

conversaciones, pero esto no autoriza a terceros a grabarlas y reproducirlas.

Si eso no es posible, mucho menos lo es tratándose de un asunto reservado y de seguridad nacional, respecto del cual Pablo Montaña, aunque lo hiciera lícitamente como radioaficionado, no tenía autorización judicial, ni de los interlocutores para grabar sus voces, ni se trataba de una persona que venía siendo víctima de un delito, caso en el cual se ha aceptado, por vía jurisprudencial, que el interesado o perjudicado puede grabar las conversaciones que lo estén afectando.

Considera que las grabaciones ilícitas realizadas por Pablo Montaña deben excluirse, pues conforme lo establece el artículo 29-5 de la Constitución Nacional: *“Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación al debido proceso”*. Agrega que la exclusión de la prueba ilícita tiene, entre otros fines, disuadir a los investigadores para que se abstengan de obtener pruebas con violación de derechos fundamentales, y, aunque si bien es cierto en este caso no se cumple el objetivo de disuasión, pues no se trata de investigadores judiciales, su exclusión garantiza la integridad de la administración de justicia.

En su concepto, esta prueba ilícitamente obtenida, es la única en que se sustenta la condena contra el general (r) **Arias Cabrales**. Con base en ellas fue que los juzgadores consideraron erróneamente que las frases expresadas por el coronel Luis Carlos Sadovnik (*Arcano 5*) al coronel Edilberto

Sánchez Rubiano (*Arcano 2*) en la que le decía: “ya sabe...las instrucciones complementarias a estos individuos son determinantes” y “Esperamos que si está la manga no aparezca el chaleco”, fueron la orden disfrazada para desaparecer personas. Orden que, de acuerdo con el fallador de primera instancia, formaba parte de un plan preestablecido y, conforme al criterio del Tribunal, fue escuchada por el general (r) **Arias Cabrales**, quien no hizo nada para detener la acción criminal. De esta forma, dice, el Tribunal “reinterpretó la sentencia condenatoria, varió la forma de conducta a una supuesta ejecución por omisión y negó los argumentos de la defensa relacionados con la insuficiencia probatoria para acreditar que el General (r) **Arias Cabrales** intervino o prestó aporte a la supuesta desaparición forzada de las 5 personas mencionadas supra”¹¹

Solicita, entonces, casar la sentencia, al considerar que se debe excluir la prueba ilícita. Como consecuencia, solicita que se absuelva al general (r) **Arias Cabrales**, al prevalecer su presunción de inocencia.

Cargo Octavo: Violación indirecta de la Ley sustancial por errores de hecho derivados de falsos juicios de existencia y de identidad.

Con fundamento en el cuerpo segundo de la causal primera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, solicita casar la sentencia por haber incurrido en un error de hecho por falso juicio de existencia respecto de la prueba con la que se acredita que Carlos Augusto Rodríguez Vera, Bernardo Beltrán Hernández y David Suspes Celis salieron con vida del Palacio de Justicia, y en un error de hecho por falso juicio de

¹¹ Cuaderno 1 de la Sala de Casación Penal, folio 184.

identidad, al distorsionar el contenido de las comunicaciones que sostuvieron los mandos militares que participaron en la operación.

Error de hecho por falso juicio de existencia.

Afirma que, luego de establecer que los reconocimientos realizados por los familiares de Rodríguez Vera, Beltrán Hernández y Suspes Celis, en los videos en los cuales se observa la salida de personas con vida del Palacio de Justicia, no constituían evidencia concluyente, y de determinar la falta de credibilidad de los testimonios de Ricardo Gámez Mazuera, Magallis Arévalo, Tirso Sáenz, César Augusto Sánchez Cuesta y Edgar Villamizar, el Tribunal creó una prueba de reconocimiento morfológico a partir de imágenes que editó en un material audiovisual denominado “*video holocausto*”, para sobre esa base y su conocimiento personal, concluir que el administrador y los dos empleados de la cafetería salieron con vida entre las personas rescatadas del Palacio de Justicia.

Asevera que el fallador creó esta prueba pericial con el argumento de que el “*Juez es perito de peritos*”, con lo que no sólo asumió un rol que no le compete, sino que también desconoció la conclusión del perito del CTI, consignada en el informe 374870 del 11 de diciembre de 2007, según el cual, no era posible realizar comparaciones morfológicas, debido a que el material audiovisual es difuso y no permite determinar rasgos concretos que son indispensables para realizar la identificación. Considera que el Tribunal podía apartarse del

dictamen pericial o valorarlo negativamente con fundamento en las reglas de la sana crítica, pero no asumir “*directamente el papel de dictaminador y por esta vía no solo sustituir a los peritos, sino autoevaluar la prueba creada o supuesta por el mismo.*”¹²

La prueba creada por el Tribunal, en su concepto, es la única que permite afirmar que Carlos Augusto Rodríguez Vera, Bernardo Beltrán Hernández y David Suspes Celis salieron con vida, y para predicar la responsabilidad del general (r) **Arias Cabrales** en la presunta desaparición de éstos. En efecto, los reconocimientos realizados por los familiares no arrojan certeza sobre este suceso, como lo acepta el mismo Tribunal e incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, en la sentencia proferida el 14 de noviembre de 2014, en el “*Caso Rodríguez Vera y Otros vs Colombia*”, señaló que:

“*La Corte considera que estos reconocimientos de imágenes en video por sí solos no son suficientes para acreditar, con absoluta certeza, la salida con vida de dichas personas*”¹³

Error de hecho por falso juicio de identidad.

Indica que se presentaron dos errores de hecho por falso juicio de identidad. El primero, al distorsionar el sentido literal de la expresión, “*ya sabe...las instrucciones complementarias a estos son terminantes*” y “*Esperamos que si está la manga no aparezca el chaleco*”, que se analizó por fuera de contexto y a la cual se le asignó un contenido implícito criminal.

¹² Cuaderno 1 de la Sala de Casación Penal, folio 190.

¹³ Cuaderno 1 de la Sala de Casación Penal, folio 204.

Señala que esas frases aparecen en el diálogo entre el Segundo Comandante de la Brigada XIII, coronel Luis Carlos Sadovnik (*Arcano 5*) y el Jefe de Inteligencia de la misma Brigada, coronel Edilberto Sánchez Rubiano (*Arcano 2*), en el que también interviene el Comandante del Ejército, general Rafael Samudio Molina (*Paladín 6*). En dicha comunicación, *Arcano 5* le recomienda a *Arcano 2* que mantenga aislados a los rescatados no heridos que no han sido identificados hasta que, con el apoyo de la Dirección de Inteligencia (*DINTE*), se logre establecer su identidad. *Paladín 6* interviene para indicar que obtuvo información según la cual el comandante del M19 Luis Otero salió del Palacio de Justicia, utilizando la cédula de una persona fallecida. *Arcano 5* interroga a *Arcano 2*, si Luis Otero está entre las personas rescatadas que fueron enviadas a la Casa del Florero. *Arcano 2* le contesta que Luis Otero no se encuentra allí, pero si está una guerrillera abogada que ya fue identificada. Ante esto, *Arcano 5* le dice a *Arcano 2*, “ya sabe...las instrucciones complementarias a estos son terminantes”, y “Esperamos que si está la manga no aparezca el chaleco”.

Afirma que no hay nada oculto en estas frases y en su concepto sólo constituyen un giro lingüístico que se presta para distintas interpretaciones, pero en ningún momento tienen el sentido unívoco asignado por los falladores o el perito Jhon Edward Peña, de ser una orden para desaparecer personas vinculadas al movimiento guerrillero, como fue reconocido por la misma Fiscalía al abstenerse de proferir medida de aseguramiento en contra del coronel Luis Carlos

Sadovnik y precluir la actuación a favor del general Rafael Samudio Molina.

En su criterio, una de las posibles interpretaciones sería la de que Luis Carlos Sadovnik, quien como era conocido por sus compañeros hablaba utilizando dichos y refranes, se hubiera referido a Luis Otero como una parte del grupo, una “manga”, y considerara que, si este se había escapado valiéndose de la cédula de un fallecido, se debían realizar esfuerzos adicionales para que no se evadiera otro de los integrantes del M-19 que habían realizado la toma, a quien se referiría como el todo, un “chaleco”.

Así mismo “*las instrucciones complementarias a estos son terminantes*”, podrían significar órdenes adicionales para realizar una individualización rigurosa de las personas rescatadas cuya identidad no había podido ser establecida. También la expresión “*órdenes terminantes*” podría ser interpretada como una instrucción para agilizar el combate y cumplir con la misión ordenada desde la Presidencia, “*toda vez que era conocida la posición presidencial de no negociar ni dialogar con los perpetradores de la toma violenta*”¹⁴

Como se pueden realizar múltiples interpretaciones de un lenguaje proverbial o metafórico, no resulta acertada la conclusión del Tribunal de que las expresiones en comento tienen un sentido literal claro e inequívoco, esto es, que son órdenes orientadas a la desaparición de los integrantes del M-19.

¹⁴ Cuaderno 1 de la Sala de Casación Penal, folio 196.

De otra parte, considera que tampoco resulta cierta la conclusión a la que llegó el perito Jhon Edward Peña, a quien cuestiona por haber presentado títulos de idoneidad correspondientes a su pericia, y por haber partido de una premisa falsa, según la cual “*sencillamente sabíamos que era una orden irregular*” y, por consiguiente, con base en esa suposición concluyó erróneamente que se trataba de una orden para desaparecer personas.

Al tomar esta frase como una orden de desaparición, dice, la expresión debería ser “*si aparece la manga, que desaparezca la manga*” o, como lo afirmó el Tribunal, “*si algo está de ella, no aparezca ella*”, pero a fin de contrariar lo expresado, se cambia arbitrariamente la palabra “*desaparecer*” con la de “*aparecer*”, no siendo sinónimos, pues la primera se utiliza para ocultar las cosas que están a la vista, mientras la segunda para cosas que están o estaban ocultas.

Concluye la casacionista que el sentido de estas frases no surge de manera intuitiva, por lo que la interpretación dada por los falladores, fuera del contexto y del alcance, es una interpretación subjetiva que no cuenta con sustento en alguna prueba.

El segundo error de hecho por falso juicio de identidad consiste, según la demandante, en suponer que el general **Jesús Armando Arias Cabrales** escuchó las expresiones “*ya sabe...las instrucciones complementarias a estos son terminantes*” y “*Esperamos que si está la manga no aparezca el chaleco.*”

Mientras el juez de primera instancia reconoció que en el momento en que fueron pronunciadas las anteriores expresiones por parte del coronel Luis Carlos Sadovnik, se realizaba una comunicación entre éste y el coronel Edilberto Sánchez Rubiano, y en la cual también intervino el general Rafael Samudio Molina, el Tribunal incluyó al general **Arias Cabrales**, cuando éste intervenía sólo cuando era requerido por algún interlocutor o él requería a uno de sus subalternos, pues estaba ocupado de dirigir personalmente el combate y “*Él no era radio-operador, ni su misión de comandante le permitía dedicarse a atender la radio, sino que sus subalternos encargados de ello le indicaban cuando alguna comunicación le era dirigida a él personalmente*”¹⁵.

Cuestiona que, aunque según la prueba, el general Samudio Molina participó en la comunicación cuando el coronel Luis Carlos Sadovnik se refirió a la orden, a aquel se le profirió resolución de preclusión en la misma providencia en que se acusó al general procesado. El general Samudio Molina, dice, se encontraba en el Palacio Presidencial junto al Ministro de Defensa y el Presidente, impartiendo órdenes y pendiente de las comunicaciones, pero a éstos tampoco se les imputó cargo omisivo alguno, como si al general (r) **Arias Cabrales**.

La tergiversación de la prueba denunciada, en su entender, propició la condena bajo el cargo de comisión por omisión ya que, de no habersele atribuido ese designio criminal a las expresiones realizadas por el coronel Sadovnik, no se le hubiera podido atribuir al general **Arias Cabrales** la

¹⁵ Cuaderno 1 de la Sala de Casación Penal, folio 202.

coautoría mediata por omisión a través de una estructura ilícita o aparato de poder conformado al interior del Ejército Nacional.

De otra parte, para la demandante, la autoría mediata por omisión, coautoría por omisión y autoría mediata en aparatos de poder, además de ser polémicas, no encuentran asidero probatorio alguno para atribuirle una intervención de ese modelo al acusado.

Aclara que por vía jurisprudencial se ha señalado que la coautoría por omisión sólo es posible cuando la omisión, que es exigible solo para quien tiene la posición de garante, hace parte del plan del autor, y según el Tribunal, no existe prueba de que el general **Arias Cabrales** haya intervenido en el diseño de una política ilícita o en la preparación de instrucciones complementarias e ilícitas orientadas a desaparecer personas. Por consiguiente, concluye que el general **Arias Cabrales** no podía “*omitir contraordenar la ejecución de un acto criminal desconocido*”¹⁶, deber que tampoco puede inferirse de las expresiones realizadas por el coronel Luis Carlos Sadovnik.

Sostiene, así mismo, que al no contar con prueba de que haya participado en un plan previo o concomitante, tampoco podía prestar apoyo objetivo a unas presuntas desapariciones que no formaban parte de la operación militar que comandó, por lo que no puede atribuirsele una autoría mediata por omisión, según la cual el “*sujeto de detrás*” se sirve

¹⁶ Cuaderno 1 de la Sala de Casación Penal, folio 207.

del instrumento mediante una acción que por naturaleza falta en la omisión, pues “*De no ser así, afirma con contundencia Roxin, “habría que estimar autoría mediata en todos los casos en que un garante no interviene para contrarrestar el delito de un tercero” porque ¿cómo cabe “producir” mediante omisión el hecho de otro?*”¹⁷

Señala la censora, además, que la omisión que se pretende acreditar mediante la tergiversación de la prueba, tampoco puede ser el fundamento para imputar la autoría mediata por dominio en aparatos organizados de poder, pues la jurisprudencia patria no ha acogido pacíficamente esa figura. La Corte, sostiene, ha considerado que son coautores materiales impropios por división de trabajo y no autores mediatos, quienes imparten las órdenes dentro de las denominadas organizaciones criminales. En segundo lugar, el mismo Roxin señala que esta forma de autoría sólo puede existir en organizaciones que en su conjunto están al margen de la ley, situación que no se puede predicar de las Fuerzas Militares de un Estado de Derecho que actúa bajo el imperio de la ley.

Asevera, en síntesis, que la prueba tergiversada, ni ninguna otra permite sustentar una autoría directa, bien sea por acción o por omisión o en comisión por omisión, ni ningún tipo de coautoría, pues como lo señaló el Tribunal:

“*No se alegó, ni se probó en este caso, que el general acusado hubiera planeado o establecido personalmente, junto con algunos de sus pares o subordinados, una política ilícita, o las instrucciones terminantes, o dado la orden específica de que fueran*

¹⁷ Cuaderno 1 de la Sala de Casación Penal, folio 207.

*desaparecidos forzadamente quienes fueran sospechosos o probados guerrilleros*¹⁸

Para la defensora, en consecuencia, lo único que queda es atribuir el delito al superior por el hecho de serlo, lo que contraría el principio de acto que orienta el estatuto penal, el cual indica que para realizar la imputación es imprescindible la realización voluntaria y personal de un acto externo y lesivo, por lo que reitera la solicitud de casar la sentencia y proferir absolución a favor del acusado.

2.- Demanda del Agente Especial del Ministerio Público.

En el mismo auto del 20 de septiembre de 2016 la Sala admitió los cargos primero y segundo de la demanda presentada por el Agente Especial del Ministerio Público e inadmitió los restantes.

Cargo Primero. Incongruencia entre la acusación y la sentencia.

En la causal segunda del artículo 207 de la Ley 600 del 2000, el representante del Ministerio Público sustenta su pretensión de casar la sentencia por incongruencia entre la acusación y la sentencia.

Sostiene que la fiscalía acusó al general **Jesús Armando Arias Cabrales** como coautor impropio del delito

¹⁸ Cuaderno 1 de la Sala de Casación Penal, folio 209.

de desaparición forzada de personas al compartir fines ilícitos, medios delictivos y mantener permanentemente el dominio del hecho. El Tribunal, al descartar la existencia de pruebas para considerarlo coautor impropio de la conducta, lo condenó como autor mediato por omisión en aparatos organizados de poder, al sostener que, como comandante de la operación militar que se llevaba a cabo y dada su posición de garante, permitió que su segundo comandante reiterara órdenes complementarias terminantes para ser aplicadas a los guerrilleros, las cuales se concretaron en la desaparición de varias personas que salieron vivas del Palacio de Justicia.

En su concepto, los supuestos fácticos de estas dos formas de intervención son distintos. La coautoría impropia se caracteriza por un propósito criminal compartido y la división de trabajo mediante asignación de roles, mientras la autoría impropia en aparatos organizados de poder implica el dominio de la organización por el hombre de atrás, una estructura de mando jerarquizada al margen de la Ley, cierta permanencia en el tiempo, la fungibilidad de los ejecutores inmediatos y la predisposición de éstos para ejecutar los actos antijurídicos ordenados por el superior.

Ante características tan diferentes, dice, se vulnera el principio de congruencia entre la acusación y la sentencia, y fundamentalmente el derecho de defensa al sorprender al general **Jesús Armando Arias Cabrales** con una imputación por una conducta omisiva que no fue objeto de discusión en la investigación ni en el juzgamiento. La Fiscalía tampoco hizo mención a la posible existencia de un aparato

organizado de poder al interior del Ejército, ni dijo que el general acusado fuera parte del mismo, por lo cual no se pudo defender de esta acusación.

La autoría mediata en aparatos organizados de poder, en su estructura dogmática, no incluye la autoría mediata omisiva. Por tal razón, le corresponde a la Sala de Casación Penal aclarar el tema.

En eso se deberá tener en cuenta que si se probó que las instrucciones fueron impartidas por el coronel Sadovnik Sánchez hacia el coronel Sánchez Rubiano, es imposible que pueda existir una autoría mediata en aparatos organizados de poder “mediante una cadena de mando del inferior hacia el superior”, puesto que la autoría mediata que se estudia surge del dominio de la organización por parte de quien imparte la orden “y no respecto de quien conociéndola, no hace nada para evitar que otros la ejecuten.”¹⁹

En apoyo a su argumento, cita la decisión de la Sala del 28 de abril de 2015, en el radicado 36784, en la que se señalaron las diferencias dogmáticas entre autoría o coautoría y la autoría mediata en aparatos organizados de poder, y se estableció que una variación entre estas comporta la modificación del núcleo fáctico de la acusación.

A pesar de que, según explica, se trata de un error *in procedendo* relacionado con la variación del núcleo fáctico de la acusación, que se podría remediar retrotrayendo la

¹⁹ Cuaderno 1 de la Sala de Casación Penal, folio 253.

actuación, le solicita a la Sala proferir sentencia absolutoria, puesto que el mismo Tribunal descartó la existencia de prueba de la responsabilidad como autor, por lo que debe prevalecer el derecho sustancial y el principio de *favor rei* en favor del acusado.

Cargo segundo: Comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso.

Con fundamento en la causal tercera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, solicita decretar la nulidad desde la resolución de acusación por la incompetencia de la justicia ordinaria para investigar y juzgar al general **Jesús Armando Arias Cabrales**. Señala que de acuerdo con el artículo 221 de la Constitución Nacional, los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo relacionados con el servicio, son de conocimiento privativo de la justicia penal militar.

Señala que los jueces de primera y segunda instancia reconocieron que la toma del Palacio de Justicia y la operación de rescate realizada por el Ejército son parte del conflicto armado que ha afectado a Colombia durante los últimos años, y que el general **Arias Cabrales** desarrolló las funciones asignadas como Comandante de la Brigada XIII, por lo que es claro que se trató de un acto del servicio que ha debido ser investigado y juzgado por la justicia penal militar.

En esa medida, no puede aplicarse, en su criterio, el artículo 3 de la Ley 522 de 1999, que excluye de la relación con el servicio, los delitos de desaparición forzada, tortura y genocidio, por cuanto para la época de los hechos no estaba tipificado el delito de desaparición forzada, ni era parte del bloque de constitucionalidad.

3.- Alegatos de los no recurrentes.

3.1.- La Delegada de la Fiscalía.

Respecto de los cargos planteados por la Defensa Técnica.

Frente al primer cargo de **nulidad por falta de competencia**, considera que la argumentación es contradictoria y no cumple con los requisitos formales que se deben observar al proponer este tipo de reproches.

Le parece incompatible que se diga que el general **Jesús Armando Arias Cabrales** ya fue investigado por la Justicia Penal Militar y, a su vez que se solicite la nulidad por falta de competencia para que lo investigue dicha jurisdicción. Si así es, ha debido invocar la violación al principio *non bis in idem* o que la acción penal no podía proseguirse. Pero no es así, la investigación realizada por la justicia penal militar versó sobre el operativo militar y el posible exceso en el uso de la fuerza, mas no comprendió el delito de desaparición forzada, conducta punible que en ningún caso se puede considerar que esté relacionada con la función.

Para la fiscalía no existe ninguna actuación irregular en las determinaciones demandadas, ni violación del debido proceso. El Tribunal efectivizó los compromisos del Estado Colombiano en materia de reparación de víctimas, quienes aún ante la imposibilidad de identificar y procesar a los victimarios, deben ser reconocidas y tratadas como lo disponen los Tratados Internacionales, la Constitución y la Ley.

De otra parte, la asignación de competencia a la Fiscalía Cuarta Delegada realizada por el Fiscal General de la Nación, al tratarse de un delito de ejecución permanente que continuaba materializándose para el 7 de mayo de 2008, la hizo con apoyo en el numeral 4° del artículo 235 de la Carta Política. Por lo tanto, si el delito de desaparición forzada continuaba ejecutándose cuando entró a regir la Constitución de 1991, no resulta válido sostener que por favorabilidad se debe aplicar la Constitución de 1886.

En relación con el segundo cargo de **nulidad por irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso**, sostiene que el cargo se limita a señalar la violación al principio de legalidad, fundamentado en que para la época de los hechos no estaba tipificado el delito de desaparición forzada, incumpliéndose así los parámetros mínimos de sustentación según la Jurisprudencia de la Corte.

En atención a la trascendencia del tema, la Fiscal consideró necesario enfatizar el criterio de la Sala relativo a que cuando se trata del tránsito legislativo frente a un delito

de carácter permanente que continúa ejecutándose a la entrada en vigencia de una nueva legislación, se aplica la norma nueva ya que, aun teniendo en cuenta el principio constitucional de favorabilidad, el mismo sólo se predica cuando las legislaciones establecen distintos tratamientos para un mismo hecho *“pero no sucede así cuando se trata de hechos diferentes, así la diferencia radique solamente en su temporalidad.”*²⁰

Agrega que, si bien inicialmente la fiscalía pensó en un concurso aparente de tipos, con fundamento en los principios de especialidad y consunción se decidió condenar al general por el delito de desaparición forzada, cuyo tipo penal describe de manera completa el ilícito que aún continúa ejecutándose, por el ocultamiento de las víctimas en el tiempo y la negativa de dar alguna noticia sobre el paradero de ellas.

Adicionalmente, recuerda que el principio de legalidad exige que una persona sólo puede ser juzgada por un delito previamente establecido en la ley, pero asume que la legislación interna está obligada a ajustarse a los tratados internacionales, por lo que la aplicación del contenido de estos instrumentos es factible en los eventos de mora del legislador para ajustar la normatividad a su contenido. Por consiguiente, es admitido aplicar un tratado internacional respecto de algún delito allí prohibido y sancionado, sin que exista ley interna previa en dicho sentido y sin que esto constituya violación al principio de legalidad.²¹

²⁰ Cuaderno 1 de la Sala de Casación Penal, folio 286.

²¹ Auto del 18 de julio de 2011, radicado 33118.

Respecto del cargo por **violación indirecta de la Ley sustancial por error de derecho derivado de falso juicio de legalidad**, solicita desestimar el cargo debido a que las grabaciones magnetofónicas realizadas por Pablo Montaña y aportadas por los periodistas Ramón Jimeno y Herbin Hoyos, son legales; no fueron interceptaciones, sino grabaciones de escuchas incidentales de comunicaciones realizadas por servidores públicos utilizando frecuencias del espectro electromagnético de uso no restringido, captadas y grabadas en desarrollo de una actividad legal.

Agrega que esta prueba, de una parte, fue incorporada al proceso de manera legal, regular y oportunamente por la Fiscalía cuarta Delegada, la que enterada de su existencia dispuso la recepción de los testimonios de los periodistas y del radio aficionado garantizando la cadena de custodia, y de otra, el general **Jesús Armando Arias Cabrales** reconoció que utilizó el nominativo Arcano 6, y no cuestionó las conversaciones que corresponden a las realizadas por los militares en desarrollo de la operación de recuperación del Palacio de Justicia.

Asevera que el análisis de los peritos permitió establecer la calidad de las grabaciones, su autenticidad y el hecho de que las mismas corresponden a una copia digital de la grabación original sin adulteraciones, y ratifican lo declarado por Pablo Montaña en el sentido que se trata de comunicaciones realizadas por personas que desarrollaron la operación de rescate del Palacio de Justicia.

Respecto de los **errores de hecho derivados de falso juicio de existencia y falso juicio de identidad**, sostiene lo siguiente:

No cree que el Tribunal haya creado una nueva prueba pericial de reconocimiento a partir de sus propios criterios; sino que corroboró, utilizando criterios científicos, cuya fuente de conocimiento está claramente determinada en la sentencia, la prueba indiciaria que surge de la identificación que hicieron los familiares de las víctimas con base en las imágenes de los videos.

Considera que la prueba examinada apreciada en conjunto, permite establecer con certeza la salida con vida de las víctimas, pues está probado que se encontraban el día 6 de noviembre de 1985 en el Palacio de Justicia y, luego de las 28 horas de la toma, evacuadas del edificio por el ejército, sin que se sepa su paradero, de donde se deduce que fueron objeto de desaparición forzada por parte del personal militar que tuvo el control durante la operación.

De otra parte, señaló que se pretende que la Corte haga un análisis de las expresiones *"ya sabe...las instrucciones complementarias a estos son terminantes"* y *"Esperamos que si está la manga no aparezca el chaleco"*, a la manera como, desde su particular criterio, la demandante considera que se deben estimar esas expresiones, y no precisamente por cuenta de un error de apreciación probatoria. En su opinión, el correcto análisis del Tribunal le permitió concluir que, por lo menos frente al caso de la guerrillera Irma Franco Pineda, el coronel

Sadovnik impartió “*las instrucciones terminantes*” que originaron su desaparición forzada, lo cual supo el general.

Concluye que el Tribunal no cayó en un falso juicio de identidad. Simplemente le confirió “*al contenido de las órdenes y comunicaciones sostenidas por el Comandante de la operación, una dimensión acorde con las circunstancias en que resultó desaparecida la guerrillera Irma Franco Pineda.*”²²

En cuanto a los cargos propuestos por **el Agente Especial del Ministerio Público** manifestó:

La incongruencia entre la acusación y la sentencia planteada por el Agente Especial del Ministerio Público no tiene asidero alguno. Considera que el Tribunal no varió el núcleo fáctico de la acusación, puesto que, de un lado, señaló que para tratar el tema de la autoría mediata en aparatos organizados de poder no se requería efectuar ningún análisis relacionado con la coautoría y, de otro, fue claro en señalar las omisiones en que incurrió el general **Arias Cabrales** que propiciaron las desapariciones forzadas, sin que ello implique cambiar el supuesto fáctico de la acusación.

Respecto al cargo **por existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso**, por no haber sido juzgado el general por la Justicia penal Militar, solicitó tener en cuenta el análisis efectuado frente al cargo primero de la demanda de la defensa, en el que se concluyó que no

²² Cuaderno 1 de la Sala de Casación Penal, folio 315.

debe prosperar por cuanto la competente en todos estos casos es la justicia ordinaria.

El Representante de la Parte Civil.

Aparte de las críticas desde el punto de vista formal a las demandas presentadas por la defensora y el Agente Especial del Ministerio Público, considera que son confusas, y en el caso de la defensa, propias del menosprecio demostrado a lo largo del proceso hacia las víctimas y sus apoderados.

Estima que las **nulidades por violación al principio de legalidad, incompetencia de la jurisdicción ordinaria** —esta última alegada por la Defensa y por el Agente Especial del Ministerio Público—, e **incongruencia**, carecen de respaldo legal y jurisprudencial.

En cuanto al **principio de legalidad**, considera que el delito de desaparición forzada es de carácter permanente. En el presente caso continúa ejecutándose, las víctimas no aparecen y los victimarios siguen negando la información sobre su paradero. Eso implica que, si bien para la época de los hechos la conducta se tipificaba como secuestro, no existe inconveniente para aplicar la tipicidad establecida en el Código Penal expedido en el año 2000.

Agrega que aun cuando para el año 1985 no se había tipificado el delito de desaparición forzada en la legislación interna, en la internacional ya estaban prohibidas estas

conductas, consideradas como delitos de lesa humanidad. En tal sentido, Colombia estaba obligada a cumplir el Protocolo II de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 y la resolución de la OEA sobre desaparición forzada, ratificada en la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, adoptada en Belém do Pará, República de Brasil.

En relación con la **competencia**, señala que según la jurisprudencia colombiana (CSJ SP del 15 de marzo de 2010 y del 5 de junio de 2014, radicados 33719 y 35113, y la sentencia SU-1184 del 13 de noviembre de 2001 de la Corte Constitucional), los delitos contra derechos humanos no pueden equipararse ni relacionarse con actos propios del servicio. Por consiguiente, su investigación y juzgamiento corresponde a la jurisdicción ordinaria, sin que pueda oponerse ningún tipo de fuero.

Respecto al **principio de congruencia**, indica que, si bien en la sentencia de segunda instancia proferida en contra del general **Jesús Armando Arias Cabrales** se modificó la forma de intervención en el hecho punible, esa situación no comporta una variación del núcleo fáctico de la imputación, porque no se modificaron los hechos ni se impusieron consecuencias más gravosas al procesado. La Sala de Casación Penal en reiteradas ocasiones, entre las que menciona la sentencia del 5 de diciembre de 2007 proferida en el radicado 26513, dijo al respecto:

“... el principio de congruencia no se desconoce cuando en la sentencia se realizan valoraciones de tipo jurídico o dogmático”

distintas a las formuladas en la resolución de acusación o su equivalente, o bien a las consideradas por el Fiscal en sus alegatos finales, mientras ello no represente desde el punto de vista de la punibilidad un tratamiento desfavorable a los intereses del procesado ni tampoco altere el núcleo fáctico de la imputación” (subrayado de la Parte Civil).²³

En cuanto al **tema probatorio** conceptuó lo siguiente:

En su criterio, con el argumento de la ilegalidad de las grabaciones realizadas por el radio aficionado Pablo Montaña, la defensora pretende desconocer la existencia del importante material probatorio allegado al proceso, cuyo análisis conjunto es el sustento de las sentencias de primera y segunda instancia proferidas contra el general **Jesús Armando Arias Cabrales**.

Estima que la prueba testimonial sobre la presencia de los desaparecidos en el Palacio, el reconocimiento realizado por familiares y allegados, de haberlos visto salir vivos del Palacio bajo el control del Ejército, el dictamen pericial sobre las grabaciones de comunicaciones entre militares, así como indicios que surgen de las actuaciones posteriores como la remoción irregular de cadáveres, al no permitir que los jueces realizaran los levantamientos, el traslado de detenidos en vehículos asignados a inteligencia militar para darles un “tratamiento especial” a los rescatados, y las amenazas a los familiares para que no siguieran indagando sobre el paradero de las víctimas, confirman la responsabilidad del general acusado.

²³ Alegatos Parte Civil frente a las demandas de Casación, folio 10.

Afirma que no es cierto que el Tribunal hubiese creado una prueba de reconocimiento como lo señaló la defensora, quien también descalificó los realizados por los familiares de las personas desaparecidas. El Tribunal, en su criterio, simplemente valoró estos reconocimientos con respeto de los postulados de la sana crítica, lo cual le confiere legalidad a su conclusión.

Considera que el Tribunal no desechó la conclusión del perito -de quien además se probó su idoneidad—, respecto de sus conclusiones respecto del significado de la expresión “*instrucciones terminantes*”, más aún si se confirmó la identidad de Irma Franco y su participación en el asalto, persona a quien se referían en la grabación. Es, por lo tanto, el contexto dentro del cual fueron proferidas dichas expresiones, lo que permite con facilidad establecer que se trató de órdenes emitidas en lenguaje cifrado, orientadas a la desaparición de personas.

De otra parte, estima que el cargo de la defensa sobre el error de hecho por falso juicio de identidad en el que habría incurrido el Tribunal, al determinar que el general **Jesús Armando Arias Cabrales** escuchó las órdenes cifradas, no se configuró por cuanto el procesado siempre mantuvo el radio de comunicaciones en su mano y mostró una gran actividad en su uso al impartir instrucciones, verificar información y comunicar al Comandante del Ejército sobre los resultados que se estaban obteniendo paso a paso.

El general **Arias Cabrales**, en efecto, intervino en 54 oportunidades durante los 31 minutos de comunicaciones que comprenden el contexto en los que se impartieron dichas *“instrucciones terminantes.”* Para la Parte Civil, la sentencia no se debe casar, por cuanto el general **Arias Cabrales** tuvo pleno conocimiento y dominio del hecho respecto de la salida de las personas en poder del Ejército y no demostró interés en defender su vida, como no lo hizo con los demás rehenes del Palacio de Justicia.

Finalmente, con la tesis de que la toma del Palacio fue permitida por las Fuerzas Armadas con el propósito de eliminar a los integrantes del M-19 –tesis que funda en que labores de inteligencia previas insinuaban que se llevaría a cabo la toma del Palacio, pese a lo cual se ordenó suprimir la protección policial días antes de los hechos— solicita compulsar copias para investigar los delitos en que pudo incurrir la cúpula militar, incluyendo al general procesado, por los homicidios de Magistrados, civiles y guerrilleros, incendio, destrucción de bienes y falsedad en documentos públicos y privados, entre otros.

CONCEPTO DE LA PROCURADORA TERCERA DELEGADA ANTE LA CORTE.

1.- Cuestión Previa.

Antes de conceptuar sobre los cargos de las demandas, que en su criterio no deben prosperar, considera necesario precisar los siguientes aspectos:

(i).- El conflicto armado interno existente en el momento de la comisión de los hechos conocidos como el “Holocausto”.

Explica que en el Derecho Internacional Humanitario se distinguen dos tipos de conflicto: entre Estados, que por lo tanto es de carácter internacional, y otro interno, entre el Estado y grupos armados no gubernamentales, o entre estos últimos grupos, diferencia que también aparece en el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra de 1949.

Estos últimos, continúa, se distinguen de otras formas de violencia tales como disturbios, motines y otros actos de bandidaje. Para diferenciarlos se han empleado criterios como el grado de intensidad de las hostilidades – que imponen a los Estados el uso de la fuerza militar en lugar de la policía—, la existencia de una estructura de mando en los grupos no gubernamentales y la capacidad para sostener operaciones militares.

Con fundamento en estos criterios y lo consignado por la Corte Constitucional en la sentencia T-364 de 2015, concluye que en Colombia, para la época de los hechos, se presentaba un conflicto armado interno, del que era actor, entre otros, el M-19, grupo responsable del asalto al Palacio de Justicia, con la aclaración de que, la existencia de este conflicto interno, “*no excluye la posibilidad de que se configuren crímenes de lesa humanidad en tiempos de guerra.*”²⁴

²⁴ Cuaderno 2 de la Sala de Casación Penal, folio 105.

(ii).- Principio de distinción entre combatientes y civiles.

Considera la Delegada necesario establecer algunos criterios frente al principio de distinción entre combatientes y civiles, en razón a que la defensa del general **Arias Cabrales** argumenta que las “órdenes terminantes” estaban orientadas a garantizar la distinción entre el personal civil rescatado y los combatientes del M-19, pero no a disponer la desaparición de éstos últimos o de los sospechosos de pertenecer al grupo armado ilegal.

Hace un recorrido por el derecho internacional con el fin de destacar la importancia del principio de protección, y resaltar a partir de ese supuesto la sentencia C-291 de 2007, en la cual la Corte Constitucional señaló que este principio, contenido en los artículos 3º común a las Convenciones de Ginebra y 7º del Protocolo adicional II, es parte del derecho consuetudinario que ha sido aplicado para juzgar conflictos internos por los Tribunales Penales para Ruanda y Yugoslavia. Según la Corte, dice, el propósito de protección fundamental son no sólo los civiles, sino también las personas que habiendo participado en las hostilidades adquieren la categoría más amplia de “no combatientes”, ya sea por estar en poder de otro actor armado o haber sido puestos fuera del combate, estar inconscientes, heridos o enfermos, o haber manifestado su intención de rendirse.

De otra parte, según la Corte Constitucional, la Fuerza Pública adquiere posición de garante cuando se crean riesgos

para los bienes jurídicos o surgen deberes de protección por la vinculación del agente a un órgano estatal, como se dijo en la sentencia T-1003 de 2012, en la cual se estableció que:

*“... la posición de garante significa que “el título de imputación se hace (...), sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o imprudencia)”. Asimismo, la Corte ha indicado que: las estructuras internas de la imputación no modifican la naturaleza del delito realizado y no cambian porque el interveniente (para el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcance la consumación del hecho”. Por ello, “(i) el autor y el participante intervienen en un acto único, porque el destinatario de la imputación es el colectivo que lo realiza; el cómplice y el determinador no realizan un injusto autónomo, porque el delito efectuado pertenece a todos en conjunto. La diferencia entre autoría y participación es cuantitativa y no cualitativa; (ii) en la tentativa por omisión –el garante retarda dolosamente la acción de salvamento o ésta no hubiera evitado la producción del resultado— el injusto del hecho sólo se diferencia de la consumación cuantitativamente –por el grado de desarrollo de la infracción de la norma— porque también exige los elementos de la imputación del delito consumado: la creación del riesgo jurídicamente desaprobado y la realización del riesgo y, (iii) el conocimiento del riesgo (que sirve para deslindar el dolo de la imprudencia) no modifica la naturaleza de la conducta realizada (grave violación a los derechos humanos). Es decir en todos los casos mencionados hay unidad del título de la imputación”.*²⁵

Se trata, para la Procuradora, de una sentencia de singular trascendencia para examinar el presente caso en el que se afectaron civiles o combatientes reducidos en combate, materializándose un crimen de lesa humanidad bajo la modalidad de comisión por omisión dolosa, en *“la figura de la responsabilidad por el mando”*, como se demostró en los fallos de instancia, respecto al aporte decisivo en la comisión de los hechos.

²⁵ Cuaderno 2 de la Sala de Casación Penal, folio 114.

(iii).- Crímenes de lesa humanidad.

La desaparición forzada está catalogada como delito de lesa humanidad. Al igual que todos los hechos punibles de esta índole, puede ser cometido en tiempos de paz o de guerra, y también en desarrollo de un conflicto interno.

Recuerda que en el Estatuto del Tribunal de Núremberg, creado en 1945 para juzgar a quienes durante el holocausto mundial perpetraron crímenes contra la Paz, la Guerra y la Humanidad, se estableció que el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, otros actos inhumanos contra la población civil, y actos de persecución por motivos políticos, raciales o religiosos, constituyen crímenes contra la humanidad, así no se hubiesen incorporados a la legislación interna de los países.

(iv).- Orígenes del delito de desaparición forzada.

Anota que un primer antecedente se encuentra en el decreto “*Nacht und Nebel*” (noche y niebla) promulgado en diciembre de 1941 en la Alemania Nazi, mediante el cual se ordenó detener a todo sospechoso de poner en peligro la seguridad del Tercer Reich y desaparecerlo, sin dejar rastro y sin que se pudiera obtener información sobre su paradero. Con posterioridad a la guerra, la costumbre internacional consideró necesario juzgar mediante tribunales Ad-hoc los crímenes contra la humanidad, entre ellos la desaparición forzada.

De otra parte, rememora que mediante la resolución 33/173 de 1978, la Asamblea General de Naciones Unidas abordó por primera vez la problemática de los desaparecidos. Entre otras determinaciones, estableció el compromiso de realizar investigaciones rápidas e imparciales y garantizar que los integrantes de las fuerzas encargadas del cumplimiento de la ley fueran juzgados por excesos injustificables que pudieran conducir a desapariciones forzadas y a otras violaciones de los derechos humanos.

Luego, en 1992, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó mediante resolución 47/133, la *"Declaración sobre la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas"*, en la que definió que esta conducta consiste en arrestar, detener o trasladar personas contra su voluntad o privarlas de la libertad en cualquier forma por agentes del Estado, o por parte de grupos organizados o particulares que actúen a nombre del Gobierno o con su apoyo, autorización o aquiescencia, y que se niegan a revelar su suerte o paradero, sustrayéndolas de la protección de la ley.

En este instrumento se estableció igualmente que todo acto de desaparición forzada ultraja la dignidad humana, es contrario a la Carta de la Organización de Naciones, y atenta contra los derechos humanos al sustraer a la víctima de la protección de la ley, causándole graves sufrimientos, así como a su familia.

En el *Estatuto de la Corte Penal Internacional* también fue incluido el delito de desaparición forzada como un crimen de

lesa humanidad, perpetrado por agentes del Estado y las organizaciones o grupos armados. La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), por su parte, mediante la resolución AG/REAS. 666 del 1º de diciembre de 1983, declaró como una afrenta a la conciencia hemisférica el delito de desaparición forzada, categorizándolo como un crimen internacional de lesa humanidad.

En su concepto, estos instrumentos internacionales forman parte del *ius cogens*, son anteriores a los hechos y por lo mismo se encuentran incorporados a la legislación interna. Agrega que estas normas están más allá del derecho de los tratados, irradian todo el Derecho Internacional e inciden sobre las legislaciones internas que no pueden ser contrarias al mismo.

Internamente, recuerda que en la sentencia C-620 de 2011, la Corte Constitucional declaró exequible la Ley 1418 de 2010, mediante la cual se aprobó la Convención Internacional para la Protección contra las desapariciones forzadas, en la cual reiteró lo dicho en la sentencia C-578 de 1995, en el sentido de que en casos de conductas violatorias de los derechos humanos, la responsabilidad recae en el superior que imparte la orden y en los subordinados que la ejecutan.

Señala, de otra parte, a nivel continental, que en el caso Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz vs Honduras –hechos ocurridos en 1982 pero cuyo fallo se produjo en 1989—, la Corte Interamericana hizo un análisis exhaustivo del delito que se estudia, caracterizándolo como una conducta de lesa

humanidad que vulnera múltiples derechos consagrados en la Convención Interamericana: la vida, la libertad y la dignidad humana, entre otros. En dicho fallo, además, afirmó que si bien los Estados tienen derecho a defenderse y garantizar su seguridad, por grave que sean las acciones y por culpables que sean sus autores, no se puede admitir el ejercicio ilimitado del poder para alcanzar esos objetivos: “*Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.*”²⁶

Recuerda que en el caso de los “*Desaparecidos del Palacio de justicia vs Colombia*”, la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* estableció la responsabilidad del Estado en la desaparición de Carlos Augusto Rodríguez Vera, Cristina del Pilar Guarín Cortés, David Suspes Celis, Bernardo Beltrán Hernández, Héctor Jaime Beltrán Fuentes, Gloria Stella Lizarazo Figueroa, Luz Mary Portela León, Lucy Amparo Oviedo Bonilla, Gloria Anzola de Lanao e Irma Franco Pineda, víctimas de un mismo *modus operandi*, consistente en separarlos de los demás rehenes y conducirlos secretamente a guarniciones militares, en donde fueron objeto de torturas y luego desaparecidas, sin que se tenga noticia de su paradero.

Precisa que en el mismo sentido, pero atribuyendo una responsabilidad concreta, el Tribunal Superior de Bogotá concluyó que el análisis de la prueba permitió establecer con “*seguridad superior a la duda razonable*” que Carlos Rodríguez, Bernardo Beltrán, Luz Mary Portela, David Suspes e Irma Franco fueron objeto del delito de desaparición forzada, mientras que respecto de Cristina Guarín, Héctor Jaime

²⁶ Cuaderno 2 de la Sala de Casación Penal, folio 125

Beltrán, Gloria Stella Lizarazo, Norma Constanza Esguerra, Luz Mary Oviedo y Gloria Anzola de Lanao, no se alcanzó el nivel de conocimiento exigido por la ley para dictar una sentencia condenatoria.²⁷

(v).- De la Responsabilidad en Comisión por Omisión derivada del mando.

Precisa que en los artículos 86 y 87 del Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, fueron codificados varios principios que regularon los juicios celebrados con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, entre los que destaca la responsabilidad penal o disciplinaria del superior, si éste sabía o tenía información conclusiva de que el subordinado estaba materializando un delito y no tomó las medidas para evitar o detener su realización.

También se estableció la obligación de los superiores de impedir, reprimir la realización de infracciones graves por parte de sus subordinados y, si es el caso, denunciarlos ante las autoridades, pues de no hacerlo, el superior respondería por omisión de sus deberes.

(vi).- Responsabilidad del superior según el Estatuto de Roma de 1998 de la Corte Penal Internacional.

Señala que en el artículo 28 del Estatuto de Roma, aprobado en Colombia mediante la ley 742 de 2002, se determinó que el Jefe Militar o quien haya actuado como tal,

²⁷ Cuaderno 2 de la Sala de Casación Penal, folio 128.

debe responder por los crímenes cometidos por las fuerzas bajo su mando, al no realizar un control efectivo pese a tener conocimiento de que sus dirigidos materializarían dichas conductas, o las estaban cometiendo, sin hacer nada para evitarlo, detener a los autores y judicializarlos. Esta forma de responsabilidad —dice—, se predica de los crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos en desarrollo de la misma, en el Estatuto Penal Internacional para Ruanda y Sierra Leona se aplicó para las violaciones cometidas en un conflicto interno.

Agrega que el principio de responsabilidad del superior supone el control efectivo sobre los subordinados, es decir, capacidad material para prevenir y castigar la comisión de delitos contra el Derecho Internacional Humanitario. De allí concluye que, en el presente proceso, quien tuvo el mando y control sobre sus subordinados, fue el comandante de la Brigada XIII y director de la operación de rescate del Palacio de Justicia, general **Jesús Armando Arias Cabrales**.

De otra parte, en el mismo ámbito, señala que los actos de **omisión** se materializan cuando el superior, contando con el poder material, así no lo tenga desde el punto de vista formal, de controlar los actos de los subordinados, no adopta las medidas necesarias y razonables a su alcance para evitar la comisión de un crimen sobre el cual tuvo conocimiento o no puso en conocimiento de las autoridades competentes el hecho.

Considera que en este caso se probó que el general **Jesús Armando Arias Cabrales**, comandante militar de la operación,

tenía la capacidad legal y material de controlar a sus subordinados, pese a lo cual omitió realizar las acciones necesarias para controlarlas o evitarlas, “*como garante de los derechos de esas personas protegidas por la Constitución y la Ley Colombiana*”.²⁸

En cuanto al **elemento subjetivo** para establecer la responsabilidad de superior en relación con las conductas delictivas desarrolladas por sus subordinados, señala que este surge cuando el superior tiene conocimiento de que la conducta ocurrirá o se está materializando y pese a esto, no actúa para evitarla o detener su ejecución. Agrega que, como se ha reconocido en múltiples juicios internacionales, generalmente no existe prueba directa, por lo que es necesario recurrir a la prueba indiciaria para demostrar el aspecto subjetivo del ilícito.

Concluye que los anteriores elementos relacionados con la responsabilidad por comisión por omisión en el mando están presentes en este proceso. En efecto, se probó el mando y control operacional del general **Jesús Armando Arias Cabrales** como comandante de la Brigada XIII en el rescate del Palacio de Justicia, el control formal y material sobre sus subordinados, y sobre los demás integrantes de las distintas instituciones que participaron, y como quedó consignado en la sentencia del Tribunal, a pesar de haber tenido conocimiento de “*órdenes complementarias terminantes*” repetidas por el coronel Luis Carlos Sadovnik al coronel Edilberto Sánchez Rubiano, que se materializaron en la desaparición

²⁸ Cuaderno 2 de la Sala de Casación Penal, folio 142.

forzada de Carlos Rodríguez, Bernardo Beltrán, Luz Mary Portela, David Suspes e Irma Franco, no hizo nada por evitar estas conductas ilícitas.

2.- Concepto sobre los Cargos de las demandas

2.1.- De la demanda presentada por la defensora del general Jesús Armando Arias Cabrales.

Cargo Primero. Nulidad por falta de competencia.

Indica que como éste cargo también fue propuesto por el Agente Especial del Ministerio Público, los analizará conjuntamente.

Recuerda que, según las demandas, el general **Jesús Armando Arias Cabrales** ha debido ser juzgado por la Corte Suprema de Justicia e investigado por el Fiscal General de la nación, por tratarse de una conducta relacionada con la función, según uno de los cargos, o por la justicia castrense, si se considera que el acto lo realizó en el ejercicio del cargo, según el otro reproche.

En su criterio, los reproches no pueden prosperar por dos razones. La primera, porque el acto legislativo 6 de 2011, que modificó el numeral 4 del artículo 235 de la Constitución Nacional, previó que tanto el Fiscal General de la Nación, el Vice Fiscal y los fiscales delegados de la unidad de Fiscalía ante la Corte Suprema de Justicia, son competentes para acusar a los aforados que allí se determinan, entre los cuales

se incluyen los generales de la República. La segunda, porque conforme a lo establecido en el parágrafo del mismo artículo, cuando los funcionarios aforados allí relacionados, entre los que se encuentran los almirantes y generales de la Fuerza Pública, cesan en el ejercicio de su cargo, el fuero sólo se mantiene respecto de conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas, y el delito de desaparición forzada no tiene relación alguna con las funciones de los integrantes de las Fuerzas Armadas.

Asimismo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal de la Corte, establece que la justicia penal militar supone un vínculo directo entre el hecho punible y las funciones constitucionales asignadas a la Fuerza Pública. De no presentarse, ha dicho la Corte, el competente es el juez de la justicia ordinaria. De igual manera, en la sentencia C-878 de 2000, la Corte Constitucional precisó que si bien el legislador excluyó explícitamente del conocimiento de la justicia penal militar los delitos de tortura, genocidio y desaparición forzada, esas no son las únicas conductas punibles excluidas, ya que también lo son las catalogadas como de lesa humanidad.

En esa línea, aduce que el artículo IX de la “*Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*”, determinó que los responsables de este delito sólo pueden ser juzgados por la jurisdicción ordinaria, excluyendo de manera explícita la posibilidad de que puedan ser juzgados por la justicia penal militar, al considerar que estos comportamientos no tienen

relación con las funciones asignadas a los militares en cuanto desbordan totalmente la función constitucional.

Precisa que los anteriores criterios para determinar la competencia corresponden a la actual línea de interpretación de la Sala de Casación Penal, fueron empleados en el caso de la masacre de Mapiripán, siendo procesado el general Jaime Humberto Uscátegui, y en el proceso que se siguió en contra del coronel Alfonso Alfonso Plazas Vega por los desaparecidos del Palacio de Justicia. En similar sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por el caso de las desapariciones ocurridas en el municipio de Carmen de Viboral. Igualmente, estos criterios fueron empleados por el Consejo de Estado en el caso de la desaparición de Gloria Anzola de Lanao.

En consecuencia, ni la Corte, ni la justicia castrense, son competentes para conocer del juzgamiento del ex militar procesado.

Por consiguiente, el cargo, en su criterio, no puede prosperar.

Cargo Segundo. Nulidad por afectación del debido proceso: violación al principio de legalidad.

Según la defensa, al haber investigado, juzgado y condenado al general (r) **Jesús Armando Arias Cabrales** por el delito de desaparición forzada que no estaba tipificado en la

legislación penal colombiana para la época de los hechos, se infringió el principio de legalidad.

En su concepto, no le asiste razón a la demandante. Considera que, con tal de sacar avante su tesis, confunde los actos de ejecución inicial de la conducta con el momento consumativo de un delito por esencia permanente. Por lo mismo, aceptando en gracia de discusión que al iniciarse el *iter criminis* dicha conducta no estuviera tipificada como delito, estima que eso no significa que se vulnere el principio de legalidad, puesto que normas posteriores sancionan dicho comportamiento que permanece en el tiempo.

Además, sostiene que el derecho penal internacional ha flexibilizado el principio de legalidad, con el fin de anteponer la salvaguarda de los intereses de la humanidad ante crímenes de guerra, graves violaciones a los derechos humanos o delitos de lesa humanidad, con el fin de sancionar a los autores de conductas censuradas en el ámbito internacional –como la desaparición forzada—, así no se encuentren tipificadas en la legislación interna y las cuales por su inocultable gravedad se consideran imprescriptibles, como incluso a nivel interno lo ha reconocido la Corte Suprema frente a atentados que por su gravedad afectan la conciencia misma de la humanidad.²⁹

En apoyo de su argumento, recuerda que frente a estos delitos la normatividad inicialmente aplicable era el *ius cogens*,

²⁹ CSJ, sentencia del 23 de noviembre de 2016, radicado 44312, CSJ, sentencia del 5 de junio de 2014, radicado 35113, CSJ, sentencia del 22 de noviembre de 2010, radicado 30380, CSJ, sentencia del 15 de mayo de 2013, radicado 33118, y CSJ, sentencia del 23 de noviembre de 2016, radicado 44312.

que está destinada a garantizar, entre otros valores, el reconocimiento del ser humano como persona objeto de protección, en sus derechos a la libertad y a la seguridad, y a no ser sometida a torturas ni otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

De otra parte, señala que el delito de desaparición forzada se estableció en la legislación internacional desde la década del setenta, cuando la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la resolución 33/173 de 1978, sin desconocer que ya existían antecedentes en los Tribunales de Núremberg de 1945 y Tokio de 1946, alcanzando su consolidación en la *“Declaración sobre la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”*, adoptada mediante la resolución 43/133 de 1992.

Agrega, en este sentido, que en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998 –cuya vigencia en Colombia inició el 1 de noviembre de 2002 al aprobarse la Ley 742 de ese mismo año—, se estableció que el delito de desaparición forzada es de lesa humanidad, de ejecución de trato sucesivo y de carácter imprescriptible.

A partir de esos elementos sostiene que las normas de *ius cogens*, y las decisiones de los tribunales internacionales, al defender el género humano como bien jurídico protegido, flexibilizaron el principio de legalidad para llevar a los criminales ante la justicia internacional, y fundamentalmente para prevenir por ese medio la repetición de actos atroces que afectan gravemente a la humanidad.

En ese orden, afirma que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 de Naciones Unidas – incorporado mediante la Ley 74 de 1968—, se estableció el principio de legalidad, pero también las obligaciones que surgen para los Estados de evitar la impunidad respecto de hechos delictivos que atenten contra los derechos humanos. Con esa precisión, señala que la Organización de Estados Americanos (OEA), en noviembre de 1983, declaró la práctica de la desaparición forzada como delito de lesa humanidad por constituir una “afrenta a la conciencia del Hemisferio” y, en la resolución de noviembre de 1984, lo caracterizó como “*un cruel e inhumano procedimiento con el fin de evadir la ley, en detrimento de las normas que garantizan la protección contra la detención arbitraria y el derecho a la seguridad e integridad personal*”³⁰

Recuerda que los anteriores criterios aparecen explícitos en el fallo proferido a favor del coronel Luis Alfonso Plazas Vega,³¹ en el cual se precisó, de un lado, que la conducta de desaparición forzada estaba contemplada como delito, y de otro, que la imputación por el delito de desaparición forzada no vulnera el principio de legalidad, pues a pesar de que no estaba tipificado en la legislación nacional para la época de los hechos del Palacio de Justicia, había sido establecida en el derecho internacional.

A lo anterior agrega que al entrar en vigencia la ley 589 de 2000 que tipificó, entre otros delitos, el de desaparición forzada, la conducta iniciada los días 7 y 8 de noviembre de 1985 seguía ejecutándose, ya que las personas continuaban,

³⁰ Cuaderno 2 de la Sala de Casación Penal, folio 173.

³¹ SP17466 del 16 de diciembre de 2015, radicado 38957.

y aún continúan desaparecidas, sustraídas de la protección de la Ley y sin noticias sobre su destino, por lo cual ninguna infracción al principio de legalidad se presenta.

En la sentencia de segunda instancia, el Tribunal consignó que las pruebas recaudadas permitían afirmar la certeza sobre la salida vivos del Palacio de Justicia de Carlos Rodríguez, Bernardo Beltrán, Luz Mary Portela, David Suspes e Irma Franco, quienes fueron objeto del delito de desaparición forzada mientras se encontraban en poder del Ejército y, bajo la consideración de no contar con prueba suficiente, determinó continuar investigando este delito en relación con Cristina Guarín, Héctor Jaime Beltrán, Gloria Stella Lizarazo, Norma Constanza Esguerra, Luz Amparo Oviedo y Gloria Anzola de Lanao.

El Tribunal declaró plenamente probada la materialidad del delito respecto de Carlos Rodríguez, Bernardo Beltrán, Luz Mary Portela, David Suspes e Irma Franco, pues la prueba demostró que fueron privados de la libertad y posteriormente ocultados, omitiendo información sobre su paradero, negándose a reconocer su aprehensión y sustrayéndolos de la protección de la ley. El Tribunal también determinó la responsabilidad del general **Jesús Armando Arias Cabrales** en estos hechos, pues con su proceder omisivo, y en su condición de comandante de la operación de recuperación del Palacio, permitió que personal bajo su mando y control, perpetraran el delito de desaparición forzada.

Con el propósito de profundizar el análisis, indica que comparte la tesis expuesta en el salvamento de voto realizado en el caso del coronel (r) Plazas Vega, según la cual si bien el objeto de dicho proceso –como también lo es en el presente caso—, está referido a la desaparición forzada de 11 personas, al haber sucedido este hecho en el marco de la toma del Palacio por parte de los asaltantes del M-19 y el operativo desarrollado por las Fuerzas Militares para su recuperación, es necesario realizar una apreciación integral para determinar si existió una voluntad entre los superiores militares que comandaron el operativo, orientada al aniquilamiento de los integrantes del M-19, y en desarrollo de este designio, determinar si se materializaron las desapariciones de Carlos Rodríguez, Bernardo Beltrán, Luz Mary Portela, David Suspes e Irma Franco.

Considera que el Tribunal, al analizar la prueba sobre el operativo realizado por la Fuerza Pública, estableció que no hubo espacio para diálogos o negociaciones y los comandantes militares, ante la decisión del presidente Belisario Betancur de no intervenir –de la que se supo por el testimonio del presidente del Senado Álvaro Villegas Moreno³²—, exigieron al comandante del operativo militar resultados inmediatos, contundentes y orientados a la destrucción del enemigo, esto es de los integrantes del M-19 que asaltaron el Palacio de Justicia.

³² Extracto de la declaración del presidente del Senado de la República, Álvaro Villegas Moreno, consignado en el informe del Tribunal Especial de Instrucción, folio 49, cuaderno original de instrucción 40.

Señaló que para el Tribunal la decisión del Presidente de la Republica se constituyó en una carta blanca para que los militares utilizaran todos los medios orientados a cumplir el objetivo, sin reparar en la suerte de los rehenes o en los destrozos que pudieran ocasionarse —lo que se demostró, por ejemplo, en el uso de explosivos y el disparo de rockets a los guerrilleros y a los más de sesenta rehenes que éstos mantenían en el baño ubicado en el sector occidental del segundo piso—, pero si con la preocupación, según se desprende de las comunicaciones grabadas por el radio aficionado Pablo Montaña, de no causar daño a sus propias fuerzas pero no a los civiles secuestrados *“en violación al principio de distinción.”*

De igual manera, señala que el Tribunal concluyó que, para garantizar el cumplimiento del objetivo militar, los comandantes ocultaron reiteradamente la solicitud de los rehenes y guerrilleros de garantizar la presencia de la Cruz Roja, y retardaron hasta último momento su ingreso, como se evidencia en las grabaciones mencionadas y se confirma con el testimonio del Consejero de Estado Reynaldo Arciniegas.

Para la corporación judicial, de esas grabaciones se infiere que el general **Jesús Armando Arias Cabrales**, identificado como Arcano 6, encontró ocho guerrilleros —algunos moribundos— y todos después aparecieron muertos. Y, fundamentalmente, el Tribunal confirmó que el general acusado sí fue informado de la identificación realizada sobre la guerrillera Irma Franco, como también de las indicaciones dadas por ésta sobre la presencia del comandante del asalto y

cinco guerrilleros más al interior del baño ubicado entre el tercer y cuarto piso.

El Tribunal, igualmente demostró el conocimiento que siempre mantuvo el general **Jesús Armando Arias Cabrales**, como comandante de la operación militar, de las conductas de sus subordinados y, por la continua intervención y presencia en las comunicaciones, concluyó que escuchó cuando el coronel Luis Carlos Sadovnik, identificado como Arcano 5, le recordó al coronel Edilberto Sánchez Rubiano, quien usaba el indicativo de Arcano 2, las *"instrucciones complementarias terminantes"*. Además se enteró que éste último le reiteró la identificación de la *"sujeto que es abogada"*, ante lo que Arcano 5 expresó que: *"Esperamos que si está la manga no aparezca el chaleco"*, orden que derivó en la desaparición de la guerrillera Irma Franco y de los empleados de la cafetería Carlos Rodríguez, Bernardo Beltrán, Luz Mary Portela, David Suspes.

El Tribunal estableció, de otra parte, que los generales y coroneles que intervinieron en la operación, *"sabian y estaban obligados a saber"* que la política consignada en el *"Plan Tricolor 83"* de destruir al enemigo no significaba eliminarlo, *"fumigarlo"* o desaparecerlo, acciones contrarias a la Constitución y al Derecho de Gentes, sino dejarlo fuera de combate, ponerlo en condiciones de no poder continuar la lucha, por lo que debían hacer lo necesario para una clara comprensión del alcance de la política entre sus subordinados evitando la materialización de hechos contrarios a la ley.

Adicionalmente, resaltó que en el informe de la Comisión de la Verdad, se concluyó que la totalidad de empleados de la cafetería: Carlos Augusto Rodríguez, Ana Rosa Castiblanco, Héctor Jaime Beltrán Fuentes, Cristina del Pilar Guarín Cortés, Bernardo Beltrán Hernández, Gloria Stella Lizarazo, David Suspes Celis y Luz Mary Portela León, los visitantes ocasionales Gloria Anzola de Lanao, Lucy Amparo Oviedo Arias y Norma Constanza Esguerra Forero, y la guerrillera Irma Franco Pineda, fueron víctimas de desaparición forzada, al ser los empleados de la cafetería y los visitantes ocasionales, tildados erróneamente de ser integrantes del grupo asaltante, cuando en verdad se “trataba de jóvenes trabajadores sencillos, en la mayoría con hijos pequeños, con expectativas y proyectos de vida familiar y laboral definidos”.³³

En el informe del 1 de marzo de 2018 ,la Fiscalía General de la Nación³⁴ consignó que Medicina Legal ha identificado 5 de los 11 desaparecidos del Palacio de Justicia, al realizar un procedimiento científico en el que se compararon muestras biológicas de los familiares con restos óseos exhumados. Los identificados son Cristina del Pilar Guarín, Héctor Beltrán, Jaime Beltrán, Ana Rosa Castiblanco y Luz Mary Portela. Las demás personas continúan desaparecidas.

Finalmente, concluyó la Delegada en su concepto, que no es admisible la pretensión de declarar la nulidad de lo actuado por la vulneración del principio de legalidad, en razón a que está probado que para la época de los hechos la conducta

³³ Cuaderno original 2 de la Sala de Casación Penal, folios 213 y 214.

³⁴ La Delegada citó como referencia la página:

<https://www.fiscalia.gov.co/colombia/derechos-humanos/>.

punible de desaparición forzada estaba proscrita por el derecho internacional y, fundamentalmente, por cuanto al tratarse de un delito de ejecución permanente, cuando entró a regir la Ley 589 de 2000, en la que se tipificó el delito, el mismo se encontraba en ejecución ya que continuaban desaparecidos Carlos Rodríguez, Bernardo Beltrán, Luz Mary Portela, David Suspes e Irma Franco, como aún lo continúan estando.

Consideró además que en la sentencia atacada no sólo está probada la materialidad del delito sino también la responsabilidad del General **Jesús Armando Arias Cabrales**, comandante de la operación de recuperación del Palacio de Justicia, con poder de mando formal y material, quien teniendo la posición de garante sobre los civiles detenidos y sobre las personas puestas fuera de combate, conoció de las órdenes simuladas de desaparición recordadas por el coronel Luis Carlos Sadovnik (Arcano 5) al coronel Edilberto Sánchez Rubiano (Arcano 2) y, teniendo la posibilidad de actuar de forma distinta, no corrigió ni reprimió a sus subalternos, ni hizo nada para evitar la materialización de las conductas punibles.

Cargo Tercero. Violación indirecta de la Ley por error de hecho por falso juicio de legalidad.

En este cargo, identificado como séptimo en la demanda, la defensora sostiene que la utilización judicial de pruebas ilícitas -las grabaciones realizadas por el radio aficionado Pablo Montaña—, que carecen de valor probatorio, deben

excluirse. Por lo mismo, como ellas son el único fundamento de la responsabilidad que se le atribuye al general **Jesús Armando Arias Cabrales**, su absolución es inexcusable.

El cargo, señala, impone una aproximación al contexto jurídico en que los hechos se suscitan. En tal sentido, refiere que en los artículos 38 y 43 de la Constitución de 1886, se plasmaba la inviolabilidad de correspondencia y la libertad de información. Esos preceptos se referían a la inviolabilidad de la correspondencia confiada a los telégrafos y correos, y a la no interceptación de las cartas y papeles privados, salvo orden de autoridad competente para aquellos casos y con las formalidades determinadas por la Ley, con el único objeto de buscar pruebas judiciales.

También decían que la prensa era libre en tiempo de paz, pero responsable, con arreglo a las leyes, si se atentaba contra la honra de las personas, el orden social y la tranquilidad pública.

Después de referirse al escaso avance tecnológico de la época en la cual se expidió la Constitución mencionada, y a la historia de la legislación sobre la materia, refiere como antecedente de importancia la legislación de 1890 de los Estados Unidos de Norteamérica, sobre el derecho a la privacidad como garantía fundamental individual y en algunos casos colectiva, de la protección de la información de las personas, de su vida personal, sus sentimientos, datos biográficos y la propia imagen.

Examina luego los Tratados Internacionales sobre la materia, desde la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, hasta el artículo 17 del *Pacto de Derechos Civiles y Políticos* de 1966 e, igualmente, con unas mínimas variaciones, al numeral 1º del artículo 11 del *Pacto de San José de Costa Rica*, con el fin de destacar la importancia del derecho a la intimidad.

Posteriormente estudia la sentencia del 15 de diciembre de 1969 proferida por la Corte Suprema, conforme a la cual solo los jueces podían ordenar la interceptación y registro con el fin de obtener pruebas judiciales, y la del 19 de octubre de 1971, en la cual, al referirse al derecho a la intimidad, la Corte Suprema lo diferenció del secreto y del derecho a la reputación, para afirmar que constituye un aspecto de la personalidad orientado a “*conservar la tranquilidad de su espíritu, aquella paz interior (la vida debe estar amurallada) que la publicidad o la intromisión ajena vendría a perturbar. Pero desde luego en el entendido de que esos bienes y garantías no sean utilizados para perturbar el orden social*”³⁵.

Considera, sin embargo, que esos derechos, también hoy objeto de especial protección, no fueron vulnerados, en tanto el núcleo objeto de protección de la intimidad es la vida privada o la información personal. Después de ponderar esos criterios con lo ocurrido los días 6 y 7 de noviembre de 1985, cuando el radio aficionado Diego Montaña grabó las conversaciones entre militares sobre el procedimiento militar, concluye que en el ámbito interno existía autorización para que los radio aficionados pudieran escuchar y grabar señales incidentales,

³⁵ Cuaderno 2 de la Sala de Casación Penal, folio 229.

lo cual descarta la injerencia ilegítima sobre el derecho a la intimidad o sobre la vida privada, pues por el contenido de las conversaciones, no estaba en riesgo.

De otra parte, recalca que las grabaciones referidas fueron incorporadas al proceso a través de los periodistas Ramón Jimeno y Herbín Hoyos, como lo destacó el Tribunal, el cual además hizo un ponderado análisis orientado a determinar si las diferencias entre las allegadas por Jimeno y Hoyos podían indicar que fueron adulteradas. De ese examen, dice, el Tribunal concluyó que se trataba de cuestiones de forma, según el criterio que cada uno escogió para presentarlas, sin que se hayan cambiado o traspuesto contenidos.

Luego del estudio realizado por la Vice Fiscalía sobre el valor probatorio e idoneidad de este material, dice, ni la defensa ni el Agente Especial de la Procuraduría cuestionaron este tema, que además no fue objeto de la apelación del fallo de primera instancia.

Recala que según la Comisión de la Verdad, dichas grabaciones fueron de importancia vital en la comprensión del sentido de las órdenes impartidas y de los objetivos de esta operación militar, evidenciándose la falta de coordinación, de planeamiento táctico y desconocimiento del terreno. También, al analizarlas con la prueba testimonial, se demuestra el desconocimiento de la normatividad humanitaria, el irrespeto a los principios de distinción, precaución y proporcionalidad y el uso indiscriminado de armas impropias para una operación

en espacio cerrado (tanques, explosivos y rockets), en el que había un gran número de rehenes en poder de unos pocos asaltantes, sin que los militares tuvieran claridad sobre su ubicación precisa.³⁶

Por último, recuerda que la Sala de Casación Penal, en la sentencia proferida en el proceso contra el coronel (r) Luis Alfonso Plazas Vega³⁷ analizó un reparo similar, de cuyo examen concluyó que no se vulneró el derecho a la intimidad al no existir una “*expectativa razonable de intimidad*”, puesto que los militares utilizaron frecuencias de fácil captación por cualquier radio de comunicación y sin ninguna prevención por la reserva de su conversación, que cuidaron cuando se requería, utilizando unos canales o líneas distintas a las empleadas por los particulares. De manera que renunciaron a “*esa zona o esfera personalísima del individuo protegida por la Ley*”, por lo cual el monitoreo aleatorio en el espectro público en el que se entrecruzaban las frecuencias con las comunicaciones de los militares, permitió la captación que no es en modo alguna ilícita.

En casos de especial gravedad como éste, destaca la Procuraduría, han sido valiosas para aproximarse a la verdad este tipo de evidencias, y en general el papel de los medios de información, pues tanto las grabaciones aportadas por los periodistas y las realizadas por Pablo Montaño, y los videos grabados durante los días 6 y 7 de noviembre de 1985 —que permitieron la identificación de varias de las víctimas objeto de desaparición forzada saliendo vivas del Palacio—, fueron

³⁶ Cuaderno 2 de la Sala de Casación Penal, folio 232.

³⁷ CSJ, sentencia del 16 de diciembre de 2015, radicado 38957

fundamentales para junto con el resto de pruebas, obtener certeza sobre la objetividad de los ilícitos y sobre la responsabilidad del general **Jesús Armando Arias Cabrales** en los mismos.

Insistió en que Pablo Montaña, como radio aficionado acreditado por el Ministerio de Comunicaciones, no vulneró ninguna garantía constitucional al realizar las grabaciones, toda vez que además cumplía con la misión asignada a este servicio de prestar auxilio en situaciones de emergencia o desastre.

Concluyó que, bajo estas razones, que el cargo debe ser desestimado por la Sala.

Cargo Cuarto. Violación Indirecta de la ley por error de hecho derivado de falso juicio de existencia y falso juicio de identidad.

Este cargo, identificado como octavo en la demanda presentada por la defensora, comprende dos errores, por falso juicio de existencia y otro por falso juicio de identidad. La Delegada lo analizó en forma separada.

Error de hecho por falso juicio de existencia.

Señala que el cargo en el cual se denuncia la suposición de una prueba pericial consistente en otorgarle la calidad de dictamen al reconocimiento realizado por los familiares de Carlos Augusto Rodríguez Vera, Bernardo Beltrán Hernández

y David Suspes Celis, y de prueba pericial al reconocimiento morfológico realizado por el Tribunal con base en su criterio personal, para negarle la aptitud probatoria al concepto pericial que concluyó que era imposible el reconocimiento de los desaparecidos en los videos aportados al proceso, no tiene razón de ser.

Según esto, para la demandante, el hecho supuesto por el Tribunal es la salida con vida de Carlos Augusto Rodríguez Vera, Bernardo Beltrán Hernández y David Suspes Celis del palacio de Justicia. Pero, al confrontar esta afirmación con la definición del error de derecho por falso juicio de existencia por suposición, se concluye que la desaparición de estas personas, tema central del proceso, se probó a través de diferentes medios de prueba, por lo cual no se estructura el error invocado.

Considera que en las instancias se abordó el estudio de este acontecer mediante la apreciación del examen conjunto de varios medios de prueba, entre ellos: *(i)* los testimonios de Cecilia Cabrera, Enrique Rodríguez, Carlos Ariel Serrano Sánchez, Cesar Augusto Sánchez Cuesta, *(ii)* el documento suscrito y ratificado por el ex integrante de la inteligencia militar Ricardo Gámez y *(iii)* los reconocimientos realizados tomando como base los videos de la Televisión Española por Enrique Rodríguez, Cecilia Cabrera, María del Carmen Castro Patiño y René Guarín. Dichas pruebas, para la Delegada, son pertinentes para establecer la salida con vida de Carlos Augusto Rodríguez Vera, Bernardo Beltrán Hernández y David Suspes Celis, por lo que resulta claro que este hecho no fue

inventado por quienes realizaron la investigación o por los que conocieron o fallaron la causa.

El cargo propuesto, por lo tanto, no tiene asidero y, si se tiene en cuenta que la crítica apunta a que el Tribunal actuó como perito creando una prueba pericial cuando no podía hacerlo, la censura debió ser formulada por error de derecho por falso juicio de legalidad en cuanto cuestiona la categoría jurídica que se debe otorgar a determinada prueba y a su valoración. Aun así, el cargo tampoco puede prosperar por cuanto el reconocimiento realizado por los familiares no fue el único medio probatorio que permitió al Tribunal establecer que las víctimas salieron con vida del Palacio de Justicia.

Véase: Carlos Ariel Serrano Sánchez reconoció a Carlos Rodríguez en el segundo piso de la Casa del Florero pese a que, ante amenazas de que fue objeto, posteriormente se retractó de su dicho. También reconoció que éste salió vivo el empleado de la Alcaldía César Augusto Sánchez Cuesta, quien lo conocía porque frecuentaba la cafetería del Palacio. Igualmente, de las amenazas contra los familiares y abogados (Enrique Rodríguez y su abogado Eduardo Umaña Mendoza, entre otros) con las cuales se pretendía que dejaran de buscarlos, el Tribunal infirió que estas eran un método orientado a *“alejar los intrusos”* y evitar que los familiares conocieran que sus seres queridos fueron rescatados por agentes del Estado, quienes a pesar de tener la obligación de dejarlos libres o entregarlos a las autoridades, optaron por desaparecerlos, negaron que estuvieron en su poder y no brindaron información alguna sobre su paradero.

Por último, después de reseñar la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal respecto del delito de desaparición forzada³⁸, la Delegada concluyó que además de que el cargo no tiene fundamento alguno, aún en el evento de suprimirse los reconocimientos realizados por los familiares de Carlos Augusto Rodríguez Vera, Bernardo Beltrán Hernández y David Suspes Celis, la sentencia seguiría incólume ante la existencia de abundante material probatorio sobre el hecho, por lo que solicita a la Sala desestimarla.

Error de hecho derivado de falso juicio de identidad.

Señaló la Delegada que la demandante pretende fundar el primer falso juicio de identidad rescatando lo que denomina “sentido literal” de las frases pronunciadas por el coronel Luis Carlos Sadovnik (*Arcano 5*), dirigidas al coronel Edilberto Sánchez Rubiano (*Arcano 2*), en las que le decía, “*ya sabe...las instrucciones complementarias a estos son terminantes*” y “*esperamos que si está la manga no aparezca el chaleco*”. Según la demandante, el Tribunal tergiversó el sentido literal de esas expresiones y concluyó que era una orden de desaparecer a la detenida.

Aseveró que con estas interpretaciones personales y descontextualizadas se pretende cambiarle el sentido otorgado por los falladores a órdenes impartidas en lenguaje metafórico, orientadas a separar e identificar a las personas sospechosas de pertenecer al grupo que asaltó el Palacio de Justicia, para llevarlas a instalaciones militares, donde fueron interrogadas, luego de lo cual no se volvió a saber de su paradero.

³⁸ SP 1420-2017, radicado 44971; SP 3382-2014, radicado 40733; AP 3455-2014, radicado 43303; SP 17548-2015, radicado 45143- y AP 3427-2016, radicado 46074.

Las interpretaciones de la defensa, esto es, que se trató de una orden para combatir hasta las últimas consecuencias o que, como al parecer el guerrillero Luis Otero había burlado el control militar utilizando la identificación correspondiente a una persona fallecida, debían tener más cuidado para que otro no lo hiciera, son posibles dentro de un marco en donde “*el único límite es la imaginación del observador*”, pero constituyen hipótesis sin ningún asidero que no logran afectar lo probado por el Tribunal.

Para el Tribunal las pruebas demostraron el contacto permanente durante la operación militar entre el general **Jesús Armando Arias Cabrales** con los oficiales de su estado mayor, en especial con los coroneles Sadovnik (*Arcano 5*) y Sánchez (*Arcano 2*), a través del cual impartía las órdenes de combate y las relacionadas con el control e identificación de los rehenes, por lo que, por esa misma vía, pudo escuchar las expresiones de Arcano 5 dirigidas a Arcano 2, cuando éste último le confirmó haber identificado una “*guerrillera abogada*” entre los rehenes llevados a la Casa del Florero, y el general **Arias Cabrales** no “*contrarrestó o impidió la ejecución de esas instrucciones ilegales*”.

Tampoco tiene fundamento el segundo error de hecho por falso juicio de identidad, según el cual, a partir de las comunicaciones grabadas no es posible inferir que el general **Arias Cabrales** haya escuchado las órdenes recordadas por el coronel Luis Carlos Sadovnik al coronel Edilberto Sánchez Rubiano. Por el contrario, las grabaciones permitieron al Tribunal establecer que el general **Arias Cabrales** intervino en

forma constante en las comunicaciones, por lo que resulta imposible que no haya escuchado las órdenes recordadas por el coronel Sadovnik, máxime si se tiene en cuenta que el análisis realizado por el Representante de la Parte Civil sobre las conversaciones contenidas en el casete número 5 lado B – en donde se encuentran las expresiones referidas y el contexto en que se realizaron— demostró que el general **Arias Cabrales** permaneció al habla cada 34 segundos e, igualmente, en ese lapso de 31 minutos, intervino 54 veces.

De otra parte, afirmó la Delegada que el hecho de que el comandante del Ejército general Rafael Samudio Molina (*Paladín 6*), también haya intervenido en las comunicaciones y haya sido absuelto por los mismos hechos, no afecta la situación jurídica del general **Jesús Armando Arias Cabrales**, pues, como se demostró, Samudio Molina no se encontraba en el teatro de operaciones ni en la Casa del Florero, razón por la que le fue aplicado el mismo criterio utilizado frente al ministro de defensa general Miguel Vega Uribe y el presidente de la República Belisario Betancur.

Finalmente, reiteró que en su criterio no puede considerarse al Ejército como un aparato organizado de poder, por cuanto dicho calificativo designa organizaciones al margen de la ley y el Ejército no lo es, razón por la cual la responsabilidad del general **Arias Cabrales** se deriva de la comisión por omisión, “*a título de responsabilidad por el mando*”, conforme a los argumentos presentados en el acápite correspondiente.

2.2.- De la demanda presentada por el Agente especial del Ministerio Público.

Como lo indicó la Procuradora Delegada ante la Corte al analizar el cargo primero de la demanda presentada por la defensora, también el Agente Especial del Ministerio Público formuló un cargo por incompetencia, respecto del cual fueron presentados los argumentos para solicitar su desestimación. Por lo tanto, queda pendiente el primer reproche de la demanda del Agente Especial respecto de la incongruencia entre la acusación y la sentencia.

Recuerda que la Sala de Casación Penal, ha señalado que este quebranto se materializa cuando: *(i)* se condena por hechos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, o por delitos no atribuidos en la acusación; *(ii)* se condena por un delito no atribuido fácticamente en la formulación de imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación; *(iii)* se condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de la acusación, pero se deduce, además, una circunstancia no imputada, genérica o específica, de mayor punibilidad, y *(iv)* se suprime una circunstancia, genérica o específica, de menor punibilidad que fue reconocida en la audiencia de formulación de acusación.

Objetivamente, para la Delegada, ninguna de las anteriores circunstancias se presenta en este caso, por lo que a su juicio no le asiste razón al Agente Especial del Ministerio Público, debido a que la variación formal realizada por el

Tribunal no vulnera el principio de congruencia, al no afectar el sustrato fáctico del hecho punible atribuido, ni agrava de forma manifiesta el título de la imputación. La decisión del Tribunal incluso le resultó más favorable al acusado pues sólo se le condenó por la desaparición de 5 personas cuando la acusación se realizó por 11. Solicitó a la Sala, por tanto, desechar el cargo.

A manera de conclusión y como sustento para solicitar a la Sala no casar la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal en contra del general (r) **Jesús Armando Arias Cabrales**, la Delegada afirmó que no le asiste razón alguna a los demandantes, pues no se presentaron los yerros por falta de competencia, violación al principio de legalidad, ni los errores por falso juicio de legalidad, existencia e identidad, ni el vicio de incongruencia entre la acusación y la sentencia denunciado.

Indicó, además, que el delito de desaparición forzada por el cual se condenó al procesado está considerado como de lesa humanidad es imprescriptible, y no es propio de las funciones o no está relacionado con el ejercicio constitucional asignado a los militares.

El cargo, por lo tanto, no puede aceptarse.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Primero. El asalto al Palacio de Justicia, la operación militar y sus graves e incomprensibles consecuencias que

desencadenaron en la muerte y desaparición forzada de algunos ciudadanos y guerrilleros, no pueden ser juzgados con los parámetros de la interpretación formal del derecho de la época en que ocurrieron los hechos: primero, porque la violenta e irracional toma del Palacio de Justicia por parte de un grupo que pretendía utilizar a la Corte para juzgar al gobierno ocurrió en una época regida bajo un esquema legal que hizo del Estado de Sitio un instrumento para lograr una artificial cohesión ciudadana y un elemento sustancial de la defensa del orden constitucional, como fin en sí mismo, por encima incluso de la dignidad humana.

Segundo, porque como lo afirma el Profesor Enrique Bacigalupo, de esas causas y momentos difíciles nacen democracias con pretensiones de una legitimidad política e incluso ética, que propenden prospectivamente por un derecho penal justo, y al mismo tiempo con el propósito explícito de hacer justicia con el pasado.³⁹ De manera que la conducta que se juzga ahora se haya *iniciado* bajo el imperio de la razón de Estado y *permanezca*, explica suficientemente que su juicio se pueda realizar con base en un nuevo orden que se sustenta en los derechos humanos como principio y valor, y no bajo los estereotipos del derecho del pasado.

Este juicio, por supuesto, no tiene por objeto juzgar el asalto al Palacio de Justicia por parte del grupo subversivo M-19 y tampoco en sí mismo el operativo militar comandado por el Ejército Nacional -entre otras razones porque algunos

³⁹ Bacigalupo, Enrique, *Teoría y Práctica del Derecho Penal*. Ed. Marcial Pons, Tomo I, Pag. 118.

de esos comportamientos o bien fueron juzgados o solucionados políticamente con amnistías o indultos que surgieron como consecuencia de un proceso de paz—, sino conductas que se iniciaron al culminar el holocausto, cuya comisión no ha cesado, y que tampoco fueron objeto de ese tipo de soluciones puntuales.

Aun así, es impensable apreciar la magnitud de la conducta que ahora se juzga sin considerar el entorno histórico y político en el que ella se inscribe; por ello es necesario referirse a los antecedentes que originaron la desaparición forzada de personas, que es el comportamiento a examinar. Ese método se empleará preferencialmente al estudiar los cargos en los que se cuestiona la apreciación de la prueba, el juicio de responsabilidad y el grado de intervención del general **Jesús Armando Arias Cabrales** en la comisión de la conducta por la cual fue condenado.

Segundo. Cargos que cuestionan la validez del proceso.

Nulidad por falta de competencia y por infracción al principio de legalidad de los delitos y de las penas.

La competencia para juzgar al general **Jesús Armando Arias Cabrales** fue cuestionada en esta sede por la defensa y el Ministerio Público con distintas razones. Ambos reparos se sustentan en la causal tercera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000 y demandan la nulidad de la actuación, invocando la falta de competencia de la fiscalía que investigó y acusó,

del juzgado que en primera instancia resolvió el asunto y del Tribunal que ratificó esta decisión.

Según la **defensa**, la investigación debió realizarla el Fiscal General de la Nación y el juicio la Corte Suprema de Justicia, en virtud de lo establecido en el numeral 4º del artículo 235 de la Constitución Nacional, tratándose de un general de la República y de una conducta relacionada con su función. Considera incluso que ni bajo la consideración de que al dejar el acusado de ejercer su cargo, era posible que una autoridad distinta a la Corte lo hubiera juzgado, porque el artículo 151 de la Constitución Nacional de 1886 —norma aplicable por virtud del principio de favorabilidad—, no preveía que el fuero se perdiera por esa situación, como si lo hace el parágrafo del artículo 235 de la Constitución de 1991, cuando el delito no tiene relación con la función, norma que en su criterio es inaplicable.

El **Procurador especial**, por su parte, considera que la jurisdicción ordinaria, esto es, ni la fiscalía, ni los jueces, son competentes para investigar y fallar el presente caso, puesto que el artículo 221 de la Constitución Nacional establece que los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública, relacionados con el servicio, son de conocimiento de la justicia penal militar, máxima que han debido aplicar los jueces de primera y segunda instancia tratándose de hechos que forman parte del conflicto armado colombiano. Además, considera inaplicable el artículo 3 de la Ley 522 de 1999, que excluye de la justicia penal militar los delitos de tortura, genocidio y desaparición forzada, debido a que este último no

estaba tipificado como tal en el año 1985 cuando se dice que ocurrió la conducta.

Por lo que se acaba de indicar, en esencia la defensa sostiene que deben aplicarse por favorabilidad las cláusulas de la Constitución de 1886 y que, por tanto, y siempre, al general **Arias Cabrales** ha debido juzgarlo la Corte por ser su juez natural.

No es así. Ese argumento parte de una concepción estática de la conducta que se juzga y del derecho. Reduce la problemática a lo acontecido los días 6 y 7 de noviembre de 1985, a las denominadas “*toma*” y “*retoma*” del Palacio de Justicia, y por eso su tesis gira alrededor de la idea que se juzga lo que ocurrió en ese momento y no lo que sucedió después; hasta ahora. Ese planteamiento, incluso, le permite afirmar mediante un curioso vuelco conceptual, que la norma que rige es la Carta de 1886 y no la Constitución de 1991, en la que se plasmó un modelo de justicia con marcado énfasis en la dignidad y los derechos humanos, mediante un cambio en el que a la triada Estado, Sociedad, Individuo, propia del modelo demoliberal, se le opuso la de Individuo, Sociedad, Estado, base de una nueva y sustancial configuración del derecho y de la justicia como valor.

En ese orden, la defensa no tiene en cuenta que el delito que se le imputa al general **Jesús Armando Arias Cabrales** es un comportamiento de conducta permanente que se inició el 7 de noviembre de 1985 y que traspasó el umbral de la antigua Constitución, lo que permite que pueda ser valorado

bajo las reglas de un nuevo orden político en el que la razón de Estado cede a la dignidad humana, y bajo un sistema normativo que incorpora a nivel interno, sin necesidad de cláusulas adicionales, los tratados sobre derechos humanos como base de la acción estatal y de la interpretación del derecho.⁴⁰

No faltan desde luego quienes elevan a un complicado nivel de aceptación la primacía de las formas y el trazo lingüístico de la ley sobre el contenido material de sus enunciados, para sustentar que el derecho aplicable es el vigente para cuando el hecho se inicia y no el del momento cuando el delito permanece, pese a que el artículo 380 de la Constitución de 1991 estableció que “*Queda derogada la Constitución hasta ahora vigente con todas sus reformas*”, y que, como tal, los delitos iniciados antes de la nueva Constitución, pero que continúan cometiéndose, se someten al lenguaje de los nuevos principios y nuevas reglas de derecho, hasta y mientras tanto no cese su consumación.⁴¹

⁴⁰ Artículo 93 de la Constitución Política: “*Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.*

⁴¹ En términos similares se ha pronunciado la Corte Constitucional al indicar en la sentencia T-110 de 2011 lo siguiente: “*se entiende que la Constitución del 91 se aplica con efecto inmediato y hacia el futuro, no solo a los hechos que tengan ocurrencia desde el momento de su promulgación, sino también a las situaciones jurídicas que estuvieren en tránsito de ejecución y que no se hubieren consolidado o concretado bajo la vigencia de la Constitución Centenaria de 1886. Dicho en otras palabras, de acuerdo con la aludida tesis, la actual normatividad constitucional extiende sus efectos, tanto a los hechos ocurridos durante el vigor de la misma, como a los iniciados bajo el imperio del Estatuto anterior pero afianzados con posterioridad a su derogatoria.*

El cargo, por lo tanto, parte de un planteamiento equivocado, consistente en sostener que la conducta se inició y consumó durante la vigencia de la Constitución de 1886, con el único fin de sostener que el delito solo puede abordarse desde las premisas del Orden Superior de aquel entonces. En efecto, el aparentemente novedoso argumento de un conflicto entre constituciones es insostenible, en cuanto su punto de partida es artificial, puesto que la conducta supera la vigencia del antiguo orden para entrar a interferir, como comportamiento permanente que es, ese nuevo espacio de valores políticos y normativos que le dan sustento al Estado Constitucional y democrático de derecho.

En ese marco, se ubica el planteamiento según el cual al general **Jesús Armando Arias Cabrales** debía ser juzgado por la Justicia Penal Militar -criterio plasmado por la Procuraduría en la demanda—, o la Corte Suprema de Justicia, y no un Juez especializado y un Tribunal Superior de Distrito Judicial, como lo sostiene su defensora, no pueden prosperar. Es claro que la Procuraduría especial y la defensa sintetizan sus alegatos al margen de que se juzga un delito de desaparición forzada que, por el abuso de poder, la indefensión de las víctimas a quienes se sustrae de la protección de la ley, y el impacto en la conciencia de la humanidad, fue considerado por el Conjunto de Naciones como un delito de conducta permanente y gravemente ofensivo de la libertad y la justicia, desde, cuando menos, la aprobación de la resolución 33/173 de 1978 por la Organización de Naciones Unidas.

La definición de dicha conducta en esos términos permite sostener que si bien la misma, causalmente, podría estar vinculada con el servicio, no lo está en el marco de la función; causalmente puede encontrarse relación entre una y otra, mas nunca una relación de imputación jurídica entre ese tipo de comportamientos y el servicio. Por lo mismo, la competencia para juzgar al oficial no puede radicar en la Justicia Penal Militar, ni en la Corte Suprema de Justicia, investida para investigar y juzgar única y excepcionalmente conductas relacionadas con la función, con el fin de preservar el fuero como garantía institucional y no personal.⁴²

De otra parte, si bien el artículo 221 de la Constitución Política prevé que de *"las conductas punibles cometidas por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar,"* esa cláusula debe entenderse en el sentido que se refiere a delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio -*conductas extrañas a las de la vida civil que marcan*

⁴² La Corte Constitucional, en Sentencia C 580 de 2002, al revisar la "Ley 707 del 28 de noviembre de 2001, "Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas", hecha en Belém do Pará, el 9 de julio de 1994, precisó lo siguiente:

"En relación con la incompatibilidad con el servicio y la consiguiente exclusión de la justicia penal militar en relación con el delito de desaparición forzada, la Corte no encuentra reparo alguno de constitucionalidad. En efecto, esta Corporación ha determinado que existen ciertos delitos que bajo ninguna circunstancia pueden tener relación con el servicio, en los términos a los que se refiere el artículo 221 de la Carta. Ha afirmado que los delitos de lesa humanidad jamás pueden tener un vínculo con el servicio que de acuerdo con la Constitución le corresponde prestar a las fuerzas armadas, y por lo tanto, de ellos siempre debe conocer la justicia penal ordinaria. (Se subraya)

una abierta incompatibilidad con el sistema punitivo a cargo de la jurisdicción ordinaria—, pero siempre a condición de que no se trate de delitos de tortura, genocidio y desaparición forzada.

⁴³

La justicia penal militar, entonces, no es, no puede ser, en estos casos, la competente.

Así mismo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, si bien constitucionalmente está autorizada para juzgar excepcionalmente, en los términos del artículo 235 de la Constitución, a los generales de la República, también está limitada por la restricción que al fuero le impone el derecho Internacional de los Derechos Humanos en relación con los delitos antes enunciados. No sería consecuente, como lo impone la unidad del orden jurídico, que las premisas que se emplean desde el nivel constitucional para privar a la jurisdicción militar de la competencia para juzgar graves conductas que afectan los derechos humanos, se utilicen al tiempo para construir un concepto de fuero incompatible con la visión democrática que entrega a la proverbial capacidad de los jueces de la jurisdicción ordinaria, la potestad de juzgar conductas que trascienden por su gravedad los horizontes de la llamada delincuencia convencional.

El cargo, entonces, no se puede aceptar.

⁴³ Cfr. SP del 2 de octubre de 2010, Rad. 18643, 2 de septiembre de 2008, Rad. 22076, 2 de diciembre de 2008, Rad. 30707, 6 de mayo de 2009, Rad. 26137, 14 de octubre de 2009, Rad. 30849, 5 de junio de 2014, Rad. 35113, y 20 de agosto de 2014, Rad. 35773.

La infracción al principio de legalidad, que se presenta en la demanda como infracción al debido proceso, pese a que no responde a la ortodoxia del recurso de casación por tratarse en realidad de un asunto de infracción directa de la ley, la Sala lo analizará en este mismo capítulo por la similitud conceptual con el planteamiento que se acaba de estudiar.

Se sostiene que para la fecha en que se suscitó la “*toma del Palacio de Justicia*”, el delito de desaparición forzada por el cual fue acusado, juzgado y condenado el general **Jesús Armando Arias Cabrales**, no estaba descrito en el Código Penal de la época (Decreto 100 de 1980). A partir de ese enunciado, se plantea la infracción al principio de legalidad, al imputarle al General un delito que fue tipificado mediante la Ley 589 de 2000 - que incorporó el artículo 268 A al Decreto 100 de 1980—, y por los artículos 165 y 166 de la Ley 599 de 2000.

Por lo tanto, en criterio de la demandante, se habría imputado al general una conducta con criterio retroactivo, siendo que el derecho penal prohíbe ese tipo de juicios a nivel de principio.

También argumentó que, para esa época, este ilícito no se encontraba tipificado en normas internacionales, en los convenios de derecho internacional humanitario de la Haya y Ginebra, ni en el *ius cogens*. En el ámbito internacional, indicó, esta conducta se tipificó como delito a partir de la resolución 47/133 del 12 de febrero de 1993, mediante la

cual se adoptó la “*Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*”, aprobada durante el periodo 47 de sesiones la ONU.

Los no recurrentes están en desacuerdo.

La Delegada sostuvo que el delito de desaparición forzada estaba proscrito en la legislación internacional desde cuando la ONU adoptó el 20 de diciembre de 1978 la resolución 33/173, y luego en la “*Declaración sobre protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*”, aprobada en la sesión 47 de la ONU en 1993. Aseveró que conforme a la normatividad internacional y las normas del ius cogens, el principio de legalidad penal se flexibilizó con el propósito de garantizar los supremos intereses de la humanidad frente a crímenes de guerra, graves violaciones a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad.

La Corte no ignora que conductas como las que se analiza, originadas en los acontecimientos del 6 y 7 de noviembre de 1985, han sido objeto de distintas lecturas encaminadas a buscar el mayor equilibrio entre derecho y justicia. En tal sentido, la fiscalía de primera instancia,⁴⁴ sostuvo que el concurso de conductas punibles de secuestro (*desde noviembre de 1985 hasta el 6 de julio de 2000, fecha en que se publicó la Ley 589 de ese año*) y desaparición forzada (*desde el 6 de julio de 2000 hacia adelante*), permitía tipificar un

⁴⁴ *El Vice Fiscal, al conocer del recurso de apelación, consideró que no “avizora” como posible el concurso de delitos por cuanto, al tratarse de un delito permanente, es una conducta única que antes aparecía tipificada como secuestro simple y ahora como desaparición forzada.*

comportamiento que excedió la vigencia de una legislación que no preveía una respuesta proporcional a una desmedida acción que puso en evidencia ante el mundo, cómo el Estado declinó su deber de proteger a magistrados, empleados, civiles, y juzgar a sus opositores armados vencidos.

En la sentencia de primera instancia, por su parte, se argumentó que el delito de desaparición forzada estaba prohibido en instrumentos internacionales y en las normas que conforman el ius cogens para cuando la conducta se inició, por lo que para el interregno comprendido entre la fecha de los hechos y la entrada en vigencia de la Ley 589 de 2000, debía aplicarse flexiblemente el principio de legalidad penal, como ocurre cuando se juzgan internacionalmente delitos de lesa humanidad.

Pues bien: según la defensa, para resolver el problema, se debe acudir a la interpretación formal de la ley, a la lectura del trazo lingüístico de la norma.

Según esa tesis, como la conducta ocurrió en 1985 y la legislación vigente no tipificaba la desaparición forzada como delito, entonces no había lugar a juzgar al procesado por una conducta no definida en la ley de ese entonces. Sin embargo, el problema es que ese método no es eficaz para resolver todos los casos, debido a que existen principios jurídicos extra sistemáticos que no están determinados en las leyes positivas y que, por lo tanto, no son identificables en el texto de la ley, lo que complica la solución meramente formal de los llamados casos difíciles.

Para resolver el tema es indispensable considerar dos premisas: la primera, que la desaparición forzada es un delito de carácter permanente y que como tal corresponde a una criminalidad de poder, y dos, que la interpretación de la ley no es un problema de subsunción, sino de principios. Por tanto, la solución de los problemas jurídicos no puede realizarse solamente a partir de la simple coherencia lingüística de los enunciados legales, sino mediante su interpretación a partir de los principios fundantes del Estado y de la democracia, en la que la dignidad humana es un concepto esencial.

Desde esta visión, el delito de desaparición forzada, como delincuencia de poder, se debe entender como una transgresión a la ley *“no de sujetos individuales, sino de poderes desenfrenados y absolutos, que se caracterizan también por una pretensión de impunidad.”*⁴⁵ Por lo tanto, adecuar la conducta al delito de secuestro, en este caso no refleja la real dimensión que la interferencia de dicho comportamiento causa a los fundamentos democráticos del Estado democrático y de la justicia; a los valores supremos de los derechos humanos, ni a los bienes jurídicos que ese tipo penal protege. Tampoco el delito de secuestro involucra el derecho que tienen quienes son aprehendidos por fuerzas del Estado a ser juzgados por autoridades legítimas, en vez de ser ocultados y despojados a la protección de la ley.

⁴⁵ Ferrajoli, Luigi, *Principia Juris, Teoría del derecho y la democracia. Tomo II*, Pag. 365.

Precisamente por su fuerte impacto en la vigencia de los derechos humanos, fue que la Asamblea General de la ONU en 1978, reflexionó y aprobó lo siguiente:

“... Recordando las disposiciones de la declaración Universal de derechos Humanos y en particular los artículos 3, 9, 10 y 11, relativos, entre otras cosas, al derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona, a no ser sometido a torturas, a no ser arbitrariamente detenido ni preso y al derecho a ser oído públicamente y con justicia por un tribunal, y las disposiciones de los artículos 6, 7, 9 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que definen algunos de esos derechos y establecen salvaguardias para ellos,

... Teniendo presente el peligro a la vida, a la libertad y a la seguridad física de esas personas resultante de que dichas autoridades u organizaciones persisten en no reconocer que ellas están bajo su custodia, o dar cuenta de ellas de alguna otra manera,

... 1. Pide a los gobiernos:

... b.- Que garanticen la plena responsabilidad en el desempeño de sus funciones —especialmente la responsabilidad ante la Ley— de las autoridades u organizaciones encargadas de hacer cumplir la ley y encargadas de la seguridad, incluida la responsabilidad jurídica por los excesos injustificables que pudieren conducir a desapariciones forzadas o involuntarias o a otras violaciones de derechos humanos.”

El tema también se consideró en el “*Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969*”, y en 1992, en la resolución 47/133 de ese año, en la que la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la “*Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las desapariciones forzadas*,” indicó que este delito se presenta cuando:

“Se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna u otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o particulares que actúen en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su

asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndola así de la protección de la ley".⁴⁶

Similar texto fue adoptado como definición en la "Convención Interamericana sobre desaparición forzada", suscrita el 9 de junio de 1994 en Belém do Pará.

A nivel interno, al reconfigurar el modelo de Estado y reconocer el alto impacto de este tipo de conductas, el constituyente de 1991 incluyó en el artículo 12 de la Constitución Política el derecho fundamental a no ser objeto de desaparición forzada, y en la Ley 589 de 2000 tipificó dicha conducta, que posteriormente se incluyó en el Código Penal (Ley 599 de 2000), que empezó a regir el 24 de julio de 2001.

De manera que en la legislación internacional y nacional, el delito de desaparición forzada es una conducta de carácter permanente que consiste en sustraer al ciudadano de la protección de la ley al privarlo de su libertad, cualquiera sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o dar información sobre su paradero. Esa caracterización implica que su inclusión como delito contra el bien jurídico de la autonomía personal en el capítulo I del Título Tercero del Código Penal, se debe entender como una referencia empleada simplemente para su ordenación sistemática, pues dicha conducta lesionaría transversalmente otra serie de bienes jurídicos: la seguridad

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia C-317 del 2 de mayo de 2002.

y dignidad humana, la libertad y la justicia, al sustraer a la persona de su imperio y protección.⁴⁷

De lo expresado se puede concluir que la conducta de desaparición forzada se vincula directamente con el núcleo duro de los derechos humanos, y eso implica que dicho comportamiento que se atribuye al general **Jesús Armando Arias Cabrales** no puede ser analizado a partir del trazo lingüístico de la ley y de la interpretación formal de sus enunciados, sino desde los principios que se sustentan en los derechos humanos y en los valores de la democracia, que cuando menos desde la proclama del conjunto de naciones en 1978, le confieren sentido a la lucha contra toda forma de abusos de ese tipo por parte de quienes están en el siempre inexcusable deber de cumplir la ley y de proteger al ciudadano.

En este margen hay que aclarar que es posible que una conducta como la que se estudia, que no cesa mientras no aparezcan los desaparecidos, o mientras no se reconozca su

⁴⁷ En el mismo sentido, la Corte IDH, en la Sentencia del 26 de noviembre del 2008, Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala, recordó:

"Desde su primera sentencia en el caso Velásquez Rodríguez, la Corte ha reiterado que la desaparición forzada de personas constituye un hecho ilícito de naturaleza continua o permanente y de carácter plurifensivo, pues no sólo produce una privación arbitraria de la libertad, sino que pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida de la persona detenida. El carácter permanente y plurifensivo de la desaparición forzada de personas se ve reflejado en los artículos II y III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, los cuales disponen, en lo pertinente, lo siguiente: [“] (...) se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes... Subrayado fuera de texto.

desaparición, no haya sido suficientemente comprendida en su ilícita magnitud debido al estado del arte de la interpretación del derecho para el momento en que esa conducta se inició. Pero eso no es posible ahora cuando la axiología de los Estados se cimentan en la dignidad humana como principio, y en el reconocimiento del hombre como ser social y como valor. De manera que solo un discurso cifrado en la omnipotencia formal de la ley explica que se defienda la inexistente transgresión del principio de legalidad de una conducta que se rige por la ley de ahora —porque el delito permanece— y no por la de antes.

Por eso no es extraño que la conducta mencionada se juzgue bajo normas posteriores al año de 1985 cuando la conducta se inició —*artículos 1 de la Ley 589 de 2000, que incorporó el artículo 268 A al Decreto 100 de 1980, y 165 de la Ley 599 de 2000*— en tanto estas disposiciones jurídicas son coetáneas a la ejecución permanente y actual de ese comportamiento. En ese sentido, precisamente se ha pronunciado la Corte Constitucional en la sentencia C 580 del 31 de julio de 2002, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otras, en la sentencia del 26 de noviembre del 2008, Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala, en la cual señaló lo siguiente:

“Por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en el derecho penal interno, si se mantiene la conducta delictiva, la nueva ley resulta aplicable. En este mismo sentido se han pronunciado tribunales de la más alta jerarquía de los Estados del continente americano, como lo son, la Sala Penal Nacional de Perú, el Tribunal Constitucional de Perú, la Suprema Corte de Justicia de México, el Tribunal Constitucional de Bolivia, la Corte Suprema de Justicia de Panamá, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela y la Corte Constitucional de Colombia, Estados que, al igual que Guatemala,

han ratificado la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada.” (Resaltado fuera de texto)

Este criterio fue reiterado en el caso “*Rosendo Radilla Pacheco contra Estados Unidos Mexicanos.*” En fallo del 23 de noviembre de 2009, indicó:

“El Tribunal reitera, como lo ha hecho en otros casos, que por tratarse de un delito de ejecución permanente, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en el Estado, la nueva ley resulta aplicable por mantenerse en ejecución la conducta delictiva, sin que ello represente una aplicación retroactiva”.

*Al respecto, cabe reiterar que, por tratarse de un crimen de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor en el derecho penal interno, si se mantiene la conducta delictiva, la nueva ley resulta aplicable”*⁴⁸

De manera que, en esas condiciones, la transgresión del principio de legalidad que a manera de infracción al debido proceso se alega como causal de nulidad, es formal y materialmente inaceptable.

Por consiguiente, el cargo no prospera.

Tercero. Cargos por infracción indirecta de la ley.

Dos cargos que involucran la misma prueba se formularon con fundamento en el cuerpo segundo de la causal primera de casación (*numeral 1 del artículo 207 de la Ley 600 de 2000*). La Sala los resolverá conjuntamente.

⁴⁸ CSJ. *Sentencia del 25 de agosto de 2010, radicado 31407.*

Aun cuando en el primero se demanda un error de derecho por falso juicio de legalidad al haber apreciado grabaciones realizadas por *particulares*, y en el segundo un error de hecho por falso juicio de identidad al valorar el contenido de la misma prueba -cargos excluyentes entre sí, por lo cual fueron propuestos en capítulos separados—, la Sala considera necesario estudiarlos conjuntamente, con el fin de no desaprovechar su unidad conceptual y realizar los fines del recurso extraordinario y el principio de análisis conjunto de la prueba, que es la mejor manera de aproximarse a la verdad y a la vez uno de los objetivos supremos del proceso penal.

En ese propósito y con base en las pruebas legalmente aportadas al proceso, la Corte se referirá primero a las circunstancias de todo orden en que se suscitó la conducta, y luego ubicará los errores en ese marco conceptual que permite decidir, sin la más mínima duda, que el asalto al Palacio de Justicia y los comportamientos que de él se derivaron, son una expresión del conflicto armado, una consideración esencial para juzgar la conducta que se atribuye al general **Jesús Armando Arias Cabrales**.

1.- El entorno.

Con base en la prueba testimonial, documental y pericial que obra en el proceso, resultante del traslado probatorio ordenado en la etapa de instrucción y en el juicio -contenida en más de 28.000 folios distribuidos en 135 cuadernos originales y 120 discos—, se fijarán las

circunstancias que permiten establecer un hilo conductor sobre lo acontecido, fijar los hitos de mayor importancia, y la intervención y liderazgo del acusado en todos y cada uno de sus momentos.

1.1.- El asalto al Palacio de Justicia y las primeras reacciones de la Fuerza Pública.

Personas que se encontraban en los parqueaderos, ubicados en los sótanos del Palacio de Justicia, cuya puerta de acceso se ubicaba sobre la carrera 8^a entre las calles 11 y 12, atestiguaron haber escuchado detonaciones de arma de fuego sobre las 11:30 de la mañana del 6 de noviembre de 1985 y presenciado la entrada de 3 vehículos en los que ingresaba personal armado, de quienes, por las arengas que gritaban, se enteraron que eran integrantes del grupo guerrillero M-19 que asaltaba el Palacio de Justicia. Entre dichos testigos se encuentran María del Carmen Castro Patiño, empleada de servicios generales del Ministerio de Justicia, quien en declaración rendida el 17 de febrero de 2006 ante la Fiscalía 4^a Delegada ante la Corte, afirmó:

“Estaba lista para salir hacia el Ministerio de Justicia. Eran las 11 y 20 de la mañana. Me encontraba en compañía de mi compañera Luz y mi hijo Willington Iván, cuando de pronto empezaron a sonar unos disparos por el parqueadero de la carrera 8^a que daba a los parqueaderos de la Corte y al mismo tiempo de los disparos entró un camión que dio la vuelta y quedó frente a donde estábamos nosotros, a los ascensores del costado norte. Seguían disparando, yo corrí con mi compañera hacia la cafetería de la Corte, hacia el fondo de la cafetería de la Corte, donde se preparaba el café para los funcionarios de la Corte y del Consejo de Estado en el SS diagonal a los ascensores y nos encerramos con Nidia Vanegas...Cecilia Triviño, Luz Pava de Londoño y Alicia

*Mayorga, éramos de la cafetería. Estaba Antonio Serrano que era funcionario de la Sala Laboral...y Alejandro, pero de este si no me acuerdo el apellido y mi hijo... Se escuchaba mucho grito haciendo alusión al M-19. Ahí nos dimos cuenta que la guerrilla se había tomado el Palacio*⁴⁹.

En el sótano del parqueadero también se encontraba Luis Roberto Medina Garavito, conductor del Consejo de Estado, quien aseveró en su ampliación de declaración el 14 de noviembre de 1986, ante el Juez Sexto de Instrucción Penal Militar, lo siguiente:

*... me encontraba en el sótano del Palacio de Justicia, cuando por ahí como a las once y cuarenta y cinco vi entrar un vehículo que disparaba contra los que estaban de guardia en el sótano, cuando vi todo esto, me agache en medio de los vehículos que estaban parqueados y entré a una pieza u oficina que teníamos nosotros los conductores y les comenté a los conductores JORGE ENRIQUE DIAZ, un muchacho Nossa, no me acuerdo el nombre, JORGE MEDINA, ANTONIO RUIZ, MANUEL CANTOR, PAULO EMILIO PARRA, CARLOS ACOSTA, no me acuerdo de más; que posiblemente el M-19 se había tomado el Palacio de Justicia, esto lo dije porque ya había habido varios comentarios que el M-19 se iba a tomar el Palacio de Justicia, incluso por la misma televisión dijeron que ya habían desmontado un banda del M-19 que se quería tomar el Palacio*⁵⁰.

Simultáneamente, otros integrantes del M-19 que habían ingresado por la puerta principal y se encontraban en oficinas de despacho al público, amenazaban y sometían a los empleados con armas de fuego. Rato después los condujeron hacia los baños del tercer piso. Entre estos empleados se encontraba Leonor Mariela Ávila Roldán, escribiente de la Secretaría del Consejo de Estado, quien el

⁴⁹ Cuaderno de Anexos de instrucción No 5, folios 21 y 22.

⁵⁰ Cuaderno original de Anexos de instrucción No 44, folio 3.

28 de noviembre de 1985 ante el Juzgado 30 de Instrucción Criminal afirmó haber estado en la oficina 107, en donde también se encontraba el Secretario Dario Quiñónez, la oficial mayor Hilda de Agudelo y la auxiliar María Cristina García Quintero, y dos mujeres, quienes consultaban unos procesos. La testigo señaló:

"Sería como las once y media de la mañana, aproximadamente, cuando se escuchó un tiroteo, yo me encontraba en la oficina de mi jefe Dr. Dario Gómez, que quedaba en el primer piso y cuyo número era 107; salimos hacia la oficina donde se atiende el público, cuando vimos que una señorita nos pedía que nos botáramos al suelo boca-abajo con las manos en la nuca y que nada nos pasaría, nosotros obedecimos, permanecimos quietos, escuchábamos cómo caían los vidrios porque la puerta se derrumbó. Antes de las dos de la tarde de ese mismo día, nos sacaron de esa oficina y nos llevaron a un baño situado entre el tercero y cuarto piso...eran dos señoritas, antes yo nunca las había visto, la que nos dio las instrucciones de tirarnos al suelo lucía una falda escocés como café, botas largas color negro, medias también de color negro, blusa color rojo como terracota, cabello largo, no era fea, era simpática, el cabello era oscuro; la otra señorita era morenita de pelo corto, vestía pantalón y blusa, pero no recuerdo los colores; a las dos señoritas no me las había detallado momentos antes de los hechos, pero había visto a personas que estaban consultando ahí sentadas. Cuando mi jefe y yo salimos al lugar donde se atiende el público, vi cuando la señorita de falda escocés se paraba de un asiento y se dirigió a la baranda donde tenía un bolso, de ahí sacó una pistola o revólver y una granada de mano, se fue acercando a cada uno de nosotros y nos iba dando la orden de tirarnos al suelo"⁵¹.

Algunos kilómetros al norte de la Plaza de Bolívar, el coronel Luis Carlos Sadovnik Sánchez, quien hasta el día 5 de noviembre de 1985 ejerció las funciones de Comandante encargado de la Brigada XIII -según lo declaró el 9 de abril de 1992 ante la auditoria Auxiliar de Guerra y lo reiteró el 17 de febrero de 2006 ante la Fiscal 4^a Delegada ante la Corte⁵²

⁵¹ Cuaderno original de Anexos de la Causa No 15, folios 44 y 45.

⁵² Cuaderno original de Anexos de instrucción No 5, folios 26 y 27.

—, recibió la información sobre el incidente que se presentaba en inmediaciones de la Casa de Nariño, sin poder precisar inicialmente de qué se trataba. Narró las acciones que desplegó ante la ausencia momentánea del Comandante de la Brigada XIII, general **Jesús Armando Arias Cabrales**, explicó qué órdenes recibió de los mandos, cuál era el objetivo, bajo qué Plan se empezó a operar, y cuál era el mayor temor que expresó el Comandante del Ejército.

Aseguró también que el 6 de noviembre de 1985 asumió nuevamente el cargo de segundo comandante y Jefe del Estado Mayor Conjunto de la Brigada XIII. Contó lo siguiente:

“... A eso de las 11.30 de la mañana recibí la comunicación del comandante del Batallón Guardia Presidencial, comunicando que en la plaza de Bolívar, sin poder precisar si era el Congreso, la Catedral, la Alcaldía o el Palacio de Justicia estaba siendo sometida a una cruenta toma y que ya el uso de las armas por parte de los subversivos se había generalizado. Le pregunté al señor Coronel RAMÍREZ CDTE. del Batallón Guardia su ubicación, me respondió que una unidad fundamental tal vez la batería, se encontraba en la plazoleta del Palacio de Nariño rindiendo honores a un embajador que presentaba credenciales al señor Presidente de la República, dispuse se suspendieran los honores y con esa unidad hiciera presencia y tratara de desarrollar la situación en la Plaza de Bolívar... por el sistema de radio Motorola de la Brigada dispuse que la unidad entrara en acuartelamiento de primer grado, alerté a todas las unidades para que dispusieran todos los medios para ser movilizados en forma inmediata, personalmente activé el C.O.B... Todo esto lo hice porque el señor general ARIAS no se encontraba en las instalaciones de la Brigada”⁵³. (Se subraya)

Relató igualmente que para el alto mando militar, la operación debía ser rápida y contundente, pues estaba

⁵³ Cuaderno original de Anexos de instrucción No 26, folio 61 y 62.

comprometido el honor de las Fuerzas Militares. Lo expresó en los siguientes términos:

"El señor general SAMUDIO comandante del Ejército por microondas me llamó, palabras más palabras menos, me dijo que la operación que se había desencadenado debía ser rápida y contundente que por favor no fuéramos a fallar porque era el honor del ejército el que estaba comprometido, en esos momentos hace su presencia el general ARIAS y se moviliza con el personal de operaciones y de inteligencia a la Plaza de Bolívar. El señor general MORENO, comandante general de las Fuerzas Militares tomó contacto conmigo por el sistema de microondas y me dijo que desde un comienzo por el sistema de radio estaba enterado, y seguía paso a paso el desenvolvimiento de la operación y que todos los medios de las Fuerzas Militares estaban disponibles ... el señor general VEGA ministro de defensa nacional por el radio Motorola me alertó diciéndome ojo maestro no se vaya a rajar, a lo que yo le respondí entiendo que es el prestigio de toda la institución armada, mi general, y la Décima Tercera Brigada no va a ser inferior al compromiso ni a las circunstancias"⁵⁴. (Se resalta)

Indicó haber comunicado todas estas órdenes a su superior, el Comandante de la Brigada XIII, General **Jesús Armando Arias Cabrales**, y afirmó que el objetivo era recuperar el Palacio de Justicia y restablecer el orden aplicando el "Plan Tricolor", elaborado para enfrentar este tipo de acontecimientos. Lo explicó de la siguiente manera:

"Todas y cada una de las órdenes que se recibieron fueron comunicadas al señor general Arias, casi todas ellas eran urgiendo que se agilizara la operación y se recuperara el Palacio... Básicamente la orden inicial y que se mantuvo y urgió durante todo el desarrollo de la operación de parte del señor Ministro de Defensa, del Señor Comandante General, y del Señor General Comandante del Ejército fue recuperar el Palacio de Justicia y la respuesta del señor General ARIAS siempre fue la misma, es mi objetivo y es el empeño de toda la Brigada, vamos a restablecer el orden... La Brigada lo único que hizo fue aplicar el Plan TRICOLOR vigente, emanado del comando general en el que se daban instrucciones claras y precisas sobre cómo controlar, mantener o restablecer el orden. En cuanto a la evacuación del personal, la tropa siempre fue

⁵⁴ Cuaderno original de Anexos de instrucción No 26, folio 63.

*conducto de recepción de ayuda y evacuación del personal que se iba encontrando o iba llegando hasta donde había soldados*⁵⁵.

Explicó que la insistencia en desarrollar rápidamente la operación, estaba motivada en que el Comandante del Ejército, general Rafael Samudio Molina, temía que en cualquier momento, el Presidente de la República, diera la orden de retirar las tropas:

“Quiero manifestar —dijo— que sobre todo las llamadas, unas veces por radio y otras por el sistema de microondas o los teléfonos comerciales de parte del señor general SAMUDIO comandante del Ejército urgiendo que se agilizara la operación porque él presentía que el señor presidente iba a disponer el retiro de las tropas, fueron constantes y fueron muchas...⁵⁶

... fue la primera orden que él impartió talvez 15 minutos después de presentados los hechos y fue su continuo repetir y fue su cotidiana exigencia que diera movilidad y rapidez, él presentía y así me lo dijo varias veces, que de pronto llegaba la orden de suspender la operación.”⁵⁷ (Se subraya)

Durante la diligencia de indagatoria rendida el 30 de mayo de 2007 ante la Fiscalía 4^a delegada ante la Corte por el coronel Luis Carlos Sadovnik Sánchez, en el proceso seguido en su contra por el delito de desaparición forzada, negó haber impartido cualquier otra orden distinta que no fuera la activación del “*Plan Tricolor*”:

“Lo único que dispuse —anotó— fue la ejecución o iniciación de la ejecución del Plan Tricolor sobre la Plaza de Bolívar, decisión que me imponía el mismo Plan Tricolor y los reglamentos y que fue avalada y aprobada por todo el mando superior. El primero que me

⁵⁵ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 26, folios 64 y 65.

⁵⁶ Cuaderno original de anexos de instrucción No 26, folio 63.

⁵⁷ Cuaderno original de anexos de instrucción No 26, folio 66.

llamó para decirme que así era y que urgiera el desarrollo de ese Plan porque la rapidez es uno de los principios de la guerra, que asegura el otro principio de que al enemigo no se le debe dejar consolidar, son dos principios de la guerra, fue el señor General Rafael Samudio...El señor General Samudio, si mal no estoy, doctora, hacia 20 o 30 minutos, no sé cuánto, había abandonado el Palacio de Justicia. Él fue el primero, él como comandante del Ejército que aprobó la decisión que yo había tomado. De lo contrario, él ha debido suspender la ejecución del Plan Tricolor. Igual procedimiento, obtuve y oí, del Comandante General de las Fuerzas Militares instantes después, y luego del señor Ministro de Defensa...Cualquiera de ellos dos, también había podido suspender la ejecución del Plan Tricolor, si la decisión estaba mal tomada.”⁵⁸

A su turno, el general Rafael Samudio Molina, Comandante del Ejército, mediante certificación jurada del 22 de abril de 1992, dirigida al Auditor Auxiliar 20 de Guerra desde Nueva Orleans, Estados Unidos –donde ya retirado del Ejército se desempeñaba como cónsul—, confirmó haber dado la orden de activar el “*Plan Tricolor 83*” que contemplaba las estrategias y conceptos operacionales para la hipótesis de insurrección general que se estaba materializando.

Aseveró que entre las estrategias se estableció la unificación del mando de las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), en el comandante de la jurisdicción afectada, en este caso del Comandante de la Brigada XIII, general **Jesús Arando Arias Cabrales**; se adoptó un dispositivo militar de ocupación en las instalaciones estratégicas aledañas y el control mediante patrullaje militar en las calles de Bogotá, así como de las principales ciudades. Recolección rápida de información de inteligencia relacionada con los integrantes

⁵⁸ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 16, folio 220.

del grupo asaltante, la cantidad e identidad de rehenes y las características de la edificación tomada, entre otras, y el empleo dosificado de la fuerza en el desarrollo del combate para proteger la vida y la integridad física de los rehenes.

Afirmó que la orden para ejecutar el operativo militar fue impartida por el Presidente Belisario Betancur Cuartas, Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas, a quien, una hora después de iniciado el rescate, a eso de las 12:30 del 6 de noviembre de 1985, el Ministro de Defensa y el Comandante General de las Fuerzas Armadas, vía telefónica, le advirtieron sobre las consecuencias negativas que podía traer una operación armada sobre la vida de los rehenes y de los militares, advertencia que también le hizo el general Miguel Vega Uribe en el Consejo de Ministros. Resaltó que el factor tiempo fue determinante para las acciones que se debían tomar. Expresó:

"El factor tiempo o urgencia siempre fue dominante durante las 26 horas de la operación. Era urgente la reacción y toma de un dispositivo cuando se recibió la información del asalto por parte de los terroristas. Era urgente la presencia del comandante de la Brigada en el lugar de los hechos. Era urgente la aplicación del Plan TRICOLOR. Era urgente el rescate de los rehenes, quienes como debe constar en actas estaban bajo amenaza inminente de muerte conforme al comunicado de los terroristas. Era urgente restablecer el orden constitucional puesto que una de las Ramas del Poder Público, la Jurisdiccional, estaba suspendida y no funcionaba libremente por el secuestro armado de que eran objeto los integrantes de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Era urgente neutralizar con la acción de las armas la acción de los terroristas. Era urgente impedir que los terroristas incendiaran el Palacio de Justicia."⁵⁹. (Subrayado fuera de texto)

⁵⁹ Cuaderno original de anexos de instrucción No 26 A, folio 137.

Durante la diligencia de indagatoria rendida en este mismo proceso el 31 de julio de 2008 ante la Fiscalía 4^a Delegada ante la Corte, Rafael Samudio Molina, además de general, abogado con maestrías en derecho administrativo y en defensa continental, y profesor del ejército de los Estados Unidos en la Escuela de las Américas en Panamá en 1970, indicó que fue víctima de un atentado por parte del M-19 el 23 de octubre de 1985.

Aseguró que el 6 de noviembre de 1985 ingresó al Palacio de Justicia antes del asalto y se dirigió hacia la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado, regresando a las 11 de la mañana a su oficina ubicada en el Centro Administrativo Nacional (CAN). Negó haber conocido con antelación algún documento en el que se indicará que el M-19 se tomaría el Palacio de Justicia, razón por la que fue de manera desprevenida a realizar la diligencia en el Alto Tribunal.

A las 11.45 de la mañana, cuando ya se conocían las primeras noticias del asalto del M-19 al Palacio de Justicia, dijo que fue citado al Despacho del general Miguel Vega Uribe, Ministro de Defensa, donde también se encontraban el general Augusto Moreno Guerrero, Comandante General de las Fuerzas Militares, el general Gilberto Franco, Comandante de la Fuerza Aérea, el almirante Tito García Mota, Comandante de la Armada Nacional, el general Víctor Delgado Mallarino, Director General de la Policía Nacional y el general Manuel Guerrero Paz.

Afirmó que la reunión duró hasta las 2 de la tarde, hora en la que el Ministro de Defensa, el Jefe del Estado Mayor Conjunto y el Director de la Policía se dirigieron hacia la Casa de Nariño para atender la citación realizada por el Presidente de la República.

Aseveró que luego se dirigió hacia su oficina en donde permaneció durante toda la operación militar y siguió el desarrollo de la misma por medio de la televisión y la radio, sin que hubiera impartido órdenes concretas, ya que el operativo militar se llevó a cabo como lo disponía el "Plan Tricolor". Textualmente dijo:

*"La misión que se cumplió desde el momento inicial, de acuerdo con el plan vigente llamado Plan Tricolor, que tiene vigencia o existencia que yo recuerde por lo menos desde hace cincuenta años, se convirtió en una operación militar para neutralizar a los protagonistas, obtener, hasta donde las circunstancias lo permitieran el rescate de los rehenes. Órdenes concretas sobre el manejo de los liberados o rescatados, muertos, heridos o simplemente sobrevivientes no se impartieron por parte mía porque fui enterado y vi también por la televisión y escuché por radio, todos los incidentes que minuto a minuto se venían sucediendo sobre ese particular. El procedimiento era el normal y lógico para la disposición inmediata de muertos, heridos o liberados o rescatados para enviarlos a las clínicas o procesarlos a través de un punto que estableció la Brigada 13 en la Casa del Florero."*⁶⁰

El 23 de septiembre de 2008⁶¹, al continuar la diligencia de indagatoria, el general Rafael Samudio Molina explicó que el "Plan Tricolor" fue elaborado varios años atrás y que se actualizaba cada 2 o 3 años, precisando que como documento de planeación estratégica contenía dos hipótesis

⁶⁰ Cuaderno original de Instrucción No 2, folios 54 y 55.

⁶¹ Cuaderno original de instrucción 3, folio 52.

fundamentales: la primera, relacionada con una posible guerra con Perú, Venezuela, Ecuador o cualquier otro país vecino, y la segunda, con un conflicto interno que suponía una insurrección generalizada, parcial o totalmente en el territorio nacional. Indicó que, en este último sentido, se tenía una “apreciación de situación” en la que se incluían los grupos ilegales M-19, ELN, FARC y el narcotráfico.

Sobre los capítulos que estructuran el “*Plan Tricolor*”, señaló:

“El primero, es una descripción general, el segundo punto, la misión, el tercer punto, el concepto de la operación, también global, cómo se concibe una acción ofensiva, defensiva, dentro de este criterio, luego las misiones específicas a cada una de las unidades subordinadas, unas instrucciones, un párrafo o punto que se llama instrucciones de coordinación, el cuarto punto es el de la administración y logística, es decir cómo se apoya, y el último punto es mando y comunicaciones”⁶²

Por su parte, el general **Jesús Armando Arias Cabrales**, en declaración rendida el 21 de febrero de 2006, en el proceso 9755, afirmó:

“En mi condición de comandante de la Brigada XIII, el día 6 de noviembre acabándome de reintegrar, luego de un mes de ausencia, al Comando de la Brigada y encontrándome laborando con un comité liderado por el Inspector General del Ejército, en la Escuela Superior de Guerra, ubicada para época en la calle 80 con carrera 43, aproximadamente, recibí una comunicación radial de parte del Coronel Alfonso Plazas en la que me informaba que se presentaban hechos anormales en el entorno de la Plaza de Bolívar y que siendo aproximadamente las 11 y 45 de la mañana había disparos nutridos al parecer en área del Palacio de Justicia. De inmediato

⁶² Cuaderno original de Instrucción No 4, auto por el cual la Fiscalía 4^a Delegada, resolvió la situación jurídica del general **Jesús Armando Arias Cabrales**. La transcripción del testimonio se encuentra a folio 140 a 142.

tomé contacto a través del sistema de radio UHF portátil, con el Jefe de Estado Mayor de la Brigada, Coronel Luis Carlos Sadovnik, disponiendo que se aclarara prontamente de qué se trataba la anormalidad y disponiendo el alistamiento inmediato de las unidades de la Brigada”⁶³

Indicó que las órdenes fueron trasmitidas a los coroneles Celso Suárez, Comandante de la Policía Militar, Alfonso Plazas Vega, Comandante de la Escuela de Caballería, Rafael Hernández, Comandante de la Escuela de Artillería, Augusto Bejarano, Comandante del Grupo Rincón Quiñónez, y a los coroneles Luis Enrique Carvajal y Edilberto Sánchez Rubiano, jefe de operaciones y de inteligencia de la Brigada, respectivamente. Señaló además que activó el Centro de Operaciones de Brigada y el “*Plan Tricolor 83*” –del cual entregó al Despacho fotocopia de algunos apartes—, y ordenó que unidades del Batallón Guardia Presidencial se desplazaran hacia el Palacio de Justicia para aclarar la situación y neutralizar cualquier acción que se estuviera presentando, a la vez que dispuso que la Policía Militar, una vez llegara a la Plaza de Bolívar, acordonara el área.

Conforme lo señalaron los generales Rafael Samudio Molina y **Jesús Armando Arias Cabrales**, el documento guía de la operación fue el “*Plan Tricolor 83*”, de cuya copia obrante en el proceso se puede constatar que el Ejército tenía asignada la siguiente Misión:

“El Ejército con el mando operacional de otras Fuerzas Institucionales y el control operacional de organismos de seguridad del Estado, conducen operaciones antisubversivas en su jurisdicción para destruir los grupos alzados en armas con el

⁶³ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No. 5, folios 51 y 52.

propósito de mantener el orden interno, de garantizar la soberanía nacional y las instituciones patrias⁶⁴. (Resaltado)

De igual manera se definieron en el documento las características de las operaciones contra los grupos subversivos:

“(3) Teniendo en cuenta que las actividades de los grupos subversivos se desarrollan al margen de la Ley y su actitud es abiertamente delictiva, no podrán concederse treguas, ceses de fuego o suspensión de operaciones, ni permitir el libre accionar de sus organismos de dirección, apoyo y combate que faciliten su crecimiento y reorganización. Las operaciones deben caracterizarse por su persistencia, presión constante, continuidad y fuerza, a fin de conseguir resultados decisivos.”⁶⁵

1.2.- La Decisión Política.

El presidente Belisario Betancur, en declaración del 17 de enero de 2006 ante la Fiscal 4^a Delegada ante la Corte, señaló que el 6 de noviembre de 1985 se encontraba en el Salón Amarillo de la Casa de Nariño recibiendo las cartas credenciales de los embajadores de 3 países, cuando sobre las 11.30 de la mañana, el Jefe de la casa Militar, general Cabiedes Arteaga, y el doctor Víctor G. Ricardo, Secretario General de la Presidencia, le informaron que el M-19 se había tomado el Palacio de Justicia. Precisó:

“Impartí las instrucciones respectivas a través del General Cabiedes y del Secretario General de la Presidencia. Y yo continué al frente de la ceremonia de recepción de credenciales. El General Cabiedes tomó las primeras decisiones relacionadas con la llegada de tropas a la Plaza de Bolívar... imparti esta instrucción: que las

⁶⁴ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 27, folio 179.

⁶⁵ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 27, folio 183.

*Fuerzas Militares, de Policía y de Seguridad, debían restablecer el orden constitucional en el Palacio de Justicia con respeto y garantía de las vidas de los rehenes y también de los guerrilleros asaltantes*⁶⁶.

Agregó que decidió delegar la ejecución de la operación militar, como lo permite la Ley, en las Fuerzas Armadas, a través del conducto regular que para ese entonces estaba representado en el general Miguel Vega Uribe, Ministro de Defensa.

*"En varias oportunidades —señaló— dentro de la presente diligencia he manifestado que hay unas atribuciones de carácter político que le corresponden al Presidente de la Republica y otras de carácter militar que le corresponden en tanto es jefe y comandante de las Fuerzas Militares. Las decisiones políticas fueron las de que las Fuerzas militares, de policía y de seguridad debían restaurar en el Palacio de Justicia tomado a la fuerza por el M19, la Constitución y las Leyes, respetando la vida de los rehenes, los honorables magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Honorable Consejo de Estado, los funcionarios judiciales, los particulares que por una u otra razón concurrian al Palacio de Justicia y los propios guerrilleros. Y las decisiones de carácter militar fueron de que las fuerzas militares, de policía y organismos de seguridad recobraran para la Constitución y la Ley, el Palacio de Justicia"*⁶⁷.

Al ser interrogado sobre el conocimiento que tuvo acerca del ingreso del Ejército al Palacio de Justicia, el presidente Belisario Betancur Cuartas solicitó al Despacho remitirse a la declaración que en su momento rindió ante el Juzgado 30 de Instrucción Criminal y, fundamentalmente, al informe oficial del Tribunal Especial de Instrucción:

"...Pero en todo caso —insistió—, la entrada del ejército al Palacio de Justicia se produjo en el momento en que habían fracasado todas las instancias en el forcejeo contra los asaltantes

⁶⁶ Cuaderno Original de Anexos de Instrucción No 4, folio 113 y 114.

⁶⁷ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 4, folio 122.

*y las propias fuerzas que ya atacaban el Palacio de Justicia para su recuperación desde afuera, se había producido el fracaso de las distintas posibilidades de diálogo entre los asaltantes y el gobierno sobre la base del ofrecimiento presidencial de respetar las vidas de los guerrilleros y de hacerles un juicio imparcial, incluso por fuera de la órbita militar, es decir, con jueces civiles*⁶⁸.

En la diligencia de ampliación de declaración rendida por el presidente Betancur Cuartas ante el Juzgado 30 de Instrucción Criminal el 3 de marzo de 1987, indicó que según la información del Ministro de Defensa, los asaltantes tenían una misión “que no admitía respuesta de ninguna naturaleza,” ya que la acción que habían emprendido la llevarían hasta las últimas consecuencias, por lo que reiteró que la orden impartida fue:

*“...mantener el orden, las instituciones, recobrar el Palacio, con la totalidad de las cautelas para garantizar la recuperación de los rehenes sanos y salvos. Partía yo de la base de que la prudencia con que se utilizarían las armas, su gradualidad y oportunidad garantizaría tales instrucciones inequívocas”*⁶⁹.

El Presidente indicó además, como aparece consignado en el informe del Tribunal Especial de Instrucción⁷⁰, que dialogó sobre la situación que se presentaba con los ex presidentes Alberto Lleras Camargo, Carlos Lleras Restrepo, Alfonso López Michelsen, Misael Pastrana Borrero y Julio César Turbay Ayala, y con los candidatos a la Presidencia de la República Virgilio Barco Vargas, Álvaro Gómez Hurtado y Luis Carlos Galán Sarmiento.

⁶⁸ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 4, folio 116.

⁶⁹ Cuaderno original de Anexos de la Causa No 12, folio 146.

⁷⁰ El informe del Tribunal Especial de Instrucción, cuya publicación se autorizó a través del Decreto 1917 de 1986, se incorporó al Diario Oficial en el número 37509 y obra entre folios 1 y 65 del Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 24.

Pese a que el presidente afirmó que los representantes de la clase política a quienes consultó le manifestaron su solidaridad con las instituciones y el gobierno y respaldaron su decisión de continuar con el operativo militar, lo cierto es que, como se deduce de las declaraciones rendidas ante el Tribunal Especial de Instrucción, éstos ofrecieron criterios disímiles que oscilaban entre el apoyo total a un operativo militar y la posibilidad de un diálogo humanitario orientado a salvaguardar la vida de los rehenes.

El ex presidente Julio César Turbay Ayala, el 20 de marzo de 1986, indicó en su declaración que recibió una llamada del Ministro de Gobierno Jaime Castro Castro, quien le anunció que el Presidente lo llamaría. Así se expresó:

“Evidentemente, después de diez minutos, el Presidente Betancur me llamó por teléfono y antes de que él me hiciera cualquier planteamiento yo le expresé, como también se lo había expresado ya al Ministro de Gobierno, mi rechazo y condenación del acto terrorista que se había cumplido contra el Palacio de Justicia. El señor Presidente Betancur me informó que había estado haciendo consultas telefónicas con los ex presidentes de la República para informarlos sobre los hechos y para comunicarles de su decisión de rechazar el acto terrorista y restablecer el imperio de la normalidad constitucional. El Presidente al informarme a mí mismo de su decisión me expresó que era una decisión tomada en completo acuerdo con los mandos militares. Yo sentí que era mi obligación hacerle una muy breve síntesis de mis experiencias con la toma violenta de la Embajada Dominicana y le manifesté que mi impresión era de que si se les permitía un tiempo para reflexionar no reaccionarían en la forma criminal que los había determinado a asaltar el Palacio, agregándole que a mi juicio, unas personas que tuvieran tiempo para pensar vacilarían en jugarse la vida y concluirían en el arreglo en que concluyó lo de la embajada cuando se entregaron a cambio simplemente de preservarles la existencia. Él me dijo que evidentemente su criterio y el de las Fuerzas Armadas era el de obtener, con el mínimo de sacrificios de vidas, el

máximo de resultados en favor del restablecimiento del orden constitucional”⁷¹.

En declaración rendida el 31 de marzo de 1986, el ex presidente Carlos Lleras Restrepo, aseguró:

“No recuerdo exactamente la hora en que tuve una llamada telefónica del señor Presidente de la República, pero no era avanzada todavía la tarde. El señor Presidente me informó sobre las exigencias que le formulaba el M19 de presentarse en el recinto de la Corte para ser juzgado y me informó igualmente que estaba tratando de convencer a los del M19 de que abandonaran su loca empresa y se rindieran, dándoles la seguridad de que los sometería a un juicio imparcial. Yo le manifesté al señor Presidente que mi opinión era que no podía aceptar él de ninguna manera las pretensiones de los del M19 y él me dijo que esa era también su convicción. Poco después recibí una llamada del Ministro de Gobierno doctor Jaime Castro, quien me informó con bastante detalle de la toma del Palacio de Justicia. Le expresé lo mismo que le expresé al señor Presidente y le dije que debía rodearse con la tropa toda la manzana del Palacio de Justicia. No se me informó por el Ministro Castro que la tropa estuviera intentando entrar al Palacio, pero si me dijo que éste estaba ya rodeado por la Fuerza Pública. Más tarde recibí una segunda llamada del señor Presidente en la cual me dijo que desgraciadamente se había interrumpido la comunicación telefónica y que estaba tratando de que por medio de la radio hubiera comunicación con los asaltantes para reiterarles la seguridad de que sus vidas serían respetadas y para obtener la libertad de los Magistrados”⁷².

El expresidente Misael Pastrana Borrero, quien se encontraba en Montecarlo (Mónaco), en declaración rendida el 1 de abril de 1986, afirmó que sobre las 11.30 o 12.00 hora de Bogotá, recibió una llamada del consulado de Colombia en Hamburgo en la que le comunicaron sobre el asalto al Palacio de Justicia, hecho que momentos después le ratificó su hijo Andrés Pastrana. Relató que unas horas más tarde

⁷¹ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 24, folio 19.

⁷² Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 24, folio 20.

recibió una llamada del presidente Belisario Betancur, quien le confirmó que un grupo del M19 liderado por Andrés Almarales se había tomado el Palacio de Justicia, tema sobre el cual el Presidente ya había dialogado con los expresidentes Alberto Lleras Camargo, Carlos Lleras Restrepo y Julio César Turbay, quienes le habían brindado todo su apoyo. Al respecto manifestó:

“Me agregó que, según las informaciones iniciales, todo indicaba que las pretensiones eran las de negociar con el gobierno sobre temas que comprometían altamente la existencia de toda la estructura jurídica de la Nación. Igualmente puso en mi conocimiento que había magistrados como rehenes de los subversivos, pero sin determinar los nombres y el número de los mismos. Le manifesté que, por el conocimiento, fruto de lo que acababa de comunicarme y de las conversaciones que yo ya había sostenido con anterioridad, tenía la impresión de que lo que estaba en juego no era un gobierno, ni un sistema, casi ni la sociedad misma, sino todo el conjunto de valores que formaban parte de nuestras tradiciones, de nuestra existencia republicana y de la civilización de la que formábamos parte. Que el atentado mismo contra la sede de un órgano de poder que en Colombia había dado claras muestras en sus decisiones y en su proceder de total independencia frente al ejecutivo; el hecho mismo de centrar la acción de violencia en un edificio situado en el corazón de los poderes públicos; la toma como rehenes de Magistrados no solo prestantes por su cargo sino por su propio prestigio, implicaba que el alcance de la acción no era la búsqueda de una fácil transacción que implicara por parte del Gobierno concesiones sin comprometer las instituciones, o dinero, sino algo más de fondo que pudiera poner en peligro principios básicos de la vida del país.”⁷³ (Se resalta)

Aseveró el ex presidente Pastrana Borrero que ante el ingreso del Ministro de Defensa Miguel Vega Uribe y el Director General de la Policía Víctor Alberto Delgado Mallarino al despacho del presidente Betancur Cuartas, éste

⁷³ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 24, folio 20.

le solicitó informarles su criterio frente a lo que estaba ocurriendo, a lo cual le respondió al General Vega Uribe:

*"Le exprese que consideraba que Colombia estaba al frente de una circunstancia y un momento definitorio de su destino y que en esa definición las Fuerzas Armadas, como en tantas ocasiones en nuestra historia, tenían una altísima responsabilidad."*⁷⁴

En la declaración rendida el 8 de abril de 1986, el ex presidente Alberto Lleras Camargo afirmó que el presidente Betancur Cuartas lo llamó, aunque aseveró que no para consultarle como tantas veces se ha dicho. En tal sentido indicó lo siguiente:

*"... en algún momento creo que el Presidente se refirió a mi condición de ex presidente, en el mismo tono familiar y me preguntó qué habría hecho yo en esa emergencia. Yo le contesté que por todo lo que me había relatado hasta ese entonces, comprendía que tenía el Presidente un concepto muy claro de su obligación y que no difería del que yo hubiera optado en circunstancias semejantes. No tengo recuerdo de que el Presidente me hubiera informado sobre la entrada de las tropas al Palacio de Justicia, ni si esa información se había dado por la radio y por consiguiente yo la conocía. De todas maneras, yo le expresé al Presidente que no había un camino distinto del que me informó que estaba dispuesto a tomar y nuestra conversación que no fue muy larga, terminó"*⁷⁵.

Ese mismo día declaró el ex presidente Alfonso López Michelsen, quien señaló que se enteró sobre la toma al Palacio de Justicia en Paris, en donde se informaba que ya habían desalojado a los guerrilleros. En la residencia de la Embajada de Colombia encontró 3 mensajes que indicaban que el presidente Belisario Betancur lo había llamado. Sobre esos momentos manifestó:

⁷⁴ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 24, folio 20.

⁷⁵ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 24, folio 21.

"En la primera conversación, el doctor Betancur me informó acerca de la toma del Palacio por parte del M-19 y las exigencias que formulaban al Gobierno en el sentido de que se entablara una negociación para obtener la liberación de los rehenes que eran nada menos que los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los Consejeros de Estado. Conversamos por espacio de varios minutos y yo le manifesté que, cuando ejercía dicho cargo, me había visto colocado ante un dilema semejante en el caso de José Raquel Mercado, secuestrado por el mismo M-19, o entregaba mis atribuciones de Jefe del Estado y accedía a sus exigencias, en el sentido de dictar determinaciones, medidas y derogar otras, interfiriendo inclusive con decisiones judiciales, o ponía en peligro la vida del líder sindical, si me negaba a hacer lo que ellos exigían. Le expresé al mismo tiempo mi simpatía ante la difícil situación que enfrentaba y le ofrecí el apoyo que fuera necesario para sortearla con fortuna. Él me informó entonces que la opinión que yo expresaba coincidía con la de otros ex presidentes y la de los Jefes Políticos de los partidos tradicionales. Me agregó que confiaba en que la operación se terminara en breve término y sin pérdida de vidas humanas, dejándome la impresión de que, en el término de horas, al amparo de la noche, se iba a realizar una operación de rescate cuidadosamente preparada"⁷⁶.

El ex presidente López Michelsen también manifestó que horas más tarde habló nuevamente con el presidente Betancur Cuartas, quien le hizo saber que los guerrilleros se obstinaban en no rendirse y que se había desatado un incendio, impidiendo una actuación rápida y efectiva. Aseveró que tenía información según la cual se impedía el ingreso de la Cruz Roja al Palacio de Justicia, organismo que consideraba podía facilitar una negociación, y así se lo hizo saber al presidente Betancur Cuartas, quien le indicó que ni él ni el Ejército impedían el ingreso del organismo de socorro, pero que verificaría esta situación. Agregó que cuarenta minutos después, el presidente Belisario Betancur le confirmó que había impartido las órdenes para que el doctor

⁷⁶ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 24, folio 21.

Sáenz de la Cruz Roja ingresara al Palacio, llevando un mensaje escrito a los guerrilleros con el fin de poner fin a la toma.

Álvaro Gómez Hurtado, en declaración rendida el 14 de abril de 1996, manifestó haber dialogado con el presidente Betancur sobre lo sucedido y la decisión que había tomado.

"El me llamó después del medio día para decirme que el M-19 era el autor del asalto del Palacio de Justicia y que habían decidido no conversar con los asaltantes porque ellos exigían para hacerlo un quebrantamiento del orden y de las instituciones. Yo le manifesté que yo sería solidario con su decisión en vista de que él tenía todos los elementos de juicio y simplemente agregué: en fenómenos como ese del terrorismo se requería proceder con energía, pero al mismo tiempo con el máximo de inteligencia. Este es un desafío a la excelencia de las Fuerzas Armadas y de los sistemas que preservan el orden público. Lo que sigue es el ejercicio de la inteligencia".⁷⁷

El 21 de abril de 1986 declaró Virgilio Barco Vargas, quien señaló que habló con el presidente Belisario Betancur sobre las 7 de la noche del 6 de noviembre de 1985, quien le indicó que había hablado previamente con los demás ex presidentes, al igual que con los candidatos Álvaro Gómez Hurtado y Luis Carlos Galán Sarmiento:

"...en seguida me manifestó que no habría negociación con los asaltantes, es decir, que el gobierno tenía la decisión de no ceder ante las exigencias de los asaltantes del Palacio, pero que les había ofrecido que estaba dispuesto a respetarles la vida y a un juicio justo si desistían de su propósito. El Presidente agregó que ya estaba montada y lista la operación militar para entrar al palacio. Me dijo que esta podía iniciarse tal vez en cualquier momento después de las 10 de la noche"⁷⁸ (Se resalta)

⁷⁷ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 24, folio 21.

⁷⁸ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 24, folio 22.

Luis Carlos Galán Sarmiento, en declaración del 15 de abril de 1986, manifestó que se encontraba con otros congresistas en la Comisión Tercera del Senado cuando fue advertido de disparos en la plaza de Bolívar, por lo que se trasladaron hacia un sitio desde donde se podía observar la Casa de Nariño y vieron el despliegue de los soldados del Batallón Guardia Presidencial. Agregó que al enterarse de que el ataque había sido contra el Palacio de Justicia, sobre las 4.15 de la tarde logró hablar con el presidente Belisario Betancur, manifestándole su apoyo y colaboración. Refirió que:

“...el Presidente Betancur me expresó que la fuerza pública controlaba ya la mayor parte del Palacio de Justicia; que los guerrilleros con los principales rehenes estaban reducidos a una zona del Palacio de Justicia en tal forma que en ese momento todo dependía de la decisión de tumbar o no una puerta, pues una vez esto sucediera la fuerza pública lograría someterlos. El Presidente Betancur me preguntó mi opinión. A mi turno le pregunté al Presidente qué decía la fuerza pública sobre el margen de riesgo para la vida de los Magistrados y rehenes. El Presidente me dijo que no podía garantizar la vida de la totalidad de las personas que allí se encontraban, pero que, según la fuerza pública si existía la posibilidad de un desenlace plenamente exitoso al tumbar la puerta de tal forma que no muriera ningún rehén en esa operación definitiva. El Presidente me volvió a pedir mi opinión: le contesté que era muy difícil opinar con los elementos de juicio a mi alcance y le pregunté entonces cuál era el criterio del Presidente de la Corte Suprema pues yo había oido por radio el llamamiento al cese del fuego que había hecho el doctor Reyes Echandía. El Presidente guardó silencio. Le dije que, si bien el Presidente de la Corte en ese momento no era un hombre libre, su punto de vista debería ser considerado porque en todo caso el doctor Reyes Echandía, tenía una apreciación de las circunstancias que debía tenerse en cuenta. Le expresé al Presidente que consciente de la dificultad para dar un juicio definitivo por la complejidad de la situación, en mi opinión el gobierno no debía precipitarse a una acción definitiva que arriesgara la vida de los rehenes. El Presidente me contestó que él comprendía eso y quería obrar en la forma menos arriesgada para

*la vida de los rehenes, pero sin aceptar negociación con los asaltantes del Palacio de Justicia*⁷⁹.

El doctor Galán Sarmiento agregó que estuvo de acuerdo con el Presidente en que no se debía negociar, pero sí realizar un diálogo humanitario para salvar a los Magistrados y a los demás rehenes. Afirmó que al siguiente día continuó insistiéndole al presidente Betancur Cuartas sobre la necesidad de dialogar, a lo cual finalmente accedió, indicándole que ordenaría el ingreso de la Cruz Roja, aunque se sorprendió al constatar que esto solo se concretó varias horas después. A pocos minutos de haber ingresado el delegado del organismo de socorro, le indicaron que todo había terminado de manera trágica.

Álvaro Villegas Moreno, Presidente del Congreso, manifestó que dialogó varias veces el 6 de noviembre de 1985 con el presidente Belisario Betancur, debido a que el Presidente de la Corte Suprema, Alfonso Reyes Echandía, le solicitó reiteradamente su intervención para lograr que el Presidente atendiera sus llamadas telefónicas y ordenara el cese del fuego, petición que también le hizo el Magistrado Serrano Abadía. Precisó que:

"En la conversación de las tres de la tarde con el doctor Pedro Elías Serrano, quien en esos momentos permanecía en su oficina, me dio un informe de la situación. Él estaba localizado en el cuarto piso y me solicitaba que hablara con el señor Presidente para que consiguiera el cese al fuego a fin de dialogar. En una segunda llamada, un poco después, hablé con el doctor Alfonso Reyes Echandía, Presidente de la Corte, me pidió que hablara urgentemente con el señor Presidente para que les diera tiempo de

⁷⁹ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 24, folio 22.

conversar, que él creía que eso se podía arreglar dialogando y pedía un cese al fuego..."⁸⁰.

Aseveró Villegas Moreno que el presidente de la República Belisario Betancur Cuartas le manifestó su decisión de no intervenir:

"Quiero contarle a usted solamente -expresó el entonces Presidente del Congreso— que yo no voy a negociar, que he tomado esta decisión y la he consultado con los señores ex presidentes, con el doctor López que está en Europa -me dijo—, con el doctor Pastrana que está en Mónaco, con el doctor Turbay, con los doctores Alberto Lleras y Carlos Lleras, con los candidatos doctor Gómez Hurtado, doctor Barco Vargas, y con el doctor Galán Sarmiento, y que su decisión final era no intervenir"⁸¹.

1.3.- La Operación Militar.

El 6 de noviembre de 1985.

En ampliación de declaración rendida el 23 de marzo de 2007, en el proceso 9755, el general **Jesús Armando Arias Cabrales** afirmó que cuando llegó a la Plaza de Bolívar se encontró con el Comandante del Departamento de Policía de Bogotá, quien le informó sobre las primeras actuaciones realizadas, así:

"A mi llegada a la Plaza de Bolívar encontré allí al General José Luis Vargas Villegas, quien comandaba el departamento de Policía de Bogotá. Me informó que tenía un oficial muerto, unos agentes de Policía heridos y que habiendo intentado sus subalternos entrar por la carrera octava, habían sufrido esas bajas; que algunas personas habían logrado rescatarse o salir por esa carrera octava y que en el momento no había podido con ninguno de sus efectivos ingresar al

⁸⁰ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 24, folio 23.

⁸¹ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 24, folio 23.

Palacio, donde se sabía había algunos civiles que habían sido asesinados”⁸².

Jorge Arturo Sarria Cobo, quien pese a no pertenecer a la Fuerza Pública participó desde el comienzo en la operación, en declaración ante el Juzgado 27 de Instrucción Criminal el 13 de diciembre de 1985, señaló que al escuchar los primeros disparos se dirigió hacia la calle 13 con carrera 8^a y en inmediaciones de las oficinas del Seguro Social se encontró con José Rómulo Fonseca Villada, oficial de la Policía, a quien conocía. Agregó que no sabían lo que estaba pasando, pero si observaron a un francotirador que disparaba desde el interior del Palacio de Justicia, por lo que se dirigieron hacia la obra aledaña desde la cual intentaron ingresar, recibiendo Fonseca Villada en ese momento una ametralladora de uno de los policías, y él de aquél, su arma de dotación. Anotó enseguida:

“Luego decidimos pasar cerca al muro que le servía de base a la azotea, buscando la manera de eliminar al individuo que estaba de francotirador. Sin percatarnos de unos huecos que había contra ese muro, que enfrente a nosotros nos daba a la altura de la cabeza y después supe que eran huecos de desagüe del parqueadero, donde estaban apostados otros guerrilleros, desde donde nos disparaban en el momento en que cruzamos la obra, para colocarnos al lado del muro, dando de baja a tres efectivos de la Policía, entre ellos al Teniente de la Policía FONSECA VILLADA JOSE ROMULO, queriendo nosotros sacar los cuerpos, de recuperarlos, pero en ese momento se armó una batalla campal, donde nos tiraban granadas, nos disparaban de toda clase de armas, nos disparaban de todo el edificio, nos tocó salir corriendo”⁸³.

⁸² Cuaderno Original de anexos de Instrucción No 13., folio 204.

⁸³ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 28, folios 40 y 41.

Minutos después, policías y algunos soldados del Batallón Guardia Presidencial se aproximaron al Palacio desde la Plaza de Bolívar. Así lo afirmó ante el Tribunal Especial de Instrucción Álvaro Villegas Moreno, quien indicó que, al escuchar disparos en la Plaza de Bolívar, junto con las personas que lo acompañaban en la oficina de la Presidencia del Congreso, se dirigieron a la parte frontal del Capitolio y observaron a algunos policías y soldados del batallón Guardia Presidencial tendidos en el suelo al frente del Palacio de Justicia disparando contra las ventanas, como también se dio cuenta que los asaltantes disparaban desde el interior del Palacio de Justicia, razón por la cual le recomendó a los presentes apartarse de las ventanas para evitar ser lesionados.

“Quienes estábamos presentes en la Presidencia –dijo Villegas—, observamos a través de las ventanas, las operaciones que se cumplían más o menos a ochenta o a cien metros de la fachada sur del Palacio de Justicia. Por ahí entre la una y las dos de la tarde llegaron a la Plaza de Bolívar cinco tanques Cascabel, tomando posiciones estratégicas. Al principio creí que simplemente iban a cubrir una posible fuga o la salida de los guerrilleros, un poco después el primero de los tanques subió por las escaleras orientales a la entrada del Palacio de Justicia, viró y se dirigió a la majestuosa puerta, siguió avanzando y la puerta cedió al empuje del tanque y se volvió añicos... Un poco más adelante, la misma operación del primer tanque fue realizada por dos tanques más.”⁸⁴

De igual manera, uno de los tres vehículos artillados que llegaron por la carrera 8^a tumbó la puerta del parqueadero después de que se desactivó un explosivo que los guerrilleros habían colocado a la entrada, ingresó unos metros al interior del mismo, golpeándose contra el techo y

⁸⁴ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 24, folio 23.

perdiendo la ametralladora que cayó al piso, como lo manifestó, ante el Juzgado Sexto de Instrucción Penal Militar el 25 de noviembre de 1985, el Cabo Segundo Rubén Darío González Álvarez, quien conducía el vehículo Urutú número 2140, cuyo comandante era el Capitán Solano. Esto manifestó:

“...le dijeron por radio a mi capitán que había que tumbar una puerta que se encontraba en la Carrera 8^a con calle 11...ubiqué el carro frente a la puerta y vi en cada esquina de la puerta una caja, le dije a mi capitán lo que había visto y me dijo que cuadrara el carro de modo que él las pudiera ver...él miró por uno de los periscopios del carro y dijo que eran bombas de alto poder, entonces alcanzó a ver unos cables que provenían de adentro y cogió un fusil y disparó hasta que totió los cables y me dijo que ya no había peligro...me dijo tumbe la puerta, le pégue el empellón a la puerta y se abrió, el carro quedó como escaso de frenos y logré detenerlo unos cuatro metros adelante, fue cuando se despegó la ametralladora debido a la poca altura de la puerta...comenzamos a entrar...vi unos guerrilleros que botaban bombas y granadas por debajo del carro...permanecimos como cinco minutos estacionados y ya no se oía ningún ruido ni se veía nada, entonces mi capitán ordenó bajarse de a dos soldados del carro, se bajaron los dos primeros...se escuchó una ráfaga y mi capitán ordenó subir otra vez los soldados y fue cuando estallaron dos carros que habían en el costado izquierdo...se llenó de humo y menos se veía y fue cuando mi capitán me dijo que saliéramos...”⁸⁵.

Esta acción permitió, minutos después, el ingreso de personal del Batallón Guardia Presidencial al mando del Capitán Carvajal y el Sargento Segundo Ramírez Loaiza, como lo manifestó el soldado Alexis Montoya Fierro en declaración rendida el 25 de marzo de 1986 ante el Juzgado 77 de Instrucción Criminal, quien afirmó que, luego de evacuar las primeras personas, intentaron llegar al primer piso sin éxito:

⁸⁵ Cuaderno original de Anexos de la Causa No 15, folios 123 y 124.

"Luego de que el tanque de guerra nos facilitara la entrada al Palacio de Justicia por el parqueadero, inicialmente entré con compañeros del Batallón, Dragoneantes y soldados, con el Dragoneante OVALLE, con el Dragoneante BARRETO y el soldado que no me puedo acordar quién era. Entramos por la parte izquierda del parqueadero llegando a encontrar dos camiones que presuntamente habían sido utilizados por la guerrilla para penetrar al Palacio, en los cuales se encontraba aún con munición dispersa y elementos varios, luego de requisar por esos lados sin alejarnos mucho...en uno de los camerinos de uno de estos subterráneos encontramos aproximadamente ocho civiles entre niños, señoras y señores, al irlos a evacuar fuimos atacados por la guerrilla pero sin dejar a nadie herido...procedimos a sacar los civiles y entregarlos a la Policía...después siguió la herida del Sargento RAMIREZ y el soldado AVILA y después de eso fue que en compañía del Teniente y un Capitán de la Contraguerrilla, intentamos ascender a pisos superiores sin lograrlo, pues cuando los guerrilleros nos disparaban apenas se veían los fogonazos...inicialmente había luz eléctrica pero durante los combates se iba dañando el sistema eléctrico..."⁸⁶.

Al contrario de lo que ocurrió en la entrada vehicular de la carrera 8^a, los vehículos artillados tipo Cascabel que derrumbaron la entrada principal del Palacio, ingresaron para permanecer largas horas, durante las cuales utilizaron sus ametralladoras contra los asaltantes. Así lo confirmaron el cabo segundo Orlando Plata Prada, conductor del vehículo Cascabel comandado por el sub teniente Juan Manuel Guerrero, y el apuntador o municionador Orlando Ardila Urbano del vehículo Cascabel comandado por el Teniente Marco Lino Tamayo, en las declaraciones rendidas ante el Juzgado 30 de Instrucción Criminal, los días 28 y 29 de enero de 1986, respectivamente.

Mientras Plata Prada indicó haber estado en el interior del Palacio cerca de 9 horas hasta cuando el incendio los

⁸⁶ Cuaderno original de Instrucción No 3, folios 25 y 26.

obligó retirar los tanques, Ardila Urbano afirmó haber utilizado, durante ese tiempo, 4 cananas de 200 tiros cada una de la ametralladora coaxial.

Señaló el Cabo Segundo Plata Prada:

“...no recuerdo la hora que entré, por ahí entre doce y una de la tarde, la orden la recibí del comandante del vehículo y la misión en sí fue penetrar el Palacio, es decir derribar la puerta principal la que da a la Plaza de Bolívar, para que la tropa pudiera entrar protegiéndose con los carros, yo me desplacé hasta la parte de adentro más allá de donde queda una estatua, donde hay unos ascensores, más o menos nueve horas estuve ahí adentro, no exactamente en el mismo sitio porque hubo movimientos y ahí permanecimos hasta que ya el incendio estaba muy avanzado...”⁸⁷.

Por su parte, el soldado Orlando Ardila Urbano indicó:

“...entramos como a las 12:12 o 12:20, nosotros entramos y pues hice un reconocimiento y vi como a 7 hombres atrincherados con unas sillas y unas materas y mi TE. TAMAYO me dio la orden de quien estuviera armado que le diera candela...el tiempo que duramos fue de 12:45 a las 10:30 de la noche pues yo utilicé mi ametralladora coaxial 7.62, todo el tiempo no, pues había ratos que se hacían descansos así para no gastar la munición. PREGUNTADO: De cuanta munición se compone la canana de esta ametralladora. CONTESTO: de 200 cartuchos, en totalidad gasté casi 4 cananas”⁸⁸.

La orden de ingreso de los vehículos artillados al Palacio de Justicia fue impartida por el general **Jesús Armando Arias Cabrales**, Comandante de la Brigada XIII, quien también dispuso que las personas rescatadas debían ser llevadas al museo Casa del Florero. Así lo afirmó el Coronel

⁸⁷ Cuaderno original de Anexos de la Causa No 11, folios 60 y 61.

⁸⁸ Cuaderno original de Anexos de la Causa No 11, folios 64 y 65.

Luis Alfonso Plazas Vega en la declaración rendida ante la Fiscal 4^a Delegada ante la Corte, el 25 de enero de 2006:

“Yo me desplacé —dijo— en un vehículo Cascabel que es un vehículo blindado. Esperé en la Plaza de Bolívar hasta que por el radio militar, el comandante de la Brigada, cuyo indicativo era Arcano 6, me comunicó la orden de ingresar con los vehículos al interior del Palacio de Justicia que hacia algo más de media hora estaba en poder de los asaltantes. La comunicación también la hizo por radio. Mi indicativo por radio era Azabache 6. La tarea de los vehículos blindados era permitir el acceso de las tropas a pie, protegidas por los vehículos, como única forma que había para que las tropas pudieran ingresar al interior del Palacio en cumplimiento de dos objetivos fundamentales el rescate de personas secuestradas y la recuperación de la sede de las altas cortes...todas las personas debían pasar a la Casa del Florero a disposición del Comando de la Brigada, el cual tenía para su chequeo y destinación encargado al B-2 de la Brigada, con un equipo de trabajo. Se desempeñaba en el cargo el Coronel Edilberto Sánchez Rubiano”⁸⁹. (Se resalta)

En declaración rendida el 21 de enero de 2006 ante la Fiscalía 4^a Delegada ante la Corte, el general (r) **Jesús Armando Arias Cabrales** confirmó que después de ubicar las tropas y asignar las funciones iniciales a los distintos componentes de la Brigada XIII, ordenó el ingreso de los vehículos artillados, tanto por la entrada principal ubicada al frente de la Plaza de Bolívar, como por la entrada vehicular de la carrera 8^a, para facilitar el ingreso a pie de la tropa e iniciar el rescate de las personas que se encontraban en las oficinas y la recuperación del Palacio. Se expresó como sigue:

“Se inició de manera simultánea por el segundo sótano de parqueaderos, con acceso por la Carrera Octava, con elementos del Grupo Rincón Quiñonez y del Batallón Guardia Presidencial y a partir del primer piso por la entrada principal con elementos de la Escuela de Artillería por los accesos naturales de escaleras del área

⁸⁹ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 18, folios 47, 50 y 51.

Sur y Nororiental del Palacio de Justicia...En el área del sótano se recibió al ingreso fuego intenso de fusilería que causó bajas en los elementos del grupo Rincón Quiñonez y el deterioro parcial de uno de los vehículos blindados. El comandante de la Unidad del Grupo Rincón Quiñonez vía radial me mantuvo informado sobre el progreso de su operación a medida que ella avanzaba, informándome también de que se había producido un incendio en algunos vehículos de los allí estacionados y que las dificultades eran grandes por el humo y la oscuridad reinantes. Las tropas que allí se comprometieron continuaron registrando minuciosamente todas las dependencias o áreas que allí estaban ubicadas, en primer lugar, para rescatar personas que estuvieran allí ubicadas, así como para neutralizar la acción agresiva de los elementos del M-19 que allí se habían hecho fuertes...Actuación similar se desarrollaba a partir del primer piso del edificio, intentando reducir la resistencia armada, rescatando algunos de los funcionarios o visitantes del Palacio que estaban escondidos o tratando de protegerse en algunas oficinas o dependencias".⁹⁰

Denis Darceth Durango, Oficial Mayor de la Sala de Casación Penal, en declaración rendida el 11 de diciembre de 1985 ante el Juzgado 30 de Instrucción Criminal, indicó que se encontraba en la Secretaría de la Sala Penal, de donde fue rescatado por el Ejército y conducido hacia la Casa del Florero junto con sus demás compañeros, en donde fue interrogado, luego de lo cual pudo irse hacia su casa. Agregó que sus compañeros Orlando Arrechea y Luis Fabián Romero fueron llevados al segundo piso de la Casa del Florero para interrogarlos y días después se enteró que mientras Fabián Romero fue liberado a las 10 de la noche de ese mismo día, Orlando Arrechea no lo fue sino hasta días después. Así lo manifestó:

“...A eso de las 11:30...oí unos disparos que no sabía de donde provenían, tanto que pensé que eran juegos pirotécnicos, pero al advertir que los guardianes o vigilantes del palacio, me refiero a la vigilancia interna, desenfundaron sus armas, corrí junto con mis

⁹⁰ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 5, folio 56.

compañeros y nos tiramos en la oficina sobre el piso, del Dr. HERIBERTO VELASQUEZ Secretario de la Sala; en esa oficina estábamos el mencionado DR. VELASQUEZ, FABIO OSPITIA auxiliar del Dr. Dario Velásquez, ORLANDO ARRECHEA, Oficial Mayor de la Secretaría y el DR. ESTEBAN BENDECK OLIVELLA abogado litigante; contiguo a esa oficina se encontraba el Dr. RAFAEL URREGO BELTRÁN magistrado auxiliar del Dr. Luis Enrique Aldana Rozo, JOSELIN SÁNCHEZ oficinista judicial, LUIS FABIAN ROMERO también oficinista judicial, JEANNETTE N. secretaria de la relatoría penal, y un señor que no le sé el nombre, quien se encontraba estudiando el protocolo de las sentencias del presente año, era una persona desconocida para nosotros. Permanecimos ahí tirados en el piso alrededor de unas cuatro horas y media, cuando fuimos rescatados por el ejército y trasladados a la casa del florero, donde nos interrogaron, suministraron los datos personales; una vez hecho me dejaron salir y me dirigí a mi residencia... El señor hacia días estaba asistiendo a la Secretaría a mirar el protocolo... esa persona fue rescatada junto con nosotros y trasladado hacia la casa del florero; hasta cuando yo estuve ahí o sea a las 8 de la noche, él quedó allí en la casa del florero junto con LUIS FABIAN ROMERO y ORLANDO ARRECHEA, compañeros de oficina estos dos últimos, a quienes los subieron al segundo piso para interrogarlos. Días más tarde me enteré que a LUIS FABIAN ROMERO lo dejaron salir ese mismo día a las 10 de la noche, y a ORLANDO ARRECHEA con ese señor, los pusieron en libertad a los días, me parece que fue el viernes.⁹¹ (Subrayado fuera de texto)

Otros funcionarios debieron esperar hasta bien entrada la noche y sortear múltiples obstáculos para ser rescatados, como fue el caso del Consejero de Estado Jorge Valencia Arango, quien en declaración por certificación jurada suscrita el 20 de febrero de 1986 dirigida al Juzgado 27 de Instrucción Criminal, afirmó que al salir de su oficina, identificada como 305, observó que sus dos secretarias, Rocío Salazar de Mora y Yaneth Ortiz Burgos, señalaban hacia el primer piso en donde pudo ver hombres armados que gritaban "Viva Colombia", por lo que se encerraron en su

⁹¹ Cuaderno original de Anexos de la Causa No 14, folios 91y 92.

Despacho. Indicó que más o menos a la una de la tarde escuchó voces que provenían de la oficina del piso inmediatamente superior que le indicaban al Presidente de la Corte, Alfonso Reyes Echandía, que “*nada le iba a pasar*” y que lo necesitaban para negociar con el gobierno, voces que se alejaban mientras gritaban “*Comandante tal, ya tenemos al Presidente de la Corte*”.

“Siguiendo las voces que se alejaban en dirección a la Sala Plena de la Corte –expresó el Magistrado–, pensé que habían llevado a Reyes Echandía a la oficina del Dr. Baquero o la del Dr. Fabio Calderón Botero... Poco después, oí a Reyes Echandía gritar: “Por favor no disparen, somos rehenes, les habla el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, tenemos heridos, necesitamos a la Cruz Roja”, a lo que contestaban con descargas cerradas de ametralladora, rokets y toda clase de armas. Cada cinco minutos repetía su letanía el Dr. Reyes y le contestaban con las mismas descargas. Por ahí a las 4 p.m. o minutos antes, el Dr. Reyes cambió un poco su letanía y por dos veces, con intervalos aproximados de cinco minutos, dijo: por favor no disparen, somos rehenes, les habla el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, tengo dos señoritas embarazadas que necesitan atención médica.”⁹² (Subrayado fuera de texto)

Señaló el Consejero Valencia Arango que más o menos a las tres de la tarde, se percató de ruidos en la oficina del piso inferior, y algunas personas les gritaban que rompieran las ventanas y bajaran, razón por la que se asomó por la ventana y pudo observar en el primer piso a varios Fiscales del Consejo de Estado y empleados subalternos que, al parecer, estaban custodiados por unos guerrilleros, aunque después, cuando salió del Palacio, se enteró que era personal militar.

⁹² Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 28, folios 21 y 22.

Indicó que sobre las 4:30 de la tarde empezó a entrar humo a la oficina y observó que el Ejército disparaba desde carrera 7^a hacia las ventanas, por lo que animó a sus secretarias ante un pronto rescate, pero rápidamente se dio cuenta que el Ejército “utilizaba las ventanas rotas para hacer mejor puntería en el techo del Palacio”. Afirmó que sobre las 9:30 de la noche el sonido de los explosivos y las ametralladoras eran intensos y el piso se estremeció con una detonación “que me lesionó el oído derecho y me dejó sin audición por él”. Agregó que a las 11 de la noche escuchó la voz del Presidente del Consejo de Estado, Carlos Betancur Jaramillo, y cuando éste tocó en su puerta, salió y pudo observar el voraz incendio que avanzaba hacia su Despacho, por lo que decidió salir con las secretarias avanzando contra la pared y tratando de eludir la “balacera”,

“...pero al llegar a la última oficina de ese sector, la del Dr. Gustavo Murcia Rodríguez, vi varios hombres asomados y oí que el Dr. Enrique Low —a quien conocí por su voz— me dijo que no avanzara más porque me tenían encañonado...el Dr. Low tenía contra uno de sus hombros a un señor que respiraba con dificultad y que tenía el rostro ensangrentado y que después supe que era un abogado que había sido herido dentro de la oficina del Dr. Rodríguez...grité a los bultos que me encañonaban y que distinguía fugazmente por la iluminación de las llamas que sí podía seguir, a lo que me dijeron que sí, pero agachados de uno en uno, dejando espacio entre las personas...Así llegué hasta ellos y les dije: me entrego, ustedes son guerrilleros a lo que me contestaron que eran soldados”⁹³.

Aseveró Jorge Valencia Arango que, finalmente, desde allí pudo bajar utilizando unas escaleras metálicas que habían amarrado los soldados y soportaban con sus cuerpos

⁹³ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 28, folios 27.

para tratar de alcanzar el tercer piso y, después, fue llevado hasta la entrada principal en donde fue recibido por un "médico vestido de militar, pero con blusa de la Cruz Roja", quien le preguntó si requería atención médica y, al no necesitarla, lo dejó en manos de un oficial que le dijo que debía correr agachado hasta la Casa del Florero. Afirmó que en dicho sitio permaneció junto con sus demás compañeros hasta la una de la mañana del 7 de noviembre, luego de lo cual, sobre la carrera 4^a, pudo tomar un taxi y dirigirse hacia su casa.

También el Consejero de Estado Eduardo Suescún Monroy confirmó, en declaración juramentada rendida el 15 de noviembre de 1985 dirigida al Juzgado 27 de Instrucción Criminal, haber sido rescatado por el Ejército de su oficina ubicada en el segundo piso junto con Miguel Betancur Rey. Relató que al escuchar disparos de arma de fuego se tendieron en el piso, en donde pasó varias horas escuchando la intensidad del combate hasta cuando un soldado tocó a su puerta y, en medio de las balas, los condujo hasta la oficina de Álvaro León Cajiao, en donde ya se encontraban los consejeros de Estado Jaime Betancur Cuartas, Jaime Paredes Tamayo, Mario Enrique Pérez y el abogado asistente Rafael Acosta y, pasada una hora, sobre las 5 de la tarde, fueron conducidos a la Casa del Florero. Relató que al llegar a la oficina de León Cajiao, las personas referidas,

“...estaban con un capitán de la policía que coordinaba el salvamento y con la escolta de Jaime Betancur. Habían roto los vidrios interiores que dan hacia el primer piso sobre una Secretaría de la Corte y por ahí el ejército ya había organizado la salida de varios funcionarios del segundo piso. Todas las mujeres del segundo piso ya habían sido evacuadas. Solo quedábamos

nosotros, los que nombré atrás. La bajada que era un poco aparatoso dada la altura se había suspendido porque las condiciones no lo permitían. En todo momento sonaban más y más disparos y se había suspendido el salvamento...arreciaron los disparos, hubo uno terrible como de roquet (sic) que iluminó de amarillo una pared vecina. Por fin en un momento dado en que disminuyó el fuego, que había por uno y otro lado, el capitán ordenó la bajada.”⁹⁴

La ubicación y rescate del Consejero de Estado Jaime Betancur Cuartas fue prioritaria para los generales **Arias Cabrales** y Vargas Villegas, según lo confirmó el teniente Ozias Montañez Guerrero de la Policía Nacional, en la diligencia de ampliación de declaración rendida el 23 de enero de 1986 ante el Juzgado Treinta de Instrucción Criminal, en la cual también afirmó que fueron utilizadas granadas propulsadas por cohete o rocket, como lo había intuido el Consejero Suescún Monroy. Acerca del primer aspecto declaró:

“...PREGUNTADO: Manifestó igualmente en su inicial declaración que un general le informó que en el tercer piso estaba el hermano del Presidente el doctor JAIME BETANCUR y que de inmediato se encaminaron allí y los tanques ya habían entrado al Palacio; ¿quiere decir con esto que se le encomendó sacar o rescatar al hermano del Presidente por su calidad de tal, así mismo quién fue el general que dio, esa orden?. CONTESTÓ: Fue que se inició el combate en el tercer piso, de allá informó un teniente del Ejército que estaban unos consejeros de Estado, que posiblemente el hermano del Presidente a los cuales los guerrilleros querían capturar para chantajear al Presidente supongo, entonces mi general (r) ARIAS CABRALES y VARGAS VILLEGAS personalmente que fue quien lo recibió, ordenaron enfocar refuerzos a ese lado a ver si podíamos liberar esos magistrados me parece que eran magistrados no estoy seguro, en todo caso se sacaron de ahí tres personas y como dos o tres mujeres no me acuerdo... PREGUNTADO: Que explicación habría al hecho de que el individuo Sarria Cobo,

⁹⁴ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 28, folio 146.

manifestó que ayudó a liberar al Consejero JAIME BETANCUR e incluso exhibió una constancia expedida por éste Consejero en el sentido de que efectivamente colaboró con el rescate?. CONTESTÓ: Para liberar a esos consejeros solamente entró personal uniformado y el doctor Betancur tan pronto fue liberado estaba en una crisis nerviosa aguda temblaba sus miembros de tal forma que no se podía sostener en ellos, sus miembros inferiores, desconozco en qué momento pudo darle tal constancia que manifestó el juzgado pues él inmediatamente fue aislado y creo que llevado directamente al Palacio de Nariño porque el Presidente estaba preguntando por él, hasta la casa del Florero si me acuerdo.”⁹⁵

Sobre el uso de los rocket indicó que, al ingresar al Palacio,

“...yo cogí por la derecha hacia un segundo piso donde estaba una mujer disparando con una ametralladora, como esta mujer ofrecía fuerte resistencia, mi General ordenó únicamente para ese lado enviar fuerzas especiales, yo fui con un rocket y entablamos combate, hirieron un soldado, un teniente de la Policía no recuerdo el nombre del F-2, se disparó el rocket y cesó de disparar, posteriormente otro sujeto no sé a dónde estaba volvió a coger el arma y siguió disparando desde ese lugar pero yo me había bajado al parqueadero donde estaban atrincherados otros guerrilleros, allí estuve un rato, el sargento que andaba conmigo disparó un rocket y empezó a llover bala de todas partes...”⁹⁶.

Otras personas no contaron con la suerte de ser rescatadas el primer día, al ser rápidamente secuestradas por los guerrilleros del M-19 y llevadas hasta los baños del costado norte del Palacio, lugar en donde durante toda la tarde fueron acumulando rehenes. Este fue el caso, entre muchos otros, de la empleada del Ministerio de Justicia asignada a la Corte como auxiliar de servicios generales, Magalys María Arévalo Mejía, quien en declaración rendida

⁹⁵ Cuaderno original de la Causa No 11, folios 45 y 49.

⁹⁶ Cuaderno original de la Causa No 11, folios 44 y 45.

el 16 de febrero de 2006 ante la Fiscalía 4^a Delegada ante la Corte, relató que:

“...en vista de que no cesaba la balacera y yo ya creí que llevaba mucho rato ahí, decidí volver a salir. Entonces fue que cuando estando saliendo por la rampa del sótano que creo que ese sí era guerrillero porque estaba vestido como de camuflado y me dijo que alzara las manos, que llevara las manos alzadas y que lo siguiera a él. Eso fue el primer día miércoles 6, pienso que sería a la una de la tarde. Y de ahí me llevaron al 3º piso, al descanso del piso 3º, porque éramos poquitos los que estábamos ahí, por el costado de la calle 12 hacia el Norte. De ahí empezó a llegar más gente de los que ellos iban trayendo o del 3º piso que creo que acaban de salir los que estaban reunidos en la sala constitucional. Sí, la sala constitucional porque ahí estaba el doctor Gaona, ellos se reunían el día miércoles. Y ahí fueron llegando varios funcionarios, magistrados, y ya había como unas 20 personas y fue cuando empezaron a disparar duro desde afuera y decidieron meternos a un baño, al baño del 3er piso...Ahí pasaron tantas cosas que la verdad que no, pues salían a disparar ellos e iban entrando más personas talvez de los que estaban en los otros pisos y llegó un momento que habíamos como 70 personas, pero sería como a las 5 o las 6 de la tarde talvez. Pues el baño era grande pero ya estábamos apeñuscados. Yo no sé qué horas serían cuando hubo el incendio y empezaron a bajarnos de ahí y tuvieron que bajarnos a otro piso”⁹⁷.

Una situación más compleja relató Ana Lucía Limas Montaña, en la declaración del 3 de diciembre de 1985 ante la Comisión Especial de la Procuraduría designada para la investigación de los hechos del Palacio de Justicia, al aseverar que se encontraba realizando sus labores entre el cuarto y el tercer piso junto con la compañera de la empresa Serviaseo, Mercedes Ayala Lesmes, cuando escucharon los primeros disparos y, por consejo de uno de los funcionarios, se refugiaron en el cuarto de aseo. Indicó que rato después hasta dicho sitio llegaron dos guerrilleros jóvenes, hombre y

⁹⁷ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 5, folio 2.

mujer, y mientras se encontraban allí, el guerrillero fue herido por la espalda “*y el disparo le salió por la tetilla*”, ante lo cual la mujer, a quien él llamaba Violeta, les ordenó que lo cuidaran mientras ella traía elementos para curarlo.

Aseveró que minutos después llegó Violeta con otro guerrillero herido en la cabeza y cogió las armas y granadas que éstos portaban y se las llevó, dejándolos desarmados, por lo que se refugiaron en el cuarto de aseo hasta entrada la noche, cuando uno de ellos empezó a gritar por causa del dolor, lo que atrajo a unos soldados, quienes golpearon en la puerta, y

*“...a mi compañera la hicieron salir con las manos arriba y luego salí yo y me preguntaron que quién era y dije que una trabajadora de ahí y nos preguntaron que quiénes eran los muchachos que estaban adentro y entonces el Ejército nos amenazó que teníamos que decir la verdad y si no nos mataban, nos gritó primero están sus vidas que nosotros o sea el Ejército, entonces ellos cogieron y nos subieron por las escaleras, tres escalones no más del tercer piso y nosotros volvimos y les repetimos que eran guerrilleros y dijeron ellos o sea los soldados, les dijeron a los dos muchachos que se pararan, les dijeron tres veces que se pararan y uno de ellos el que estaba herido en las espaldas, le dijo “compa yo no me puedo parar, ayúdeme” y cogieron los soldados y mataron a los guerrilleros...”*⁹⁸

Aseguró Limas Montaña que los soldados empezaron a tratarlas mal y mientras unos decían que también eran guerrilleras, otros gritaban que debían matarlas, pero ellas suplicaron para que no lo hicieran, por lo que uno de los oficiales les revisó las manos, las requisó y ordenó que subieran a la azotea habiendo permanecido acostadas hasta altas horas de la noche. Afirmó que, debido al incendio del

⁹⁸ Cuaderno Original de Anexos de Instrucción No 46, folios 173 y 174.

edificio, todos los que allí se encontraban debieron evacuar hacia el primer piso y desde allí fueron conducidas a la Casa del Florero en donde, después de varios interrogatorios, les permitieron irse para su casa.

Samuel Buitrago Hurtado, Consejero de Estado, en declaración juramentada suscrita en noviembre 20 de 1985 dirigida al Juzgado 27 de Instrucción Criminal, afirmó que al oír detonaciones de arma de fuego habló telefónicamente con Carlos Betancur Jaramillo, Presidente del Consejo de Estado, quien le confirmó que el M-19 estaba atacando el Palacio de Justicia, por lo que le indicó que permaneciera en su oficina, y sobre las 6 de la tarde se percató que unas personas vestidas de civil prendían fuego a papeles en el primer piso, en la biblioteca de la Corte y del Consejo de Estado y al haber sido advertido por su secretaría sobre un incendio que avanzaba desde el cuarto piso, optaron por salir hacia los baños.

“Cuando nos acercábamos a los sanitarios —relató— nos encontramos con dos magistrados de la Corte y empleados subalternos que buscaban también ponerse a salvo del fuego. Estando allí llegó un grupo de guerrilleros (hombres y mujeres) que descendían del cuarto piso fuertemente armados y algunos con mangueras con las cuales pretendían aplacar el fuego. Ya en poder de ellos nos obligaron a permanecer allí y más tarde nos permitieron descender casi hasta el primer piso, pero luego nos obligaron a regresar al sitio inicialmente ocupado, pues los disparos de los tanques del ejército se acentuaban y consideraban que estábamos más seguros en el piso superior. Nuestro grupo mientras tanto se había acrecentado y obligados por los guerrilleros nos refugiamos en los sanitarios en un número superior a los cincuenta rehenes. Allí transcurrieron las horas en medio del fragor de los disparos de toda suerte de armas y en las posiciones más incómodas, en medio del humo y del agua que nos llegaba hasta los tobillos. Entre los guerrilleros había varias mujeres, algunas vestían trajes civiles y

otras dos con uniformes similares a los del ejército; tenían tres compañeros heridos.”⁹⁹

Similar situación le ocurrió a la Consejera de Estado Aydee Anzola Linares, quien en declaración rendida el 5 de diciembre de 1985 ante el Juzgado 27 de Instrucción Criminal, aseveró que al escuchar los primeros disparos se refugió con su equipo de colaboradores, entre los que se encontraban el auxiliar Francisco Camargo y el magistrado auxiliar Lisandro Romero, al interior de su oficina y durante largas horas fueron testigos del ruido de armas de fuego y explosivos que estremecían el edificio, pues cuando ingresó el Ejército se desató “*una verdadera guerra*”. Aseveró haber oído a través de un pequeño radio las súplicas del Presidente de la Corte ante los medios de comunicación, quien pedía cesar el fuego para que los rehenes no resultaran masacrados, lo que la llevó a realizar, sobre las 6.30 de la tarde, otro llamado similar por una cadena radial, luego de lo cual,

“...nos salimos de mi oficina arrastrándonos, para pasar a la oficina siguiente, y allí nos dimos cuenta de que ya el incendio había comenzado y sentíamos que se estaban quemando los libros y demás cosas que había en el primer piso, pues se sentía el chirriar de las llamas y estas subían subían de dicho piso al tercero y también bajaban lenguas de fuego del cuarto piso hacia abajo. Es decir, estábamos cercados por el tronar de las balas, de las metralletas, de las tanquetas que hacia rato ya habían introducido al palacio de justicia y por las bombas que hacían estremecer el edificio. Ante esta situación pensamos con mis colaboradores que no teníamos medio distinto que el de salir arrastrando por el corredor que ya estaba envuelto en llamas y lleno de vidrios. Nos dirigimos al baño de las mujeres que quedaba en el tercer piso y allí nos encontramos con unos guerrilleros que yo pensé, dado su atuendo, que eran miembros del Ejército Nacional. Me sorprendí

⁹⁹ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 28, folio 110.

mucho cuando me encontré con sesenta o setenta rehenes conformado por algunos magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del cuarto y tercer pisos, con algunos consejeros compañeros míos, con varios abogados y amigos míos, entre ellos la doctora LUZ ESTELLA BERNAL quien murió posteriormente, con varias empleadas de la Corte Suprema y del Consejo y con varios conductores de la primera entidad nombrada, uno de los cuales, de apellido PAEZ se encontraba herido”¹⁰⁰.

Héctor Darío Correa Tamayo, quien sólo llevaba un mes en el cargo de citador de la Sala Constitucional para la época de los hechos, en declaración rendida el 10 de diciembre de 1985 ante el Juzgado 30 de Instrucción Criminal, relató que se encontraba en la oficina del Magistrado Ricardo Medina Moyano en compañía de un vendedor de servicios de la Casa Cárcel de choferes, cuando escuchó los disparos y se asomó hacia el lado izquierdo del pasillo en donde vio a su tía Mariela Zuluaga de Correal, auxiliar del Magistrado Carlos Medellín, quien le indicó que se trataba de un asalto y le indicó que debía esconderse. Aseveró que rato después llegaron los Magistrados Carlos Medellín, Ricardo Medina, Manuel Gaona y Alfonso Patiño y el Secretario de la Sala Constitucional Ricardo Correal, quienes ingresaron a la oficina a realizar algunas llamadas a sus familiares.

“Se encontraban haciendo estas llamadas —agregó el testigo— cuando, del lado de la Cra. 7^a, o sea por la ventana entraron dos tiros, uno pegó al lado del techo y rebotó y vino a incrustarse en el espaldar de un sillón al lado del cual nos encontrábamos yo y el doctor Ricardo Correal y el otro se fue a incrustar al lado de una de las divisiones de madera. El doctor MEDINA medio abrió un poquito la cortina y nos dijo: “nos van a matar, nos va a matar el Ejército, nos está disparando el ejército”. Después de que él dijo esto el doctor PATIÑO y el doctor CARLOS MEDELLIN optaron por irse, salieron de la oficina al pasillo en donde en esos momentos se

¹⁰⁰ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 28, folios 73 y 74.

encontraba, creo que era uno de los guardaespaldas del doctor PATIÑO, todos tres salieron hacia el lado de las oficinas de ellos luego no volvimos a saber nada de ellos. Pasaron unos diez minutos y nuevamente sentimos que estaban disparando hacia las ventanas, los tiros no entraron, pero el doctor GAONA dijo que amarráramos un pañuelo blanco en un perchero y lo colocaron al frente de la puerta del Despacho para que alguien lo viera y no nos fueran a disparar a matar. Tan pronto hicimos esto oímos unas voces que nos decían: "Salgan con las manos sobre la cabeza, de uno en uno y con las piernas abiertas", el primero en salir fue el doctor GAONA CRUZ, y se dirigió hacia los ascensores del costado norte...nosotros esperamos un momento...luego él nos gritó "Salgan que yo estoy bien, hagan lo que ellos dicen", entonces opté por salir...detrás de mi salió el Dr. RICARDO CORREAL. Cuando llegamos allá nos dimos cuenta que quienes habían gritado y nos tenían en su poder eran guerrilleros del M-19...nos preguntaron que quién más había en esa oficina le dijimos que el doctor MEDINA y un señor vendedor...dijeron que les gritáramos que salieran...pero el doctor MEDINA no quiso salir y el vendedor tampoco...Ahí estuvimos un cuarto de hora y nos dimos cuenta que habían más personas ahí con nosotros...los guerrilleros hicieron varios disparos hacia las oficinas, nosotros les dijimos que no dispararan hacia allá porque habían trabajadores, secretarias y demás funcionarios, pero ellos no nos hicieron caso...Al rato optaron por meternos al baño de las damas...y a la entrada del baño habían varios guerrilleros más, entre ellos ALMARALE...¹⁰¹.

Al igual que los Magistrados de la Sala Constitucional, los de la Sala Penal, junto con el Presidente de la Corte, fueron rápidamente ubicados y secuestrados por los asaltantes, quienes para tal efecto habían subido rápidamente hacia el piso 4º en donde estaban localizadas sus oficinas y los tenían como el principal objetivo que garantizaría el "juzgamiento" del Presidente de la República por el incumplimiento a los acuerdos de paz suscritos con el M-19, uno de los propósitos manifiestos del asalto.

¹⁰¹ Cuaderno original de Anexos de la Causa No 15, folios 32 y 33.

Poco después de su retención y ante el operativo militar que iniciaba el Ejército, el magistrado Alfonso Reyes Echandía, en su calidad de Presidente de la Corte, empezó a pedir que cesara el fuego para facilitar el diálogo con los guerrilleros del M-19 y salvar la vida de los trabajadores y visitantes atrapados, petición que reiteraría insistentemente gritando al interior del Palacio de Justicia —según lo afirmaron varios de los Magistrados, Consejeros de Estado y de los empleados del Palacio de Justicia, como también algunos de los militares—, como también reiteraría en las conversaciones telefónicas que sostuvo, con el general Delgado Mallarino, delegado de la Presidencia de la Republica para este fin, con el Presidente del Congreso y con los medios de comunicación, sin éxito alguno.

El general de la Policía Nacional Víctor Alberto Delgado Mallarino, en la declaración rendida el 22 de octubre de 1986 ante el Juzgado 9° de Instrucción Criminal, afirmó que al enterarse del asalto al Palacio de Justicia llamó a los magistrados Ricardo Medina Moyano, Darío Velásquez Gaviria y Alfonso Reyes Echandía —con quien, aseveró, lo unía una amistad de más de 35 años— y, al enterarse que ellos se encontraban en el 4° piso a donde todavía no había llegado el grupo guerrillero, ordenó que personal del grupo de operaciones especializadas de la policía (GOES) desembarcara desde helicópteros en la azotea y evitara que los magistrados fueran tomados como rehenes,

“Tan pronto me enteré de la toma del Palacio de Justicia —dijo el General— ordené que se intentara a toda costa el rescate de los Honorables Magistrados planeando como primer término la toma de

la terraza del Palacio de Justicia y a través de ella el acceso al cuarto piso, pensando siempre en que era urgente evitar que los terroristas pudieran retener a los Magistrados como rehenes. Así las cosas, dispuse la salida de dos helicópteros con personal especializado del GOES al mando del Capitán TALERO y del Capitán ORJUELA, quienes resultaron muertos y gravemente heridos en el operativo respectivamente, fui informado que se había presentado el obstáculo para penetrar al cuarto piso y que lo iban a superar, esto ocurrió muchísimo tiempo antes de la llamada que sostuve con el Doctor ALFONSO REYES ECHANDIA y con el terrorista LUIS OTERO¹⁰².

Indicó el general Delgado Mallarino que horas más tarde, cuando ya se encontraba en la Presidencia de República, le solicitaron hablar telefónicamente con el Magistrado Reyes Echandía y, a través de éste, comunicarle al grupo guerrillero la decisión del Presidente de no negociar, pero sí respetar la vida de los guerrilleros y un juicio justo, siempre y cuando liberaran a los rehenes y se entregaran. Además, negó conocer los motivos por los cuales el Presidente Belisario Betancur consideró que no debía hablar con el Presidente de la Corte. Así lo relató:

"Por mi amistad con el Doctor REYES ECHANDIA con quien hablé varias veces durante el día, se me pidió que me comunicara con el Palacio de Justicia para allegar información sobre el desarrollo de los acontecimientos, más o menos a las 17 horas, el Doctor REYES ECHANDIA me comentó que él consideraba que la situación era delicada y pidió que se ordenara el cese al fuego; le pedí que me hiciera pasar al teléfono, si era posible al guerrillero o al terrorista que estaba con él, quien comandaba la operación y efectivamente LUIS OTERO entabló conmigo un diálogo que se redujo a que yo le insistí en que debía entregarse, que era totalmente insensata su actitud, que no tenía derecho a poner en peligro la vida de los rehenes, que el Gobierno Nacional le garantizaba la vida y un juicio justo e imparcial, a lo que me respondió que se trataba de un operativo político-militar, que iban a llevar a cabo hasta las últimas consecuencias y a pesar de mi

¹⁰² Cuaderno original de Anexos de la Causa No 12, folio 16.

insistencia en que meditara sobre la necesidad de solucionar el impasse con la entrega, me contestó que no tenía nada más que hablar conmigo y me colgó; a pesar de que posteriormente intentamos una nueva comunicación no fue posible conseguirla... No conozco ni se por qué el Señor Presidente se abstuvo de realizar alguna comunicación con el Doctor REYES o con cualquier otro Magistrado..."¹⁰³

Yesid Reyes Alvarado, hijo del Magistrado Alfonso Reyes Echandía, en declaración rendida ante la Comisión Especial de Procuraduría designada para la investigación de los hechos del Palacio de Justicia el 11 de diciembre de 1985, manifestó que en la primera comunicación telefónica sostenida con su padre, éste le indicó que estaba en poder del M-19 y que era necesario obtener un cese al fuego, por lo que le solicitó que intentara hablar con el Gobierno. Agregó que sus intentos de comunicarse con el Ministro de Gobierno, con el Presidente de la República y con el Director General de la Policía fueron fallidos, por lo que,

"...obtuve nuevamente comunicación con mi padre quien me manifestó haber hablado con el Director General de la Policía y con el Director del DAS, quienes le habían ofrecido conseguir el cese al fuego; añadió que seguramente la orden ya la habrían dado pero que por cualquier razón no había llegado a Palacio; finalmente me manifestó que no había sido posible para él comunicarse con el señor Presidente de la República. Alrededor de las cinco de la tarde hablé por última vez con mi padre y en vista de que nadie se decidía a dar la orden de cese al fuego, le pregunté si quería que lo pusiera en comunicación con algunas cadenas radiales para que públicamente hiciera la petición que hasta ese momento nadie había atendido; como su respuesta fue afirmativa lo puse en comunicación con las cadenas Caracol y RCN"¹⁰⁴.

¹⁰³ Cuaderno original de Anexos de la Causa No 12, folios 16 y 19.

¹⁰⁴ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 61, folios 4 y 5.

Carlos Alberto Fracica Naranjo, para la época de los hechos Mayor de la Escuela de Artillería, en declaración rendida el 11 de enero de 2006 ante la Fiscalía 4^a Delegada ante la Corte, manifestó haber recibido la orden de ingresar al Palacio protegido por los vehículos artillados y al hacerlo ingresó hacia el lado derecho hasta llegar a la biblioteca.

Expresó:

*“Cuando recibí la orden de estar ahí y esperar que un comando de la Policía hiciera su desembarco por la parte superior de la Terraza, para que, en forma coordinada, buscáramos la ocupación. Ellos, la Policía, de arriba hacia abajo y nosotros de abajo hacia arriba, de esta parte del Palacio. Ahí permanecimos como hasta las cuatro o cinco de la tarde, no recuerdo muy bien. Al equipo que tenía la Escuela de Artillería llegaban algunos soldados del guardia presidencial, otros del Batallón de Policía Militar y otros agentes de la Policía. Cuando se me acabó la batería del radio y al perder la comunicación, salí a la puerta para conseguir una nueva batería de radio. Observé que en el segundo piso había un suboficial y soldados del Guardia Presidencial, por lo que consideré que no podía esperar más porque no sabía nada de lo que había ocurrido con el grupo de la policía que iba a hacer su descenso y procedí a avanzar hacia el segundo piso”.*¹⁰⁵

Agregó que al subir por las escaleras hacia el segundo piso, recibieron disparos de arma de fuego que le ocasionaron la muerte al Subteniente Sergio Villamizar, por lo que debieron regresar a la biblioteca y, desde allí, valiéndose de muebles y escritorios, subieron hacia el segundo piso y siguieron evacuando rehenes, pero cuando ingresaron nuevamente al pasillo, los guerrilleros ultimaron a un agente de la Policía, del cual no recuerda el nombre.

¹⁰⁵ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 4, folio 93.

“...él cayó asesinado —recordó— en este pasillo sin lograr nosotros rescatar el cuerpo. Regresándonos nuevamente a la Biblioteca donde de un momento para otro entre las cinco y media o seis y media, no recuerdo bien, iniciaron a caer expedientes incendiados y otros artículos que no recuerdo bien qué eran, pero que incendiaron rápidamente el recinto ya que las cortinas y las divisiones que había en la Biblioteca, las cortinas eran de velo y las divisiones de tabla de triplex, lo que facilitó que la conflagración se ampliara por ese recinto. Esto nos obligó a salir del Palacio y personalmente creí que iba a ser evacuado por todo el personal de guerrilleros que se habían tomado el Palacio y el personal que estaba adentro.”¹⁰⁶

El Sargento Segundo José Orlando García Zabala, integrante de la contraguerrilla urbana de la Escuela de Artillería, en declaración rendida el 25 de noviembre de 1985 ante el Juzgado Sexto de Instrucción Criminal Militar, confirmó haber ingresado protegido por los vehículos artillados y haber llegado hasta la biblioteca, recorrido durante el cual lograron evacuar varios de los trabajadores que se encontraban en las oficinas. Así lo relató:

“...le ordenó mi general (r) ARIAS CABRALES a mi mayor FRACICA NARANJO CARLOS que entrara él con un grupo de la Escuela de Artillería, el cual estaba integrado por mi mayor FRACICA, mi Capitán FRANCO, el SS GRAJALES y yo, entramos detrás de un URUTU que ordenaron que entrara, ahí ya entramos por la parte o puerta principal que da a la Plaza de Bolívar, ya estando adentro se escuchaban detonaciones por todas partes, había tres cuerpos de guerrilleros hacia la parte derecha yendo para la biblioteca, muertos con sus uniformes de dril azul, con brazaletes y bufandas blancas, azules y rojas y brazaletes del mismo color, tenían un parche que decía frente Ricardo Franco, adentro se formaron grupos al mando, el mío iba al mando de mi mayor FRACICA en los cuales íbamos mi Capitán Franco, un teniente del DAS que no recuerdo su nombre, un agente de la Policía que lo mataron y al cual le decían el Negro, nosotros empezamos a rescatar a la gente que estaba en sus oficinas, encerrados, sacamos

¹⁰⁶ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 4, folio 94.

por ahí grupos de a quince cada uno, el más numeroso era el de la biblioteca y en ese sitio duramos tres horas encerrados buscando salida debido a que los subversivos no nos dejaban salir, cuando tratábamos de abrir la puerta nos abrieron fuego, esto fue en el primer piso cerca de la biblioteca. La salida de ahí fue a las cinco y cinco, buscamos salida por la última puerta cerca de la escalera, se planeó la salida de grupos de dos personas, tocándose a mi hacer pareja con mi teniente VILLAMIZAR QUINTERO SERGIO, seguido por mi mayor FRACICA y mi capitán FRANCO, al coger la curva al segundo piso en la cual se encontraba una guerrillera de alias VIOLETA, la cual manejaba una ametralladora punto 50, nos hizo fuego matando al teniente VILLAMIZAR.”¹⁰⁷

El capitán de la Escuela de Caballería Roberto Vélez Bedoya, en declaración rendida el 29 de noviembre de 1985 ante el Juzgado Sexto de Instrucción Penal Militar, confirmó haber ingresado protegido por los vehículos artillados y luego de acceder a las oficinas del segundo piso, proceder a rescatar las personas que allí se encontraban, lugar de donde tuvo que salir por acción del incendio. Indicó que:

“...empezamos a informar al Comando de la Brigada el despeje de las oficinas y la cantidad de secuestrados que había en ellas, recibimos la orden de sacarlos hasta la casa del Florero, una vez despejado el primer piso subí por la parte de atrás de las oficinas del primer piso con un lazo y por el mismo, empezamos a bajar personal de empleados que se encontraban en las oficinas del segundo piso, los guerrilleros seguían disparando y nos aferraron en la tercera oficina del segundo piso del ala derecha y que da contra la carrera 7^a casi frente al Ley, allí ordené al personal de suboficiales disparar hacia el tercer piso de donde estaban disparando, ahí en ese edificio permanecimos mientras los tanques seguían disparando, pero cada vez se acentuaba más el tiroteo, ante la imposibilidad de salir y avanzar hacia el fondo ordené al personal quedarnos ahí en la oficina hasta que se pudiera salir. Los secuestrados, exactamente el Presidente de la Corte pedía a gritos que no dispararan...”¹⁰⁸

¹⁰⁷ Cuaderno original de Anexos de la Causa No 15, folios 142 y 143.

¹⁰⁸ Cuaderno original de Anexos de la Causa No 15, folios 102.

El subteniente de la Policía Nacional Wilson Aparicio Chacón, en la declaración rendida ante el Juzgado 30 de Instrucción Criminal el 10 de abril de 1986, aseveró que desembarcó sobre la terraza del Palacio de Justicia en el primer helicóptero entre 1:30 y 2:00 de la tarde, y luego de varias horas de intentar penetrar por las claraboyas mientras se combatía con los guerrilleros, lograron bajar al 4º piso por una escalera metálica pegada a la pared, hasta llegar a unos ascensores y allí encontraron unos costales con munición que habían abandonado los insurgentes, la que después fue utilizada para cargar sus propias armas. Agregó que, aún con la oscuridad, el humo y el calor que ya se sentía, desde ese sitio realizaron varias incursiones hasta lograr posicionarse en un salón grande ubicado en el recodo del pasillo, de dónde debieron salir sobre las 6:00 de la tarde por la cercanía del incendio y cuando se devolvían hacia los ascensores fue asesinado el Capitán Talero. Esto expresó el subteniente:

"Habíamos avanzado por todo el corredor, llegamos al primer recodo que era donde estaba la oficina que le digo, ahí nos quedamos y cuando nos íbamos a devolver, él salió primero y ahí fue cuando le dieron y quedó tendido en ese corredor largo...Allá llegó el Teniente ALDANA AVILA ORLANDO, el Subteniente BERMUDEZ, el CAPITAN TALERO y mi persona, de regreso fue que mataron a mi CAPITAN TALERO y a ALDANA le dieron un tiro en una pierna no me acuerdo en qué pierna, la posición era buena porque podíamos cubrir un poquito más pero quedamos allá metidos en esa oficina, pero las llamas ya empezaban a asediar y también tuvimos que salir por el calor...PREGUNTADO: Los morrales o costales que encontraron con munición eran corrientes o tenían algún emblema y estos fueron decomisados por ustedes. CONTESTO; eran unos costales de lona, le cabían aproximadamente de cinco mil a seis mil cartuchos, la munición que había era 7.62 y munición para M-16 o R-15, esa munición la sacamos a la azotea y nos sirvió para aprovisionarnos nosotros

*porque la 7.62, nos sirvió para aprovisionarnos porque le sirve al fusil GALIL que llevábamos*¹⁰⁹

El Capitán de la Escuela de Ingenieros del Ejército José Vicente Olarte González, en declaración rendida el 1 de abril de 1992 ante la Auditoria 20 de Guerra, manifestó que ingresó por la entrada principal del Palacio directamente hasta la terraza, junto con los capitanes Barreto y Reinoso, con el propósito de colocar cargas explosivas que permitieran abrir un cráter para que ingresaran las tropas al 4° piso, pero las cargas fueron insuficientes y sólo lograron abrir pequeños agujeros. Afirmó lo siguiente:

“El día 6 de noviembre yo entré al Palacio aproximadamente a las cuatro y media o cinco, me acuerdo que entré por la puerta principal pero por la escalera oriental, la carrera 7^a, el único nivel en el que estuve fue en la terraza porque yo subí derecho por ese lado, mi participación fue la de apoyar a la colocación de algunas cargas dirigidas de regular poder explosivo, estas cargas eran aproximadamente de 15 libras, no me acuerdo pero creo que fueron de 15 libras, se colocaron dos cargas, esto con el fin de abrir un cráter en la azotea por donde se pudiera ingresar otras tropas al último piso, al cuarto... quedé atrapado en el incendio y aproximadamente porque no puedo dar con seguridad la hora, entre doce y media y una de la mañana abandoné el palacio al igual que lo hicieron otras tantas personas por la carrera 8^a utilizando una escalera creo que de los bomberos ya que el resto del Palacio de Justicia estaba en llamas... PREGUNTADO: Sírvase decir si lograron cumplir el objetivo al que se ha referido, esto es abrir oquedades, utilizando cargas dirigidas a fin de que penetrara personal militar por ahí y accediera al 4° piso. CONTESTO: Esa era la finalidad y en la teoría estaba muy bien, pero resulta de que como no teníamos planos de la estructura de la obra ya que eso era hormigón o sea construcción de varilla y cemento concreto, entonces las cargas como eran tan pequeñas de 15 libras, si acaso alcanzaron a abrir un boquetico creo que aproximadamente unos diez centímetros, creo que cabía sólo la mano...”¹¹⁰

¹⁰⁹ Cuaderno original de Anexos de la Causa No 15, folios 62 y 63.

¹¹⁰ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 26, folios 19 y 21.

El general **Jesús Armando Arias Cabrales**, en la declaración por certificación jurada suscrita el 3 de diciembre de 1985, dirigida al Juzgado 60 de Instrucción Criminal, sintetizó la operación del día 6 de noviembre indicando que ordenó el ingreso de los vehículos artillados al Palacio de Justicia para garantizar la vida de los integrantes de la Fuerza Pública que lo hacían a pie, quienes una vez adentro de las instalaciones procedieron a liberar a los rehenes, operación que debió suspenderse en las horas de la noche por el incendio que alcanzó grandes proporciones. Negó que las Fuerzas Armadas hubieran utilizado armas tipo rocket pero señaló que los guerrilleros sí las usaron. Así lo consignó:

*"Una vez alcanzado el lugar por las tropas ordenadas, se procedió a penetrar en la edificación, bajo intenso fuego enemigo de armas automáticas, de granadas, de diversos explosivos; logrado el acceso, las Unidades iniciaron un metódico progreso de los pisos inferiores hacia arriba, tratando de poner a salvo las personas que en número elevado eran mantenidas secuestradas por los antisociales; esta operación, en su primera etapa, dio por resultado la liberación de cerca de 150 personas... La operación continuó hasta bien avanzada la noche, cuando se hizo imperioso evacuar el inmueble, pues el incendio había alcanzado grandes proporciones que ponían en peligro la vida del personal que se encontraba en el edificio... 25. No se dispararon "Rocket" fuera del palacio; hubo empleo de estas armas dentro de la edificación por parte de los subversivos, y se encontraron partes desechables de estos en las áreas que mantuvieron como lugares de resistencia..."*¹¹¹.

El 7 de noviembre de 1985.

El mayor Carlos Fracica Naranjo, en la declaración rendida ante el Juzgado Sexto de Instrucción Criminal el 3

¹¹¹ Cuaderno original de Anexos de la Causa No 15, folio 190 y 196.

de diciembre de 1985, afirmó que después de recibir la orden del Comandante de la Escuela de Artillería de salir para evitar lesiones por causa del incendio, fueron llamados los bomberos, quienes iniciaron su labor sobre las 10:00 de la noche del 6 de noviembre. Agregó que debía ingresar tan pronto las condiciones del incendio lo permitieran, por lo que sobre las 2 de la mañana del 7 de noviembre, junto con la compañía contraguerrilla llegó nuevamente hasta el tercer piso, en donde fue herido un oficial de la Escuela de Artillería y, como el incendio se avivó, fue autorizado para salir nuevamente del edificio, logrando hacerlo a las 3 de la mañana. Indicó que:

“A las seis de la mañana del día siete recibí la orden del Comando de la Escuela de nuevamente entrar al Palacio para efectuar un registro con una compañía fundamental, se inició el cumplimiento de la misión, se logró registrar el primer piso y nuevamente cuando intentamos pasar al segundo piso recibimos fuego de hostigamiento que nos impedía el acceso, con el segundo pelotón se registró el segundo piso y al llegar a la parte oriental se recibió gran volumen de fuego resultando herido un oficial de la Escuela, acto seguido se registró el tercer piso con otro pelotón y nuevamente se recibió fuego resultando herido un oficial de la unidad, aproximadamente a las diez de la mañana se recibió el apoyo de un pelotón del Guardia Presidencial con el cual se registró el cuarto piso y se logró rescatar algunos rehenes los cuales nos informaron la ubicación donde estaba el personal de asaltantes del Palacio...”¹¹².

Relató el mayor Fracica Naranjo que al contar con la ubicación de los asaltantes, iniciaron la aproximación desde el cuarto piso, con apoyo de personal que subía desde el primer piso y, poco a poco, fueron aproximándose al baño ubicado entre el tercero y cuarto piso.

¹¹² Cuaderno original de Anexos de la Causa No 11, folio 12.

"Recibíamos —dijo— siempre impedimento de continuar por las granadas y explosivos que lanzaban, aproximadamente a las doce y treinta y trece horas, se logró acercarnos bastante al sitio en donde ellos se encontraban, se logró rescatar a unas cuarenta personas y estando en esta acción se oyeron fuertes explosiones y disparos al interior de un baño ubicado entre el tercero y cuarto piso costado oriental del Palacio, con todas las medidas de protección se continuó el registro hasta llegar aproximadamente a las catorce y treinta horas al baño anteriormente mencionado, encontrar allí varios personal vestido de civil muertos y sus cuerpos vestían uniformes verdes con escudo donde tenía el emblema del M-19..."¹¹³

El capitán Roberto Vélez Bedoya, de la Escuela de Artillería, en declaración rendida ante el Juzgado Sexto de Instrucción Penal Militar el 29 de noviembre de 1985, afirmó que al final de la noche del 6 de noviembre el grupo que comandaba debió salir por medio de una escalera de los bomberos pues quedaron atrapados en el tercer piso. Indicó que a las 2:00 de la mañana recibió la orden de volver a entrar.

"Como a las dos de la mañana —agregó— empezaron a disparar los terroristas como del cuarto piso de la parte izquierda frente al Palacio, los tanques respondieron con fuego, recibi la orden del Comando de la Brigada de entrar con el grupo especial, por una escalera subí al tercer piso, cuando llegamos al segundo piso ya esta parte se había empezado a quemar también, o sea entrando por la puerta principal a mano derecha, frente a la Plaza de Bolívar, ahí entramos a unas oficinas y ordené lanzar unas granadas a unas oficinas, pero eso ya estaba lleno de humo y llamas, informé al Comandante de la Brigada que era imposible subir al cuarto piso puesto que ya el tercer piso estaba en llamas, y le ordené al personal regresar de nuevo a la Plaza de Bolívar, o sea salir del edificio, cuando salimos eran como las tres y media o cuatro de la madrugada del día 7 de noviembre".¹¹⁴

¹¹³ Cuaderno original de Anexos de la Causa No 11, folio 13.

¹¹⁴ Cuaderno original de Anexos de la Causa No 15, folio 102.

Indicó que a las cinco y media de la mañana recibió la orden de volver a entrar junto con el personal de otras unidades y los vehículos artillados, siendo recibidos, todavía en la oscuridad, por disparos que provenían del sótano y el primer piso y,

“...nosotros disparábamos, pero no veíamos nada, en esos momentos los tanques disparaban también, después recibí la orden de subir al tercer piso, pero ya en este piso había personal de soldados del Guardia Presidencial. En ese tercer piso permanecí hasta que se empezó a hablar con los terroristas de que soltaran a los rehenes, primero las damas y luego los señores y luego los terroristas, unos contestaban que subiéramos por ellos y entre tanto se seguía disparando. No recuerdo la hora pero como a la una de la tarde empezaron a salir los rehenes que se encontraban en el mezanine entre el tercero y el cuarto piso, después ya se siguió disparando hasta que ya se dejó de disparar y subimos hasta el mezanine en donde ya se encontraban los cadáveres de los terroristas”.¹¹⁵

Roberto Trujillo Navarro, capitán del Batallón Guardia Presidencial, en declaración rendida el 28 de noviembre de 1985 ante el Juzgado 6° de Instrucción Penal Militar, afirmó que el 7 de noviembre ingresó con un pelotón hasta el 4° piso, en donde recibió la orden directa del general **Jesús Armando Arias Cabrales** de liberar a unos rehenes que mantenían los guerrilleros en un baño ubicado entre el 3° y 4° piso, por lo que se dirigió al sitio, y sobre el medio día se produjo la liberación de los rehenes, luego de lo cual escuchó disparos al interior del baño y al ingresar observó una gran cantidad de personas fallecidas. Refirió:

“Una vez allí me dirigí hacia el occidente hasta alcanzar una pared que me sirvió de protección, al otro lado de la pared se

¹¹⁵ Cuaderno original de Anexos de la Causa No 15, folio 103.

encontraban unos ascensores y después de estos una escalera en donde estaban los bandoleros dándonos fuego, desde una esquina se lanzaron dos o tres granadas, pasó el tiempo, no se decir cuánto, hasta que logramos medio hablar a gritos con los bandoleros donde les decíamos que salieran con las manos en alto y se les respetaría la vida. Aclaro que en el repliegue de estos bandoleros habían llegado hasta un baño que se encontraba entre el cuarto y el tercer piso donde tenían varios secuestrados. La respuesta a nuestro llamado fue "de aquí no salimos, tenemos suficientes municiones y armas para acabar con todos ustedes", les dijimos suelten a los secuestrados que salgan con las manos en alto y hablamos después, en este ir y venir llegaron las 11:30 o 12:00 horas, poco más o menos a esta hora se lograron rescatar unos secuestrados que salieron por el tercero y cuarto piso, en su mayoría mujeres que salieron descalzas y con la ayuda de los soldados fueron bajadas hasta el primer piso, cuando ya no salía más gente seguían disparando contra nosotros, después de un rato no se escuchó más disparos y se pudo entrar a ese baño, estaba muy oscuro, pero pude ver gran cantidad de muertos"¹¹⁶.

El sargento segundo Ariel Grajales Bastidas de la Escuela de Artillería, en declaración rendida el 28 de noviembre de 1985 ante el Juzgado 6° de Instrucción Penal Militar, confirmó el relato realizado por el Capitán Trujillo Navarro, pero señaló que los guerrilleros se habían suicidado.

"Al terminar la operación —dijo—, yo me encontraba a la entrada de los baños del segundo piso en donde estaban los guerrilleros muertos, ahí cerca estaba mi mayor FRACICA y los soldados; en esos baños había más o menos unos dieciocho hombres muertos, según se dijo la mayoría de ellos tenían impactos en la cabeza y la cara, se dijo que se habían auto eliminado. En uno de los baños se escuchó la voz de una persona al parecer un hombre que se quejaba y ante esta situación se le pidió que saliera y como respuesta se escucharon detonaciones que provenían de la parte interna del baño donde se encontraban los guerrilleros, haciendo presumir que se estaban auto eliminando"¹¹⁷.

¹¹⁶ Cuaderno original de Anexos de la Causa No 15, folio 90.

¹¹⁷ Cuaderno original de Anexos de la Causa No 15, folio 93.

El general (r) **Jesús Armando Arias Cabrales**, en la declaración juramentada del 3 de diciembre de 1985 antes referida, confirmó que el Ejército ingresó nuevamente a las 2 de la mañana, pero debieron salir por el incendio y, con el fin de disipar el humo acumulado en el 4º piso y disuadir a los asaltantes, ordenó realizar 3 disparos de cañón de los vehículos artillados Cascabel sobre la fachada del Palacio. Agregó que:

"A las 06:00 del día 7 se penetró por tercera vez al Palacio, iniciando el control sucesivo de los pisos y rescatando paulatinamente grupos significativos de secuestrados, hasta alcanzar el número cercano a 215. Se persistió a viva voz para que los asaltantes suspendieran su hostilidad, entregaran a los secuestrados y se colocaran ellos mismos bajo la protección de las autoridades; la respuesta continuó siendo negativa, acompañada de disparos... Mediando la tarde del 7 de noviembre cesó la agresión del grupo sedicioso. Se practicó una inspección al inmueble en busca de secuestrados y para auxiliar heridos, encontrando sólo cadáveres, armamento, explosivos y otros equipos utilizados por los subversivos; los cuerpos se entregaron a la Policía para los trámites de rigor... 6. El empleo del cañón de uno de los vehículos "Cascabel" en trayectoria hacia el ala sur-occidental del edificio, que hizo impacto en el muro en donde se conocía de antemano que no corrían peligro vidas humanas, tuvo como objeto abrir una brecha que facilitara el escape de una gran cantidad de humo y gases acumulados en ese sector del Palacio, así como para intimidar a los asaltantes e inducirlos a la liberación de los secuestrados y al cese de su acción delictiva"¹¹⁸.

La auxiliar de servicios generales del Ministerio de Justicia Magallis María Arévalo Mejía, en la declaración rendida el 9 de diciembre de 1985 ante el Juzgado 30 de Instrucción Criminal, afirmó haber sido una de las primeras personas que los guerrilleros subieron hacia el 4º piso, lugar

¹¹⁸ Cuaderno original de Anexos de la Causa No 15, folio 191 y 192.

en donde pudo presenciar cómo hicieron rehén al Magistrado Manuel Gaona Cruz, al Secretario de la Sala Constitucional Ricardo Correal y al citador de esa misma Sala, y además, cómo en vano los guerrilleros intentaron que saliera de la oficina el Magistrado Ricardo Medina Moyano. Aseveró que los guerrilleros disparaban hacia las oficinas del 4º piso, como también disparaban hacia el mismo sitio personas ubicadas en los edificios del frente, sobre la Carrera 8^a. Agregó que fueron conducidos hacia el baño ubicado entre el tercer y cuarto piso, sitio al cual los guerrilleros continuaron trasladando personas durante todo el resto del día, entre quienes aparecieron inicialmente los conductores Reyna y Ortiz y

“...siguieron llegando rehenes, entre ellos el Dr. QUIÑONEZ con las tres secretarías que él tiene Doña HILDA, MARIELA y DOÑA HELENA, y a ellos los traía una muchacha que se me hizo conocida, que yo la había visto antes en la Corte y yo pensaba que era estudiante como todos los estudiantes que iban allá a investigar, pero esa muchacha llevaba un revólver, yo tan pronto la vi ella también quedó mirándome, como que me reconoció y yo hasta pensé que me iba a disparar, porque al principio no creía que era guerrillera hasta le comenté a Nelfi mi compañera que a lo mejor era que la habían cogido también de rehén a la china y le comenté que yo la había visto en la biblioteca, ya después fue que la vi con el grupo de guerrilleros y como la vi armada y después también se puso careta como los otros, supe que era guerrillera... como a las dos y media de la tarde ya, en esas llegó un guerrillero que traía a las muchachas de serviaseo, las que hacían el aseo allá, eran como seis muchachas... así pasó el tiempo tal vez como hasta las siete y media y fue cuando entraron más rehenes, entre ellos el Dr. MURCIA BALLEN, el Dr. TAPIAS y el doctor MONTOYA GIL con sus secretarías y después si ya entró el Dr. NEMESIO CAMACHO con su secretaria y una señora JEANNETH que era del tercer piso, no sé con quién trabajaba. Entonces el Dr. NEMESIO CAMACHO fue el que informó que había un incendio en el cuarto piso hacia el costado de la Plaza de Bolívar por el costado de las oficinas del Dr. REYES

*y fue cuando se encontró con el Dr. GAONA y se abrazaron y dijeron que "parece que somos los únicos que quedamos..."*¹¹⁹

Magallis Arévalo dijo que ayudó a varias funcionarias que presentaban crisis nerviosas como también a los guerrilleros heridos, durante los desplazamientos que se hicieron en la noche y la madrugada intentando eludir el incendio, para pasar del baño ubicado entre el tercero y cuarto piso al localizado entre el segundo y el tercer piso y, en la madrugada, de éste último de nuevo al localizado entre el tercero y cuarto piso. Señaló que allí estaban cerca de 70 personas incluidos los guerrilleros, entre los que se encontraban Alfonso Jacquin, herido en una pierna, Andrés Almarales, otros jóvenes y las 3 mujeres, incluida la joven que creía era universitaria y había visto desde varios meses atrás en las instalaciones de la Corte. Manifestó:

*"...ya después fue cuando nos salimos de ese baño que era el de las mujeres y nos metimos al de los hombres que fue donde terminamos todos... Ya después en ese baño fue cuando nos reunimos todos nuevamente, y en ese momento fue cuando un muchacho el que yo había confundido con el tal ANDRÉS prendió un radio y nos dejó ahí oír un poquito y lo único que oímos fue que el Presidente había ordenado que entrara el Ejército porque la Policía había informado que ya no había ningún rehén y en ese momento fue la angustia de todos porque pensábamos que ya iban a entrar ahí. Alguien dijo que no había ninguna emisora transmitiendo eso, porque lo que estaban transmitiendo era un partido de futbol y el Dr. GAONA todo angustiado dijo "pero eso es el colmo" y dijo que así era este pueblo que todo lo que estaba pasando ahí en el Palacio y que se preocupaban por transmitir un partido de futbol..."*¹²⁰

¹¹⁹ Cuaderno original de Anexos de la Causa No 15, folios 3 y 4.

¹²⁰ Cuaderno original de Anexos de la Causa No 15, folio 6.

Alba Inés Rodríguez Chaparro, auxiliar judicial del Consejo de Estado, en declaración del 20 de diciembre de 1985 ante el Juzgado 30 de Instrucción Criminal, manifestó que en la tarde del 6 de noviembre permaneció en la oficina con su jefe, el Consejero de Estado Reynaldo Arciniegas, Luz del Carmen Murillo y el magistrado auxiliar José Alberto Roldán, y en la oficina de al lado lo hacían el Consejero de Estado Samuel Buitrago con su secretaria y un magistrado auxiliar de apellido Zuluaga. Agregó que ante la dimensión del incendio tomaron la decisión de salir y cuando se dirigían hacia los baños fueron sorprendidos por guerrilleros, quienes inicialmente los llevaron a un cuarto de aseo y de allí al baño, en el cual ya se encontraba Sofía de Arenas y una magistrada auxiliar de cuyo nombre no se acuerda. Esto expresó:

“...nos estuvimos otro ratico ahí cuando volvimos a oír más bullicio y no se en qué momento de una fuerza logramos abrir la puerta, ahí el humo era tan desesperante que nos obligó a meternos al cuarto nuevamente, en ese momento entraron a la Dra. AIDEE ANZOLA y un guerrillero más que iba herido también, ahí continuamos tomando agua de las llaves. Ya después siempre fue que logramos abandonar ese cuarto, nos llevaron al sitio que queda entre el primero y segundo piso, ahí sacaron a todo el mundo porque relativamente en esa parte ya podíamos respirar, ahí nos tuvieron un rato más o menos largo, ahí por ejemplo en esa parte yo alcance a estar parada en la escalera que da del primero al segundo piso, yo casi llego al primer piso, bajé un buen pedazo íbamos con AURITA DE NAVARRETE y con un conductor de apellido GARCIA, que ambos murieron; al conductor le dije que por qué no nos volábamos, que con la manguera nos podíamos defender por la presión tan fuerte del agua, pero los mismos compañeros que estaban arriba en la escalera, les dio angustia y nos dijeron que para dónde íbamos...”¹²¹.

¹²¹ Cuaderno original de Anexos de la Causa No 15, folio 16.

Aseveró que rato después retornaron al baño de los hombres ubicado entre el tercero y cuarto piso, en donde fueron encerrados y debieron organizarse de a nueve o diez personas por sanitario y hasta debajo de los lavamanos, pues en la parte superior de los mismos se encontraban los guerrilleros heridos.

*“...los guerrilleros entraban y salían —señaló la testigo— porque ellos llegaban como a descansar y a que les cargaran las armas, había momentos en que nos dejaban completamente a oscuras porque ellos querían descansar, que permaneciéramos en silencio, eso decían y que para que no nos ubicaran, incluso no dejaban soltar el agua de las cisternas. ALMARALES pienso yo que llegó fue a la madrugada, porque llegó con un grupo de ellos, varios, eran unos que no había visto yo; en esos momentos uno de ellos traía un radio muy pequeño que encendió y descubrimos, que de acuerdo a las noticias, que en el Palacio de Justicia no quedaba ningún rehén; en esos momentos nos angustiamos todos más de lo que estábamos, hablaron los magistrados entre sí en voz alta diciendo que teníamos que hacer llegar algún mensaje para que afuera se enteraran que había un grupo grande de rehenes”.*¹²²

Afirmó que por orden de Andrés Almarales, los Magistrados y varios funcionarios salían a la puerta a gritar su nombre y a solicitar que cesara el fuego y se permitiera el ingreso de la Cruz Roja y la Comisión de Paz. Señaló que el Magistrado Manuel Gaona intentó que un guerrillero llamara al Ministro de Defensa con el fin de poder hablar con él, pero éste salió y regresó con la noticia de que no había ningún teléfono que sirviera, por lo que le solicitaron a Andrés Almarales que dejara salir a un Magistrado y el que se ofreció fue su jefe Reynaldo Arciniegas.

¹²² Cuaderno original de Anexos de la Causa No 15, folio 18.

Relató que rato después de la salida del Consejero de Estado llegaron más guerrilleros, algunos de los cuales se encontraban heridos. Andrés Almarales ordenó que se formaran adelante los Magistrados y atrás los demás, cuando, de un momento a otro, empezó a oír ruidos sobre las paredes del baño:

“como yo había visto el peligro por el ruido que había oido en la pared me quité de ahí y me hice a la pura entrada junto al muro...ya estando ubicada junto al muro, fue cuando vi que salió la Dra. Aidee de un inodoro y habló, ella estaba hablando cuando se sintió una bomba que fue terrible, por eso es que la veo por encima de nosotros a velocidad terrible y se metió otra vez donde estaba. Después fue el momento más cruel para todo el mundo porque se oyeron estruendos terribles y disparos, yo sentí una cosa terrible en mi espalda, me vino sangre por la boca, cerré los ojos y pensé o me analicé si me podía mover o no, me di cuenta que sí y en esos momentos mi mirada se dirigió en general a mis compañeros que tenía al frente y al toallero porque yo estaba de medio lado, vi que en el sitio donde estaba el toallero había un boquete y salía humo de color azul...Al mismo tiempo que vi el hueco en la pared, vi a las personas que estaban en la misma línea con la diferencia que ellos sí estaban de frente hacia los guerrilleros y yo de lado; también de medio lado había una persona que estaba muerta o mal herida, en todo caso no se movió, no supe quién era; después de esa persona, no sé si habían más personas, estaba el doctor GAONA muerto, al parecer al caer hacia atrás tapó a algunas de las personas, y enseguida estaba LUZ ESTELLA que también estaba muerta...”¹²³.

Indicó que en esos momentos Andrés Almarales gritó que se botaran al suelo y salieran arrastrándose, por lo que ella así lo hizo y se impulsó hacia las escaleras en donde se encontró con el Magistrado Murcia Ballén, quien también lo hacia y como pudo, luego de haberles gritado a los soldados, se levantó y subió al 4º piso con las manos en la nuca, en donde fue auxiliada y bajada hasta la calle y, al identificarse

¹²³ Cuaderno original de Anexos de la Causa No 15, folio 20.

y entregar su cédula, fue enviada en una ambulancia hasta la Caja Nacional.

El magistrado auxiliar del Consejo de Estado José Gabriel Salom Beltrán, en declaración rendida el 12 de marzo de 1986 ante la Procuraduría Delegada para la Policía Judicial, indicó que al iniciarse el asalto se encontraba con los abogados asistentes del Consejo de Estado Carlos Urán, Luz Stella Bernal y Víctor Manuel Estupiñan y las secretarias Paulina Caballero y Bertha León, con quienes permaneció encerrado en las oficinas ubicadas en el tercer piso, sitio de donde salieron a las diez de la noche por causa del incendio y al dirigirse hacia los baños, fueron retenidos por los guerrilleros. Agregó que el 7 de noviembre, sobre las once y media o doce del día, fueron reacomodados por los guerrilleros posicionando al frente los Magistrados, y

“...acto seguido los guerrilleros se apostaron frente a nosotros apuntándonos con sus ametralladoras...Al poco tiempo y mientras se escuchaba incesantemente el estallido de bombas se produjo la caída del toallero que estaba a mi costado derecho y que quedó a pocos centímetros de mis pies. En ese instante los guerrilleros empezaron a disparar contra nosotros, tal vez por el susto que produjo el impacto y por una pequeña abertura de unos veinte o veinticinco centímetros de largo por diez de ancho que se abrió en el sitio en donde estaba colocado el mencionado toallero. En ese momento sentí que grandes cantidades de lo que yo inicialmente denominé como bala, habían ingresado a mi pierna y glúteo derecho. Al poco tiempo, la misma persona a quien he señalado con un hablado costeño muy singular, me tomó de los cabellos y junto con el doctor Gaona nos hizo colocarnos frente al orificio mencionado, permaneciendo sentados. Posteriormente me hizo coger de la mano con el doctor Gaona y nos sacó sentados fuera del baño y apuntándonos este y otros guerrilleros con revólveres. Al llegar al rincón nos manifestaron que siguiéramos avanzando en la misma posición hacia el sitio donde existía fuego cruzado, circunstancia que implicó que el doctor Gaona suplicara una vez

más que lo que se iba a cometer era un asesinato y ellos respondieron que ellos no nos iban a matar, sino que era el ejército y necesitaban nuestros cadáveres para arrojarlos para que cesaran el fuego. El doctor Gaona se negó a moverse del sitio y en ese momento, atendiendo la orden creo al parecer de Almarales, procedieron a abrir fuego contra nosotros a una distancia de unos 30 centímetros. Sentí un fuerte golpe en el hombro izquierdo, producido por la cabeza del doctor Horacio Montoya Gil quien al parecer venía detrás de mí, para posteriormente recibir otro tremendo golpe en la cabeza producido esta vez por la del doctor Manuel Gaona Cruz quien empezó a emanar abundante sangre sobre mi rostro y también ahí fue cuando sentí, ahora sí, los verdaderos impactos de bala en las piernas y en el brazo que fueron los sitios que no pudo protegerme el cuerpo del doctor Gaona, es decir, yo permanecí debajo del doctor Gaona desangrándose por espacio de unos 45 minutos, sin sentir las piernas, hasta que ordenaron que quitaran los cadáveres y los arrojaran al lado de las escaleras, por orden de los guerrilleros, quedando esta vez en posición invertida a la descrita anteriormente, es decir encima del doctor Gaona quien para esa época ya se encontraba bastante frío.”¹²⁴

Relató que se hizo el muerto, pero sintió cuando el Magistrado Murcia Ballén paso por encima suyo en varias oportunidades, también arrastrándose y tratando de salir de ese sitio. Agregó que como pudo se arrastró hasta un lugar en que fue halado por dos manos hacia los ascensores, en donde le colocaron 3 o 4 ametralladoras en la cabeza mientras le decían “pestañé, hijueputa, pestañé” y, ante su manifestación de que era un funcionario del Consejo de Estado e identificarse con los documentos que tenía en el bolsillo izquierdo de su saco, fue auxiliado y sacado del Palacio hacia un centro asistencial.

El Consejero de Estado Samuel Buitrago Hurtado, en la declaración juramentada suscrita el 20 de noviembre de

¹²⁴ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 59, folios 8 y 10.

1985 ya mencionada, indicó que en la madrugada del 7 de noviembre se enteraron que el Ejército realizarían una operación “Rastrillo”, al considerar que ya quedaban en manos de los guerrilleros uno pocos rehenes, lo que los motivó a salir hasta la puerta del baño, por turnos, a gritarle a los integrantes de la Fuerza Pública que allí habían más de 60 rehenes y pedir la intervención de la Cruz Roja.

*“A eso de las cuatro de la mañana —expresó el Magistrado— por un radio receptor del señor Almarales escuchamos la información de que en el Palacio únicamente quedaban cinco rehenes y que más tarde el Ejército iniciaría la operación “rastrillo”. Esto nos preocupó bastante y entonces de común acuerdo resolvimos en grupo y para información del mismo Ejército corear estas frases: “Señores del Ejército por favor no disparen, no disparen, somos los rehenes en número superior a los sesenta; queremos dialogar con ustedes, por favor envíen la Cruz Roja ya que tenemos heridos; por favor respondan. Estas y similares frases coreamos fuertemente por repetidas ocasiones hasta que nos respondieron que podíamos salir los rehenes con pañuelos blancos y las manos en alto. Tal propuesta no fue aceptada por los subversivos quienes sólo autorizaban el descenso de uno de nosotros. Luego se acentuó el abaleo y se generalizaron los disparos de armamentos pesados que retumbaban en todo el edificio.”*¹²⁵

Afirmó que varias personas se ofrecieron para bajar a hablar con el Ejército, pero ni la guerrilla ni los rehenes consideraron que era prudente, aunque, rato después, cuando se ofreció el Consejero de Estado Reynaldo Arciniegas cambiaron de opinión. Agregó que éste salió con las manos en alto y una camisa blanca en sus manos que le había sido suministrada por su colega Hernando Tapias Rocha,

“y no volvimos a tener noticias de él. Pasaban las horas y el ataque al sitio se intensificaba. Todos estábamos seguros de que de allí no saldríamos vivos. Llegaron los momentos finales, cuando

¹²⁵ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 28, folio 110.

entre nosotros el nerviosismo, aunque conservando la calma y claramente se apreciaba buena dosis de angustia entre la guerrilla que hacia las doce del día ya mostraba desespero fuera de que se hacia ostensible el agotamiento de su munición. Hacia las dos de la tarde la situación había empeorado al máximo. Los guerrilleros nos habían colocado a los Magistrados al frente del grupo con miras, según alguno de ellos lo manifestó, de empezar a sacrificarnos uno a uno si el Ejército no cesaba su ataque. Observé que dos de las guerrilleras se despojaron de sus uniformes y vistieron prendas civiles, se mezclaron con nosotros y una de ellas mostraba exceso de nerviosismo ante la masacre que según ella se avecinaba. Posteriormente el Ejército con sus armas abrió una tronera por la pared vecina a los lavamanos y por allí hubo intenso fuego que provocó bajas entre los rehenes y la estampida nuestra, como también de subversivos, hacia la parte posterior de los baños. Alguien gritó que salieran los rehenes y fue entonces cuando el Dr. Manuel Gaona Cruz se paró y emprendió carrera en medio de la balacera con dirección a la puerta de salida y allí cayó abatido por las balas, como también el Dr. Carlos Horacio Urdán que salió detrás de él. La Dra. Luz Estela Ramos, magistrada auxiliar del Consejo se incorporó con el ánimo de pedir de nuevo cese al fuego y una bala la derribó.”¹²⁶

Señaló finalmente que los disparos cesaron por un momento y el Ejército ordenó que salieran las mujeres, lo que fue permitido por Andrés Almarales, pero después “se presentó otro nutrido cruce de disparos”. Agregó que los guerrilleros estaban desmoralizados y se mezclaron con los rehenes y, al escuchar la orden de que salieran los heridos, Almarales permitió que todos salieran garantizándole al doctor Nemesio Camacho que no les dispararían por la espalda. Indicó que bajó por las escaleras en las que había varios cadáveres y, al llegar al primer piso, fue auxiliado por los soldados y después llevado en una ambulancia hasta el hospital militar.

¹²⁶ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 28, folios 111 y 112.

En la declaración jurada suscrita el 27 de marzo de 1992 dirigida a la Auditoria Auxiliar 20 de Guerra, el Consejero de Estado Reynaldo Arciniegas Baedecker se ratificó de la realizada el 12 de diciembre de 1985 con destino al Procurador Delegado para la Policía Nacional, y señaló desconocer las causas por las cuales los guerrilleros, cuando se encontraba cautivo en el baño el 7 de noviembre de 1985, aceptaron su ofrecimiento de bajar a hablar con el Ejército. Aseveró que su misión era llevar un mensaje de los rehenes orientado a salvar su vida, intentando que se suspendiera la "Operación Rastrillo" y solicitando la intervención de la Cruz Roja. El siguiente es su relato:

*...El mensaje fue verbal y así fue transmitido al señor General **Jesús Armando Arias Cabrales** al llegar al primer piso del edificio. e.-Trasmitido el mensaje, supliqué al General Arias Cabrales y al Grupo de Oficiales del Ejército y Policía que estaban con él que no fueran a aplicar la operación "rastrillo" porque había muchos rehenes en el baño. Fui llevado a la Casa del Florero y allí interrogado largamente sobre la situación de los guerrilleros y de los rehenes. Tenía el espíritu muy conturbado, como es de suponer, pero los Oficiales y funcionarios de los Cuerpos Secretos que me interrogaron fueron muy comprensivos. f.-No solicité hablar con el Presidente de la República porque no era ese el objeto de mi salida sino el de informar a la tropa que había rehenes arriba y que no era cierta la información radial transmitida por CARACOL de que los rehenes habían sido evacuados en su totalidad y que se había dispuesto la operación rastrillo por parte de las Fuerzas del Orden. g.-Ciertamente manifesté mi deseo de hablar con el General VEGA TORRES, entonces Secretario General del Ministerio de Defensa, con el propósito de suplicarle que hiciera suspender la operación rastrillo y que hiciera algo para salvar a los rehenes. El atendió mi llamada telefónica y, advirtiendo mi terrible angustia, me tranquilizó con palabras muy cordiales y mesuradas asegurándome que todo saldría bien... Si bien no resulta fácil recordar detalles de una situación tan traumática, sí recuerdo haber informado al*

General (r) Arias Cabrales la ubicación de los rehenes o los demás aspectos sobre los que se me interrogó.”¹²⁷

Carlos Eduardo Martínez Sáenz, Director de Socorro Nacional, declaró el 20 de noviembre de 1985 ante la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional que, sobre las 10:30 de la mañana del 7 de noviembre fue citado a la Presidencia de la República, lugar en el que se encontraba reunido el Presidente con el Consejo de Ministros, quienes le encargaron la misión de llevar un mensaje a los guerrilleros y un radio de comunicación que le entregaría la Ministra de Comunicaciones. Aseveró que:

“Esto tomó un tiempo mientras corregían el documento para la aprobación del Señor Presidente y esperaba la señora Ministra que le llevaran los equipos de comunicación. En vista de que el tiempo se prolongaba y estos no llegaban, me entregaron un documento que no leí pero que se me dijo que contenía las palabras trasmítidas la noche anterior por el Señor Presidente en las cuales ofrecía a los ocupantes del Palacio de Justicia la garantía de sus vidas, el adelantamiento de una investigación judicial como lo ordena la ley con todas las garantías procesales a cambio de dejar en libertad al personal retenido en el Palacio. Y me trasladé inmediatamente al Comando Operativo de las Fuerzas Armadas localizado en el Museo del 20 de julio, Casa del Florero, en donde tomé contacto con el comandante de las operaciones Coronel ALFONSO PLAZAS, quien se hallaba en compañía en ese momento de un grupo grande de oficiales y del general VARGAS, Comandante de la División Policía Bogotá. Antes del ingreso a este sitio, en la esquina de la calle 11 con carrera 6^a, me fueron entregados dos equipos de comunicaciones...”¹²⁸

Relató que fue recibido amablemente y cuando les informó sobre su misión, le indicaron que el Comandante de

¹²⁷ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 26, Folios 51 y 52

¹²⁸ Cuaderno original de Anexos de la Causa No 10, folio 32.

la Brigada le solicitaba esperar para poder ingresar por cuanto se llevaban a cabo combates intensos, y que tan pronto fuera posible autorizaría el ingreso. Agregó que en dicho lugar permaneció “mucho tiempo” a tal punto que pudo colaborar en el reconocimiento médico de algunas personas que conformaban un grupo grande que salió del Palacio, entre los que se encontraban los magistrados Nemesio Camacho y Humberto Murcia Ballén. Señaló que finalmente fue autorizado, por lo que en compañía del general Vargas y el Coronel Plazas Vega y de 5 socorristas inició el recorrido hasta la puerta del Palacio, en donde los dos oficiales lo dejaron indicándole que el ingreso desde allí sería de su plena responsabilidad. Aseveró que trató de utilizar el megáfono, pero el ruido era intenso:

*“Alcancé a oír una carcajada e inmediatamente después una ráfaga, posiblemente de ametralladora que nos obligó a ocultarnos contra la pared de la escalera que por el lado izquierdo de la puerta conduce a los pisos superiores. Sabía que el general **Arias** comandante de la Décimo Tercera Brigada se hallaba en el tercer piso y por esta escalera, absolutamente a oscuras y sin luz de ninguna naturaleza llegué o llegamos a ese piso en donde efectivamente estaba el comandante **Arias**, le expliqué cuál era el objetivo de mi misión dentro del más tremendo ruido de combate que se desarrollaba en el cuarto piso, no veíamos nada que se moviera arriba pero si sentíamos el continuo disparar de armas, traté nuevamente de utilizar el megáfono y agitar la bandera, recibimos una descarga que nos obligó al general, al grupo de socorristas, a guarecernos en esta escalera entre el segundo y tercer piso. Súbitamente oímos una explosión fuerte, minutos después cesó el fuego y vimos descender un grupo grande de soldados, quienes dieron parte al General de haber cumplido la misión encomendada a ellos. Comprendí que mi misión había fallado desde todo punto de vista, me invitó el general **Arias** a reconocer el área del cuarto piso pero comprendí que no tenía objeto...”¹²⁹*

¹²⁹ Cuaderno original de Anexos de la Causa No 10, folio 33.

El capitán de la Escuela de Artillería Rafael Mejía Roa, en declaración rendida el 3 de diciembre de 1985 ante el Juzgado 6º de Instrucción Penal Militar, sobre estos últimos momentos indicó que mediante el asedio de las tropas se logró la liberación de un grupo importante de rehenes y que los asaltantes se suicidaron:

“...ya por el acoso de las tropas, tanto del cuarto como del tercer piso se logró el rescate de aproximadamente unos veinticinco o treinta rehenes en su mayoría mujeres, quienes salieron en un estado tan lamentable e impresionante, varios de ellos nos manifestaron que ya prácticamente quedaban de tres a cinco guerrilleros con vida, unos de ellos gravemente heridos y en un estado de desesperación, ya cuando logramos acercarnos al sitio en donde ellos se encontraban escuchamos varios disparos de arma corta donde al parecer ellos al verse totalmente perdidos se suicidaron, eran aproximadamente las 14:30 horas cuando sucedieron estos hechos, donde logramos entrar al sector de los baños donde encontramos alrededor de diez a quince guerrilleros totalmente muertos, también se encontraban allí aproximadamente unos cinco civiles, entre ellos unas dos mujeres y sus cuerpos estaban sin vida, acto seguido recibí la orden del Comandante de la Brigada de concentrar totalmente la Batería, sacar todo el personal militar y de la Policía Nacional que allí se encontraba, proceder a recoger todos los muertos de los diferentes pisos, bajarlos al primer piso donde allí se encontraba la Policía Judicial realizando el procedimiento de rigor, siendo ya las 18.30 horas y prácticamente concluida la labor de la Policía Judicial, la Batería abandonó el Palacio y nos dirigimos a la Escuela de Artillería.”¹³⁰

El general **Jesús Armando Arias Cabrales**, en la declaración por certificación jurada del 15 de enero de 1987 dirigida al Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, indicó que la Policía Nacional se hizo cargo del lugar de los hechos, procedió al levantamiento de los cadáveres y a brindar la seguridad del Palacio de Justicia. Así lo dejó consignado:

¹³⁰ Cuaderno original de Anexos de la Causa No 15, folio 77.

“...9.- Al concluir el rescate de las personas secuestradas, el 7 de noviembre, y cesar toda resistencia armada por el grupo de antisociales que había irrumpido violentamente en el Palacio de Justicia, se dispuso el retiro de las tropas del recinto, cediendo su control total a la Policía Nacional, la cual procedió a partir de ese momento, con sus elementos propios (Policía Judicial), a practicar el levantamiento de los cadáveres y la recolección de los cuerpos incinerados que en número considerable habían sido encontrados en el cuarto piso del inmueble. Esta labor, así como la identificación, evacuación y demás actividades subsiguientes de rigor, fueron continuadas por elementos de la Policía Nacional y Medicina Legal, en lo cual ninguna injerencia tuvo la Brigada.”¹³¹

En el informe de los técnicos de Medicina Legal que acompañaron la diligencia de inspección judicial con reconstrucción de los hechos realizada por el Juzgado 77 de Instrucción Criminal, se consignó la dificultad investigativa en razón a que los cadáveres fueron removidos de su sitio antes de realizar los levantamientos. Así quedó establecido:

“Deseamos agregar que desde un principio las labores de investigación en este caso han sido bastante difíciles por cuanto los levantamientos de los cadáveres carecieron en este caso de todo criterio técnico y científico al mover los cuerpos del lugar exacto de los hechos, al retirar las prendas y no embalarlas adecuadamente, sino que por el contrario fueron mezcladas y posteriormente enviadas en un camión aparte aquí a las instalaciones del instituto, lo que hizo que fuera más difícil la labor de identificación de los cadáveres. Además, durante los mencionados levantamientos se recogieron en bolsas plásticas, en forma indiscriminada, restos calcinados correspondientes a diferentes personas...Transcurridos cuatro meses de la toma del Palacio, se hace una inspección judicial al lugar de los hechos, después de que habían hecho limpieza general de las instalaciones del Palacio, alterando todo tipo de evidencias tan importantes en esta clase de investigaciones.”¹³²

¹³¹ Cuaderno original 4 Inspección Procuraduría, folio 257. La misma certificación aparece en el cuaderno original 1 Inspección Procuraduría, folio 98.

¹³² Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 51, folio 281.

Luego de describir la ubicación de los baños en donde se desarrollaron los últimos acontecimientos del 7 de noviembre dentro del Palacio de Justicia, así como la estructura y la destrucción observada durante la diligencia de inspección judicial en ese sector, el informe concluyó que fueron utilizados múltiples explosivos para romper las paredes y el techo, y no puede descartarse la utilización de armas tipo rocket o granadas de 90 mm del vehículo artillado "Cascabel".

*"Es de anotar —reza el informe— que para que se produjera el agujero sobre la pared nororiental del mencionado baño, fue necesario destruir la segunda pared limitante del ducto de ventilación. Igualmente durante la diligencia de inspección judicial se observó que las paredes del 1°, 3° y 4° piso habían sido destruidas, notándose que los daños en los entrepisos 3° y 4° eran de gran magnitud y en los cuales, tanto las paredes nororientales como limitantes del ducto de ventilación y parte de la pared del baño del 4° piso, fueron demolidas muy probablemente por explosivos plásticos y dinamita, los cuales tienen un alto poder explosivo y rompedor... Es posible que una vez activado el explosivo plástico sobre la zona descrita produciéndose demolición parcial de la pared limitante, se realicen disparos posteriores con rockets "Cohete A-T-M72A2" o en su defecto con granadas de cañón de 90 mm. disparadas por los tanques Cascabel, proyectiles que contienen cargas huecas de alto poder explosivo y rompedor, descargas que producen destrucción inicial sobre la pared limitante y secundarias sobre la pared nororiental del baño, las cuales produjeron el agujero en el boquete con proyección de fragmentos metálicos hacia el interior del baño, provenientes del revestimiento metálico del proyectil, los cuales pudieron producir lesiones a las personas que allí se encontraban, a la vez que produce desempotramiento y propulsión del toallero hacia la parte interior, costado noroccidental del baño."*¹³³

¹³³ *Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 51, folio 272.*

La Casa Museo del 20 de Julio o Casa del Florero.

En certificación jurada del 27 de noviembre de 1987, dirigida al Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, el general **Jesús Armando Arias Cabrales** indicó que en la Casa del Florero no se estableció el puesto de mando avanzado —que se ubica en el lugar en donde se encuentra el Comandante de la Operación—, ya que él, durante los días 6 y 7 de noviembre, permaneció la mayor parte del tiempo en la Plaza de Bolívar, el Palacio de Justicia y la Alcaldía. Sólo en 3 oportunidades ingresó a ese sitio por breves momentos y con el propósito de atender llamadas telefónicas.

Agregó que en la Casa del Florero se encontraban personas de diversas entidades gubernamentales y fue utilizada como sitio para brindar primeros auxilios a los rescatados e identificarlos, luego de lo cual se les facilitaba el rápido retorno a sus hogares. En el escrito consignó que:

"Una vez se logró penetrar a la edificación asaltada por el grupo del M-19, se dio comienzo a la tarea prioritaria de rescatar a los secuestrados, los que por la modalidad actuación del núcleo delictivo, fueron evacuados del Palacio en disimiles circunstancias tanto físicas como emocionales. A medida que fueron sacados por las tropas y la Policía, por la entrada principal, se encaminaron hacia el sitio más lógico y cercano de reunión posible, la Casa del Florero; dentro de la confusión y profusión de individuos que habían congestionado la calle, los miembros de la autoridad y de otros organismos allí presentes procedieron a evacuar sin dilación a centros médicos las personas lesionadas, movimiento cumplido por auxiliares, voluntarios y vehículos de la Cruz Roja y de la Defensa Civil... En esta actividad de evacuación y de verificación de identidades dentro de la Casa Museo, tuvieron participación distintas entidades, como ya se ha citado: elementos de la Policía Nacional (Departamento de "Bogotá" y SIJIN), del DAS, de la Dirección de Inteligencia del Ejército, de la Sección de Inteligencia

de la Brigada, de la Defensa Civil, de la Cruz Roja y personas de la Corte Suprema y del Consejo de Estado, a efecto de ayudar en la identificación de los rescatados, puesto que muchos habían perdido sus documentos, o los habían entregado en el puesto de control o recepción que funcionaba para autorizar el acceso al Palacio de Justicia, y obviamente no los había podido recuperar. Durante el primer día de la operación (6 de noviembre), se obtuvo la liberación de cerca de 150 personas, y durante el siguiente se evacuaron otros más, para un número no precisado, cercano a los 250...En síntesis, en la labor de conducción de las personas, desde el Palacio hasta la Casa del Florero y la subsiguiente disposición, participaron elementos de diversas entidades, militares, policiales, gubernamentales y privadas, dado el volumen de gente rescatada y la urgencia de prestar auxilio sanitario a los lesionados así como de propiciar un rápido retorno a sus casas para la tranquilidad de las familias y recuperación del estado anímico de los liberados.”¹³⁴

El coronel Edilberto Sánchez Rubiano, en declaración realizada ante el Juzgado 30 de Instrucción Criminal el 17 de enero de 1986, afirmó que a sus funciones propias de inteligencia, el general **Arias Cabrales** le adicionó la de auxiliar e identificar a las personas rescatadas del Palacio de Justicia, labor que llevó a cabo sobre aquellas personas que fueron llevadas a la Casa del Florero durante los días 6 y 7, con la colaboración de la Policía Nacional y el DAS. Indicó que:

“La orden impartida por el comandante de la Brigada mi general Arias Cabrales, adicionó a las funciones propias, fue la de controlar al personal rescatado en el Palacio de Justicia. Esta misión adicional se relacionó específicamente en ubicarlos en la Casa del Florero, constatar que eran empleados del Palacio de Justicia verificándolo con sus documentos personales, registrándolos y evacuándolos una vez hecho este proceso, sin embargo, y por circunstancias propias de la situación que se presentó por la quema del Palacio, porque algunos de ellos habían dejado sus documentos en la oficina de control de entrada del mismo edificio, se dificultó lógicamente este control y se pudo

¹³⁴ Cuaderno No 1, Inspección Procuraduría, Folios 110 y 111.

únicamente y exclusivamente verificar con la información recibida por las personas identificadas, la identificación de las que no tenían documentos. Recibí también otra instrucción que fue la de evacuar en forma inmediata a los centros asistenciales a aquellas personas que se encontraban en mal estado de salud...Por la cantidad de personas, por lo difícil de controlarlas en razón al estado anímico en que se encontraban, a la solicitud persistente de las personas evacuadas de que fueran soltadas y dejadas ir a su casa, hubo necesidad de solicitar los servicios y de apoyo de la Policía Nacional específicamente al F-2 y a algunos agentes del Departamento Administrativo de Seguridad DAS quienes estuvieron laborando bajo mi control y dirección en la reseña o mejor identificación de las personas evacuadas.”¹³⁵

Aseveró que no todas las personas evacuadas del Palacio de Justicia fueron identificadas, pues muchas salieron por la puerta vehicular de la carrera 8^a, y otras fueron llevadas directamente a los centros asistenciales, sin haber pasado por la Casa del Florero. Agregó:

“...cuando se produjo el hecho e inició la operación militar de verificación se hizo por el sector del sótano por donde se conoció entraron los elementos subversivos y allí existió como es lógico confusión, lo que permitió la salida de personas que se encontraban en ese sector de las cuales no tenemos identificación. Posteriormente y cuando se regularizó la situación de control de dirección y de mando, se emitieron las órdenes pertinentes y se canalizó el control de los llamados rescatados. También es de suponer que las personas heridas desmayadas, en oportunidades histéricas, fueron evacuadas en forma inmediata en ambulancias a los centros asistenciales lo que también impidió la verificación de su identificación y no se podía hacer nada al respecto por cuanto primaba en esas circunstancias la salud de las personas afectadas.”¹³⁶

El coronel Sánchez Rubiano, en la diligencia de ampliación de indagatoria rendida el 5 de septiembre de 2006

¹³⁵ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 28, folios 210 y 211.

¹³⁶ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 28, folios 213.

ante la Fiscalía 4^a Delegada, reiteró que en la Casa del Florero se identificó y brindó asistencia a las personas rescatadas, conforme a la orden impartida por el General **Arias Cabrales** y, para hacerlo, ante el caos reinante y el no tener mando sobre el personal de la Policía y el DAS, debió traer personal de la Brigada. Señaló que:

*“De acuerdo a lo que nos comentó el señor General Vargas Villegas, había una desbandada de personas que salían del Palacio de Justicia por la octava, que salían de frente, que se oían tiros, que había entrado un oficial con un agente de la Policía y que ya tenía ahí más o menos a las personas que estaban tratando de identificar a las personas que salían pero que era casi imposible porque estaban en una confusión tremenda. Entonces la misión que me dio el comandante, en ese momento mi General Arias fue “mire a ver cómo organiza eso porque eso está en una situación supremamente caótica”, pero la dificultad que se me presentó es que yo no tenía el mando sobre el DAS, ni la DIJIN. Simplemente tuve que traer personas de allá de la Brigada, para que me colaboraran y realmente traje como a tres o cuatro personas que me ayudaban a controlar eso. Entre ellos está el mayor Álvaro Jesús Velásquez, un capitán Vélez Bedoya, un sargento primero Velandia, un sargento, me acuerdo el nombre que es Bocachica pero no me acuerdo más y tenían como finalidad, en general de todas las personas allí era, de acuerdo a la orden que recibí del comandante de la Brigada General **Arias Cabrales**, prestarle apoyo, medicamente hablando, evacuarlos a los heridos en forma pronta hacia los puestos de socorro, hospitales y demás, identificarlos hasta donde la posibilidad alcance, registrarlos para tener un dato de qué personas salieron y darles facilidad para que se desplazaran a sus residencias...”¹³⁷.*

Indicó además que las actividades se llevaron a cabo en el primer piso de la Casa del Florero, aunque en algunas ocasiones se realizaron entrevistas en el segundo piso, orientadas a obtener información sobre lo que ocurría al interior del Palacio de Justicia, información que

¹³⁷ Cuaderno original de Anexos de la Causa No 1, folio 47.

personalmente entregaba al general **Arias Cabrales**, cuando las circunstancias lo permitían.

*"En el primer piso —dijo— prácticamente fue que se realizó la actividad que estábamos desarrollando. Se improvisaron mesas y asientos y ahí manualmente se hacia el registro de las personas. En el segundo piso prácticamente no se ocupó, cuando por alguna circunstancia se hacia una entrevista, se preguntaba, qué pasa, quien ahí, del grupo de los subversivos, de los rehenes, allá en el sitio en donde ellos se encontraban. Esa era una parte no de interrogatorios, sino de entrevistas, porque qué interrogatorio se iba a hacer en una situación de esas, cuando uno no conoce a nadie pues toca averiguar. Ahora, esas entrevistas se hacían únicamente para averiguar qué estaba sucediendo internamente en el Palacio y lógicamente cuando yo tenía una cosa que era muy especial, muy urgente, como de ubicación especialmente, salía al Palacio y cuando podía hablar con mi general **Arias**, hablaba y si no tenía que devolverme porque no había posibilidad por lo nutrido del fuego."*¹³⁸

No obstante estas afirmaciones sobre la salida masiva de personas por la puerta vehicular de la carrera 8^a al inicio de los hechos, la prueba testimonial recaudada demostró que la conducta de las personas que se encontraban al interior del Palacio fue la de esconderse y salir sólo cuando fueron evacuados por el Ejército hacia la Casa del Florero.

En efecto, el agente del DAS William Alberto Olarte, en ampliación de declaración el 28 de febrero de 1987 ante el Juez 30 de Instrucción Criminal, ratificó que el dia 6 de noviembre fue llamado para desactivar unos explosivos que estaban en un camión en el parqueadero del Palacio y cuando estaban en dicha actividad, aparecieron 3 personas que manifestaron ser empleados del Palacio de Justicia y fueron conducidos hacia la casa del Florero por el Ejército. Declaró lo siguiente:

¹³⁸ Cuaderno original de Anexos de la Causa No 1, folio 49.

“Cuando el ejército entró vio explosivos y como no tenían ahí técnicos en explosivos nos llamaron a nosotros, al entrar nosotros vimos la bomba ahí y tenía el detonador, un detonador eléctrico dentro de la cavidad que ellos habían construido para colocarlo, nosotros encontramos la bomba pero no los cables conductores ... El camión era pequeño, era como un 350, creo, estaba carpado, viejo, creo que era de color verde, no me acuerdo bien ya...cuando nosotros estábamos trabajando salieron tres personas, una mujer y dos hombres, ellos gritaban que eran empleados del Palacio que no dispararan y el ejército les dijo que salieran con las manos en alto y ellos salieron con las manos en alto y después se los llevaron para la Casa del Florero.”¹³⁹

Maria Luz Pava de Londoño, auxiliar de servicios generales del Ministerio de Justicia en comisión en el Consejo de Estado, declaró el 9 de diciembre de 1985 ante el Juzgado 30 de Instrucción Criminal que al presentarse los primeros disparos en el sótano se escondió con varias compañeras en el cuarto que utilizaban como cafetería, lugar del cual sólo pudieron salir a las 6 de la tarde. Afirmó que:

“Por ahí a las cuatro o cuatro y media de la tarde cuando se nos llenó la cafetería de humo, ALICIA se asomó por un hueco de esos y le dijo a un soldado que por favor nos sacara de ahí porque nos estábamos ahogando, a ella le contestaron que se pusiera unos trapos mojados en la cara y que tomáramos agua toda la que pudiéramos...hasta las seis de la tarde que fue cuando llegaron los soldados y nos sacaron y nos llevaron para la casa del florero, nos preguntaron el nombre, cédula y algunas preguntas sobre qué habíamos visto, qué habíamos oido, yo les contesté que no había visto nada, que nosotras nos habíamos limitado a encerrarnos allí...nosotras fuimos sacadas por el parqueadero del sótano que queda sobre la calle 8^a, salimos doña CLAUDIA TRIVIÑO, CARMENZA PATIÑO, NIDIA VANEGAS, ALICIA ALVARADO, un muchacho llamado ALEJANDRO ACEVEDO que es el mensajero de la sección 2^a del Consejo de Estado, un niño como de unos 9 años de edad que es hijo de CARMENZA y yo”.¹⁴⁰

¹³⁹ Cuaderno original de Anexos de la Causa No 12, folio 111.

¹⁴⁰ Cuaderno original Anexos de la Causa No 14, folios 77 y 78.

El conductor del Consejo de Estado Pedro Antonio Nieto Vargas, declaró el 16 de diciembre de 1985 ante el Juzgado 30 de Instrucción Criminal que al escuchar disparos al interior del parqueadero, varios de sus compañeros gritaron “se nos metió el M-19”, por lo que procedió a esconderse en el lugar en donde habitualmente descansaban, junto con Jorge Medina, Antonio Cruz, Roberto Medina, Pablo Emilio Parra y otro compañero de apellido Nossa. Aseveró que ante la presencia de humo debieron salir y cuando lo hacían recibieron disparos de arma de fuego, lo que hizo que el grupo se separara y no volvió a tener noticia de los hermanos Alberto y Roberto Medina, como tampoco de Pedro Emilio Parra. Relató que permanecieron en los sótanos hasta el día siguiente cuando les gritaron,

“salgan con las manos en alto, nosotros salimos todos con las manos en alto y vimos que ya era personal del DAS y del Ejército, nos dijeron que íbamos hacia la Casa del Florero que allí tenían a todos los que estaban rescatando, corrimos atrincherados por las paredes hasta llegar a la Casa del Florero allí personal militar nos hicieron muchas preguntas sobre qué armamento presumiblemente tuvieron los guerrilleros, nosotros estábamos muy angustiados y al mismo tiempo enfermos por la intoxicación del humo que habíamos comido toda la noche; yo les dije que aparentemente por los ruidos que sentíamos tenían armamento fusiles, y punto cincuenta, por la forma como en la noche que pasamos sentimos toda esa balacera, un Coronel nos dijo que nos iba a mandar a la calle 32 o sea la Cruz Roja para que nos dieran droga, atención médica, nos bañáramos y nos dieran de comer un poco, una ambulancia enseguida nos llevó, pero no para calle 32 sino para el batallón de Infantería...”¹⁴¹.

María de Jesús Tovar Bermeo, enfermera coordinadora del Banco de Sangre de la Cruz Roja para la época de los hechos, en declaración rendida ante la Comisión Especial de

¹⁴¹ Cuaderno original de Anexos de la Causa No 14, folios 122 y 123.

la Procuraduría para la Investigación de los hechos del Palacio de Justicia el 4 de marzo de 1986, relató que recibió la orden de trasladarse junto con Fernando Bendeck, asistente de Socorro Nacional, en una ambulancia conducida por Mauricio Beltrán hacia la Plaza de Bolívar y, luego de un rato de estar en la inmediaciones, fue requerida para atender unos lesionados en la Casa del Florero,

“...requirieron nuestros servicios en la Casa del Florero, pero únicamente me dejaron entrar con un maletín de primeros auxilios y Fernando permaneció afuera. En la Casa del Florero atendí como dos personas, no recuerdo exactamente, eran problemas leves en este momento, no recuerdo bien quiénes eran, si mujeres u hombres, estaban en el primer piso, al fondo; acababan de llegar a la Casa del Florero, había mucho personal militar pero no les vi vigilancia especial. Después que atendí estas personas me retiré nuevamente a la ambulancia permanecí con el conductor a la espera de lo que pudiera suceder. Aproximadamente a media noche llegó Daniel Martínez Quijano con una menor y ordenó al conductor que la lleváramos a la casa que me parece era en el Barrio Belén... Al amanecer, mejor dicho, a las nueve de la mañana del siete montamos nuevamente el puesto de primeros auxilios en la Casa del Florero para atender a los enfermos, lesionados que pudieran llegar. Atendimos un teniente de las Fuerzas Armadas y lo trasladamos en un vehículo de la Cruz Roja al Hospital Militar. Después de llegar nuevamente a la Casa del Florero fue necesario acompañar al conductor Meza a la Brigada de Institutos Militares con el objeto de trasladar a unos señores que decían ser conductores de los Magistrados, estaban todos tiznados, no tenían lesiones, eran como cinco o seis, les di un calmante para el dolor de cabeza... los conductores se quedaron en Usaquén; yo no supe qué personal militar los llevó o dispuso su traslado allí; yo me fui con ellos en la parte de atrás, no supe quién iba adelante con el conductor... ”.¹⁴².

Blanca Inés Amaya Díaz, auxiliar de servicios generales del Ministerio de Justicia en comisión en la Corte, declaró el 11 de diciembre de 1985 ante el Juzgado 30 de Instrucción

¹⁴² Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 59, folios 3 y 4.

Criminal, que el 6 de noviembre se encontraba en la oficina 104 de la relatoría de la Sala Laboral, junto con Stella Mejía de Galvis, en donde se refugiaron al oír los primeros disparos. Agregó que sobre las 5 de la tarde ingresaron 4 o 5 hombres armados, quienes les informaron que eran del Ejército,

“...nos dijeron que saliéramos así rápido detrás de ellos, fuimos saliendo por el lado izquierdo junto a la pared, ellos nos iban resguardando, pasamos a pie por el lado de los ascensores y al salir por el pie de donde se sube por las escaleras, los militares nos jalaron para atrás porque empezaron a echar bala por esos lados del socavón de la escalera...yo ya como no podía caminar, recuerdo que dos del ejército me cogieron de los brazos y con la compañera salimos hacia la casa del florero; allá nos demoraron, habían unos periodistas, hasta que no nos preguntaron qué cuánto hacia que trabajábamos ahí, que qué hacíamos, que quiénes habían dialogado con nosotros antes, que sí había estado en la cafetería, nos pedían los datos personales y ellos tomaban apuntes de todo eso; después nos llamaron por una lista que estaban haciendo y después como a las siete de la noche nos mandaron para la casa.”¹⁴³.

Luis Fabián Romero Arévalo, para ese entonces auxiliar de la Secretaría de la Sala de Casación Penal, en declaración rendida el 7 de noviembre de 2007 ante la Fiscalía 4^a Delegada ante la Corte —como lo había hecho el 12 de diciembre de 1985 ante el Juzgado 30 de Instrucción Criminal—, afirmó que poco después de iniciado el asalto, él y las demás personas que se encontraban en la Secretaría procedieron a esconderse al interior de la oficina y sobre las 4 o 5 de la tarde del 6 de noviembre de 1985, fueron rescatados por el Ejército y llevados a la Casa del Florero. El siguiente es su relato:

“Eran como las 11.40 o 11.45 de la mañana, cuando comenzó los disparos, las detonaciones, un compañero Joselin dijo: “se

¹⁴³ Cuaderno original de la Causa No 14, folios 98 y 99.

tomaron el Palacio" en el momento en que ingresaba hacia la parte interna de la oficina, en donde permanecimos el resto de la tarde...hasta más o menos creo las 4 o 5 de la tarde, cuando ingresaron un oficial de la Guardia Presidencial, otras de civil y unos soldados, no recuerdo quién más. De ahí salimos trasladados hacia la Casa del 20 de julio...Estaba el señor Secretario José Heriberto Velásquez Ramos, los oficiales mayores Orlando Arrechea Ocoró, Dennys Garcés, Durango Durango, Joselín Sánchez, estaba el abogado doctor Esteban Bendeck Olivella, el doctor magistrado auxiliar que era Rafael Urrego Beltrán, había otro abogado, pero no me acuerdo muy bien de él, ni de su nombre en este momento. En ese entonces había bajado a la Secretaría el doctor Fabio Ospitía Garzón...Nos iban sacando uno a uno, pero con dos personas al lado y lado, nosotros veníamos con las manos en la nuca, nos las hacían poner en la nuca y de allí nos trasladaron de esta forma hasta la Casa del 20 de julio...Llegamos a una plazoletica que hay allí al fondo donde estaban tomando los datos, y ahí permanecimos hasta que iban llamando a las personas. A mí me pasó una cuestión particular cuando le aclaré a una de esas personas el nombre de un compañero y entonces me sugirió que fuera hasta el segundo piso y esperara allí. Allí esperé, cuando se me acercó otra persona de bata blanca y me hizo trasladar a un salón interno y me hizo colocar contra la pared frente a un cuadro y yo le preguntaba que porqué me tenían allí, que yo debía estar abajo con mis compañeros, y ellos me respondían que me estaban investigando, que probablemente por informante y así sucesivamente iba uno y volvía otro y me hacia una serie de preguntas, a veces volvían dos, uno por un lado y otro por el otro extremo, más o menos hasta las diez de la noche, momento en que ingresa el oficial del Guardia Presidencial, que precisamente el que había ingresado a la Secretaría...El señor Oficial se disgustó...y le ordenó que me acompañara hasta la calle 6^a, no fue más el incidente ahí en la Casa.""¹⁴⁴

El 28 de noviembre de 1985, el Oficial Mayor de la Secretaría de la Sala Penal, Orlando Arrechea Ocoró, declaró ante la Comisión Especial de la Procuraduría General de la Nación designada para la investigación de los hechos del Palacio de Justicia, que después de haber permanecido durante varias horas con sus compañeros en la Secretaría de

¹⁴⁴ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 8, folios 189 y 190.

la Sala, fueron rescatados por el Ejército y llevados hasta la Casa del Florero:

“...cuando llegamos a la Casa del Florero nos pedían la cédula y el carnet y la dirección de la casa y el teléfono, a mí el tratamiento fue bueno aunque me tuvieron retenido dos días, después que presenté la cédula me preguntó un capitán del Ejército que de qué parte era mi cédula y le dije que del Cauca, me la pidió como por cuatro o cinco oportunidades y luego me hicieron subir al segundo piso, en el segundo piso inmediatamente mande llamar a mi jefe, él habló con un coronel o algo así, me dijeron que me dejaban retenido que por sospecha, luego de eso me hicieron varias preguntas y hasta el día siguiente que nos echaron para la Brigada y luego para la Estación Sexta para buscar antecedentes, o sea a la Estación Cien y luego me soltaron. PREGUNTADO. ¿Con qué otras personas fue llevado a la Brigada? CONTESTO: Había un Abogado que llevaba como tres meses haciendo un trabajo en la sala penal, otro muchacho que estaba en el Despacho de un Magistrado, dos muchachos más que nunca los había visto...A mí me hicieron cuatro preguntas o sindicaciones que le hacen a uno, que me habían visto a mí en la toma de Corinto, en la toma de Florencia, y que yo era guerrillero porque, otra cosa que decía que porqué tan diferente la foto de mi cédula a la del carnet de la Corte, no me creían que esos eran mis documentos...PREGUNTADO: ¿qué otras personas se encontraban en el segundo piso?. CONTESTO: Estaba un compañero de oficina LUIS FABIAN, estaba el abogado que ya mencioné, había también un muchacho negrito que creo que lo soltaron después...una muchacha que estaba sin zapatos, no más.”¹⁴⁵

Ante la misma Comisión de la Procuraduría, Juan Roberto Cepeda Tarazona, abogado redactor de la Revista Jurisprudencia y Doctrina de LEGIS, rindió declaración el 12 de diciembre de 1985 en la que informó haberse encontrado en la Secretaría de la Sala de Consulta del Consejo de Estado cuando irrumpió la guerrilla, razón por la cual se refugió en la oficina del doctor Mario Enrique Pérez de donde fue rescatado por integrantes del Ejército. Agregó que fue

¹⁴⁵ Cuaderno original No 1, Inspección Procuraduría, folios 58 y 60.

conducido a la Secretaría de la Sala Penal en el primer piso, y:

“...al momento de salir ya hacia afuera del Palacio los militares dijeron que había que mostrar el carné de empleado de la Corte yo dije que no tenía porque trabajaba en LEGIS, entonces dijeron que yo saldría de último y quedamos allí en la Secretaría de la Sala de Casación Penal únicamente 3 de los que éramos rehenes, dos muchachos hombre y mujer que decían que eran estudiantes de la universidad Libre y yo. Entonces los militares anunciaron a gritos a los militares que estaban afuera que iban a salir 3 especiales nos custodiaron fuertemente a la salida cuando ya íbamos afuera de la Corte en la Plaza de Bolívar seguían gritando que éramos 3 especiales que llamaran un carro del F-2. Salimos por medio de una fila de militares unos uniformados otros de civil gritaban que estos son especiales luego que (corrijo) ya decían estos son guerrilleros de pronto había unos de estos militares que me cogían del brazo y me tiraban y decían este déjeme a mí. Avanzamos hacia la casa del Florero, yo adelante y los dos que decían que eran estudiantes atrás. No apareció ningún carro del F-2. Entramos a la casa del Florero y nos subieron al segundo piso. Al entrar me di cuenta que todas las personas que estaban en la Corte se encontraban ubicadas en el primer piso. Algunas empleadas de la Corte que me conocen gritaban no se lo lleven que él es empleado de LEGIS. En el segundo piso nos entraron a un salón y nos hicieron colocar cada uno en una esquina. Nos pidieron la cédula yo dije que era empleado de LEGIS fui a mostrarle la tarjeta de abogado, pero ni siquiera la miraron, los muchachos los estaban hostigando y ellos protestaron, hubo momentos en que sonó un disparo, seguramente dirigido al techo... Pasaron algunos 20 minutos y apareció un General con la señora ALBA DE NIETO que es la auxiliar del Dr. MARIO ENRIQUE PEREZ. Ella había estado protestando ante los militares por el hecho de que me habían subido al segundo piso y seguramente le tocó hablar con ese General que miró los papeles, la cédula y la tarjeta de abogado y dijo que podía bajar al primer piso. En el primer piso esperamos mientras nos iban llamando a una declaración que a mí me correspondió darla como a las 7 y 15 de la noche, luego de lo cual me dejaron salir de la Casa del Florero.”¹⁴⁶

Yolanda Ernestina Santodomingo Alberici, estudiante de derecho de la Universidad Externado de Colombia para la época de los hechos, declaró ante el Juzgado 41 de

¹⁴⁶ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 46 A, folios 2 y 3.

Instrucción Criminal el 7 de febrero de 1986. Indicó que fue hasta el Palacio de Justicia con el fin de presentar un examen de práctica penal ante el doctor Rafael Urrego funcionario de la Corte y profesor de dicha Universidad. Aseveró que en el momento en que se inició el asalto ingresaba a la cafetería en compañía del también estudiante Eduardo Matzon Ospino y se dirigieron al segundo piso, en donde permanecieron botados sobre el corredor de madera hasta que, rato después, llegó un guerrillero herido en la cabeza, quien al arrastrarse sobre su cuerpo le impregnó de sangre su chaqueta. Indicó que después los encontró el Ejército y los bajó hasta el primer piso, desde donde fueron conducidos hacia la Casa del Florero en compañía de un abogado de LEGIS. Agregó:

“...entramos a la casa del Florero y nos llevaron a un 2º piso, subí unas escaleras y había un hombre se veía de presencia y me tomó de la mano...me entraron a un cuarto, a un lado pusieron al que decía que era abogado de Legis, al frente a Eduardo y en otro lado yo, pues temblaba de miedo, yo me peine les dije que me llevaran a mi casa y nos dijeron que volteáramos contra la pared, el otro dijo que era abogado de Legis, estando ahí entró una señora y dijo que ella conocía al abogado ese...llegó ese hombre que me tenía por el pelo yo estaba sentada cogí mi cartera y me puse de pie para que me llevaran a mi casa, les dije que llamaran a Pepe Genecco, entonces en ese momento me dijeron que me sentara contra la pared, pregunté qué pasaba y que me llevaran a mi casa, entonces un hombre dijo: y para remate costeña, ahí que me dijeron que me sentara y me dieron una patada por la espalda un hombre de civil, entró un señor vestido de militar muy amable le preguntó los datos a Eduardo, le mostró los documentos que tenía...le dijo que era sobrino del Gobernador de Bolívar...estando ahí me pegaron como tres veces, a Eduardo le pegaron y se quedó quieto para que no le pegaran más...”¹⁴⁷

¹⁴⁷ Cuaderno original No 1, Inspección Procuraduría, folios 338 y 339.

Señaló Santodomingo Alberici que después fueron conducidos a la DIJIN en donde les hicieron pruebas de guantelete y pese a que el resultado fue negativo, los llevaron hacia un lugar ubicado en la salida de Villavicencio. Expresó enseguida:

“...llegamos el Capitán se bajó, ahí habían unos soldados, íbamos en esa panel, se bajó el capitán había como una caseta de ladrillo, creó que cambiaron de chofer, abrieron la puerta de malla la camioneta echó reverso, uno decía póngale más trapo para que no se le desigure, yo me tiré en el piso de la camioneta y Eduardo en la silla, de pronto prendieron algo como eucalipto dentro de la camioneta, pensé que la iban a incendiar, un hombre pidió unas tijeras para cortarme el pelo y nos hicieron repetir todo otra vez... se llevaron a Eduardo pensé lo van a matar, luego me bajaron a mí y me llevaron donde hay como unas escaleras, yo estaba vendada, me dijeron sintió el ruido de la cascada, dijeron que ahí me iban a tirar desnuda y esposada, me entraron a un cuarto... luego de pronto entró un hombre y dijo los vamos a soltar y mañana se presentan a las diez de la mañana, que nos presentáramos donde el Coronel Sánchez a las diez de la mañana...”¹⁴⁸

El 10 de diciembre de 1985, Magalys María Arévalo, la funcionaria de servicios generales antes mencionada, declaró ante el Juzgado 30 de Instrucción Criminal, que luego de salir del Palacio de Justicia en la tarde del 7 de noviembre, fue llevada con los demás rehenes a la Casa del Florero, lugar en que fue interrogada, y:

“...ellos apenas me dijeron eso “conque guerrillera”, yo les aclaré que trabajaba en la Corte con el Ministerio, ellos se fueron de ahí y al rato llegó uno también militar, que no puedo decir si era de Policía o el Ejército, estaba de verde y me llevó a empujones y con malos tratos me llevó al segundo piso y allá me empezaron a interrogar me dijo que me pusiera de espaldas mirando a la pared sin mirar para atrás y de ahí pasaron varias personas como observándome pasaron militares y muchachos de civil, dizque

¹⁴⁸ Cuaderno original No 1, Inspección Procuraduría, folios 341.

tratando de identificarme... luego subió nuevamente el señor de civil y me volvió a preguntar las mismas cosas que me había preguntado antes y yo le dije los que están abajo me conocen porque yo llevo año y medio trabajando en la Corte y le nombré a NELFI que estaba ahí abajo en el primer piso... pasó el militar que me interrogó lo mismo que me había interrogado el que estaba de civil; ahí si nuevamente volvió y subió el muchacho de civil y me dijo "baje" y yo bajé...".¹⁴⁹

El trágico balance.

Mediante el decreto 1038 del 1º de mayo de 1984 el Presidente había declarado turbado el Orden Público y el Estado de Sitio en el territorio nacional. Con fundamento en esas facultades extraordinarias, el presidente Belisario Betancur Cuartas creó un Tribunal Especial para agilizar la instrucción respecto de los múltiples delitos cometidos con ocasión del asalto al Palacio de Justicia realizado por el M-19. Esto facilitó el trabajo coordinado de los Juzgados de Instrucción Criminal 9, 23, 27, 30, 35, 41, 77, 82 y 89, y propició el informe suscrito por los magistrados Jaime Serrano Rueda y Carlos Upegui Zapata publicado el 17 de junio de 1986, en el que, entre otras conclusiones, sintetizaron el catastrófico balance para la Administración de Justicia así:

“...Duodécima. Los lamentables resultados de la trágica jornada pueden resumirse en la grave perturbación de las instituciones judiciales, tradicionalmente respetadas y acatadas; la paralización temporal de la función jurisdiccional al desintegrarse la honorable Corte Suprema de Justicia, por muerte violenta de 11 de sus 24 integrantes y el ataque a otros tres que sufrieron delicadas lesiones personales, y por la imposibilidad en que quedó el honorable Consejo de Estado para funcionar; el atentado a los consejeros, la muerte de magistrados auxiliares y de algunos servidores de las Corporaciones, la destrucción parcial del

¹⁴⁹ Cuaderno original de la Causa No 14, folio 87.

*imponente y majestuoso palacio, con la totalidad de sus dotaciones, muebles y enseres, el incendio de los procesos, la biblioteca y parte de los archivos y tantos bienes de precioso e inestimable valor... Doloroso registrar la acción violenta contra quienes, durante su meritoria y ejemplar vida, rindieron culto a la justicia y se destacaron por su pulcritud, preparación y dedicación al estudio y al trabajo.*¹⁵⁰

A continuación, el informe relaciona los nombres¹⁵¹ de 54 personas fallecidas, así: 11 Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, 3 Magistrados auxiliares de la Corte Suprema de Justicia; 12 Auxiliares de los Magistrados de la Corte, 1 Magistrado auxiliar del Consejo de Estado, 2 abogados asistentes del Consejo de Estado, 4 Auxiliares del Consejo de Estado y Fiscalías, 3 conductores, 1 Administrador del Palacio de Justicia, 2 celadores, 1 ascensorista, 9 integrantes de la Fuerza Pública, 2 integrantes del DAS, 2 particulares visitantes del Palacio y 1 particular fallecido en una de las calles aledañas.

También relaciona los nombres de 21 integrantes del grupo asaltante del M-19 y 14 cadáveres sin identificar del mismo grupo.

Del grupo de cadáveres, 57 fueron encontrados en avanzado estado de calcinación, en razón del incendio que empezó a consumir el edificio entrada la tarde del 6 de noviembre y que sólo se extinguió hasta el amanecer del siguiente día. Aunque el Instituto de Medicina legal no pudo establecer la causa de la muerte, la mayor de parte de

¹⁵⁰ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 24, folio 59.

¹⁵¹ Los nombres de cada uno de los fallecidos están relacionados entre los folios 59 y 60 del Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 24.

cuerpos presentaba proyectiles de arma de fuego o esquirlas metálicas, entre ellos, los de los magistrados Alfonso Reyes Echandía,¹⁵² José Eduardo Gnecco Correa,¹⁵³ Fanny González Franco,¹⁵⁴ Carlos José Medellín Forero,¹⁵⁵ Fabio Calderón Botero¹⁵⁶ y Ricardo Medina Moyano¹⁵⁷.

Igualmente, en el anexo número 2 aparecen los nombres de las personas lesionadas, que corresponden a 3 Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, 2 Consejeros de Estado, 3 Magistrados Auxiliares del Consejo de Estado; 2 Magistrados auxiliares de la Corte Suprema de Justicia, 5 empleados subalternos de la Corte Suprema de Justicia, 3 empleados subalternos del Consejo de Estado, 31 integrantes de la Fuerza Pública y 4 particulares.

En el anexo 3 se relacionaron los nombres de 244 personas rescatadas por la Fuerza Pública.

Adicionalmente a este balance trágico que refleja el gravísimo daño causado a la Administración de Justicia y bajo la advertencia de que la etapa instructiva no estaba agotada, en el informe del Tribunal Especial de Instrucción se consignaron estos otros resultados:

¹⁵² Cuaderno original de Anexos de la Causa No 3, folios 266 a 269. Presentó proyectil de arma de fuego calibre 9 mm.

¹⁵³ Cuaderno original de Anexos de la Causa No 4, folios 75 al 90. Presentó esquirlas y proyectil de arma de fuego calibre 7.62.

¹⁵⁴ Cuaderno original de Anexos de la Causa No 4, folios 212 a 226. Presentó proyectil de arma de fuego 9 mm.

¹⁵⁵ Cuaderno original del Anexos de la Causa No 4, folios 242 a 256. Presentó múltiples esquirlas metálicas.

¹⁵⁶ Cuaderno original de Anexos de la Causa No 4, folios 162 a 171. Presentó múltiples esquirlas metálicas.

¹⁵⁷ Cuaderno original de Anexos de la Causa No 4, folios 144 a 162. Presentó proyectil de arma de fuego calibre 7.62.

Los Responsables del Asalto.

Pese a las amenazas y a interceptaciones telefónicas realizadas por grupos del narcotráfico a varios Magistrados de la Corte, entre ellos a los doctores Manuel Gaona Cruz, Alfonso Patiño Roselli, Carlos José Medellín Forero, Ricardo Medina Moyano y Alfonso Reyes Echandía, encaminadas a afectar los procesos de extradición hacia los Estados Unidos, y a las efectuadas a los Consejeros de Estado con posterioridad al fallo por los actos de tortura perpetrados por integrantes del Ejército contra la médica Olga López y su hija, al no existir evidencia sobre la participación de otro grupo subversivo o de organizaciones de narcotraficantes, el Tribunal concluyó que el único responsable del ataque y la ocupación del Palacio de Justicia fue el grupo subversivo M-19.

El ataque fue concebido por Álvaro Fayad 6 meses antes, bajo la denominación “*Operación Antonio Nariño por los Derechos del hombre*” y fue planeado y ejecutado por el estado mayor de la compañía Iván Marino Ospina al mando de Luis Otero Cifuentes, con la participación de Andrés Almarales Manga y Alfonso Jacquin. El propósito era obligar a concurrir al presidente Belisario Betancur o su apoderado a la Corte Suprema de Justicia, con el fin de someterlo a un juicio por la entrega de los recursos naturales a potencias extranjeras, la extradición de nacionales para juzgarlos en los Estados Unidos y por el incumplimiento a los acuerdos de paz celebrados con dicho grupo subversivo.

La Seguridad del Palacio de Justicia.

Para el día 6 de noviembre de 1985, la seguridad del Palacio de Justicia estaba a cargo de celadores particulares, pues de manera inexplicable había sido retirado el esquema de protección policial dispuesto para enfrentar las amenazas de las cuales venían siendo objeto Magistrados y Consejeros de Estado.

Días antes, a mediados del mes de octubre, como fue divulgado ampliamente por la prensa, se tuvo conocimiento de la existencia de un plan del M-19 encaminado a tomarse el Palacio de Justicia. Al concluir el Tribunal que el Ministro de Defensa fue mal informado por los altos oficiales de la Policía encargados de la protección del Palacio, sobre la cancelación de las medidas de seguridad por solicitud el Presidente de la Corte, ordenó que se investigara a dichos integrantes de la Fuerza Pública. Consignó que:

*"Establecida, pues, la preexistencia de las amenazas proferidas simultáneamente por grupos subversivos y por mafias del narcotráfico, el Gobierno tenía el deber de mantener, o mejor aumentar las medidas de protección y seguridad de los organismos amenazados, con su anuencia o sin ella, poniendo en ejecución programas similares a los previstos para los altos dignatarios de la Nación, y a las que se adoptan durante la permanencia en el país, de Jefes de Estado o cuando sobrevienen graves alteraciones del orden público...La seriedad y la entidad de las amenazas imponían asumir esa protección a los más altos niveles y no dejarlos como asunto exclusivo de los organismos distritales de Policía."*¹⁵⁸

¹⁵⁸ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 24, folio 58.

La orden presidencial y la operación militar.

Concluyó el Tribunal que al enterarse de los hechos, el presidente Belisario Betancur Cuartas ordenó a la Fuerza Pública recuperar el Palacio de Justicia, obtener la liberación de los rehenes y el desalojo de los subversivos, a quienes les garantizaría, si cesaban el ataque, un juicio con todas las garantías legales. También dispuso establecer un diálogo con la advertencia de que no habría negociaciones, pues aceptar las exigencias del grupo armado implicaría el *"desquiciamiento del orden jurídico y las instituciones republicanas"*, decisión que fue acogida y respaldada por los Ministros y los altos colaboradores que lo acompañaban.

El Tribunal Especial señaló que la operación militar fue puesta en ejecución por el Comandante de la XIII Brigada, general **Jesús Armando Arias Cabrales**, quien contó con todas las Unidades Tácticas de la Brigada, la Policía de Bogotá y los cuerpos de inteligencia y seguridad, y dio instrucciones precisas a quienes ingresaron al combate, en el que se pudieron presentar posibles excesos que debían ser investigados. Así lo precisó:

"El operativo militar, como es natural, tuvo que ser montado rápidamente, teniendo en cuenta la imagen y capacidad de combate exhibida por el M-19, acrecentada por la ocupación del Palacio de Justicia, convertido en estratégica fortaleza por su complicada estructura arquitectónica. No hubo la menor duda que se desatarían acciones bélicas sin precedentes en la historia del país. Emprenderlas, simultáneamente con el encargo de salvar la vida de los rehenes, hizo la tarea más difícil y compleja...La investigación pudo establecer que las acciones, se realizaron de acuerdo con las órdenes recibidas y se ocupó, acuciosamente, de examinar presuntos excesos o actividades extrañas a las órdenes dictadas,

en cuanto pudieran constituir infracciones de orden penal, susceptibles de averiguación especial, para posterior decisión de los competentes jueces militares, a quienes, por claro mandato constitucional y legal, les corresponde, definir responsabilidades, si las hay, y aplicar las penas y sanciones pertinentes.”¹⁵⁹

Finalmente, el Tribunal Especial lamentó que los rehenes hayan corrido la misma suerte que los combatientes:

“Infortunadamente —expresó—, los dolorosos combates, complicaron la situación al extremo de hacer difícil su manejo, produciéndose un efecto no querido con los rehenes que, al fin de cuentas, corrieron la misma suerte que los combatientes, quizás por las debidas faltas de precauciones para evitar involucrarlos en el fatal desenlace que tan hondamente ha lastimado el sentimiento nacional.”¹⁶⁰

Los posibles excesos observados por el Tribunal Especial.

Los posibles excesos de la Fuerza Pública referidos por el Tribunal Especial de Instrucción se relacionan con: **(i)** las desapariciones forzadas de las guerrilleras Irma Franco Pineda y Clara Helena Enciso Hernández después de haber sido conducidas a la Casa del Florero, **(ii)** La presunta muerte del conductor José Eduardo Medina Garavito con posterioridad a su estadía en la Casa del Florero, **(iii)** La ejecución de tres guerrilleros dos hombres y una mujer apodada “Violeta” que se encontraban heridos y fuera de combate, y **(iv)** la posible tortura de los estudiantes de la

¹⁵⁹ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 24, folio 59.

¹⁶⁰ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 24, folio 59.

Universidad Externado de Colombia Eduardo Matzon Ospino y Yolanda Santodomingo Alberici.

Respecto de los empleados de la cafetería, Carlos Augusto Rodríguez, Cristina del Pilar Guarín Cortés, David Suspes Cclis, Luz Mary Portela León, Bernardo Beltrán Hernández, Héctor Jaime Beltrán y Gloria Stella Lizarazo, la proveedora de pasteles de la cafetería Norma Constanza Esguerra, la abogada Gloria Anzola de Lanao y la visitante Lucy Amparo Oviedo, el Tribunal Especial de Instrucción concluyó que fueron llevadas al cuarto piso como rehenes y que fallecieron incineradas junto a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Se aseveró en el informe que:

*"Para el Tribunal es de plena evidencia que no hay ninguna vinculación entre estas personas y la guerrilla por lo cual no se ve cómo no debían haber recibido tratamiento de rehenes como todos los demás."*¹⁶¹

Tercero. Cargos por infracción indirecta de la ley.

3.1.- Como se indicó anteriormente, los cargos por errores de apreciación probatoria no pueden ser analizados a partir de su singular y relativa autonomía, debido a que el comportamiento que se juzga, de los más aterradores y dolorosos del conflicto armado, no puede sustraerse del entorno histórico y político en que ocurrió. Eso implica que se deben conjugar esas concretas situaciones históricas y políticas con el contenido de las pruebas para determinar en conjunto el peso específico de estas en la decisión.

¹⁶¹ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 24, folio 61.

Pues bien:

Ante la posibilidad de guerras con algún país vecino o ante una insurrección general, parcial o total en el territorio nacional, que pudiera afectar el “*Estado de Derecho y el Orden Constitucional*” —siempre el Estado y el orden Constitucional como fundamento de la acción—, el Ejército Nacional tenía establecido el “*Plan Tricolor 83*” como respuesta. Ese plan fue inmediatamente activado por los altos mandos militares para enfrentar los hechos que sucedían en el Palacio de Justicia. Así lo reconocieron el comandante de la Brigada XIII, general **Jesús Armando Arias Cabrales**, el segundo al mando de la misma Brigada, coronel Luis Carlos Sadovnik, y el Comandante del Ejército, general Rafael Samudio Molina, quien no sólo describió su contenido, sino que además señaló que el objetivo principal del plan consistía en neutralizar a los protagonistas de la acción y “hasta donde las circunstancias lo permitieran el rescate de los rehenes.”¹⁶²

En apartes del documento que contiene el “*Plan Tricolor 83*” aportado al proceso —el original no pudo ser incorporado debido a que inicialmente no se tenía claridad del lugar donde reposaba; luego se estableció que fue incinerado, según consta en el acta número 038 del 9 de marzo de 1988¹⁶³—, explícitamente se determina que el objetivo de las fuerzas armadas en estos casos era “*destruir los grupos alzados en armas*”, cometido que en el caso del Palacio de Justicia fue

¹⁶² Cuaderno original de Instrucción No 2, folio 54.

¹⁶³ Cuaderno original Anexos de Instrucción No 26, folio 46. Esta copia fue remitida mediante oficio del 6 de abril de 1992 por el Jefe del Departamento E-3 del Ejército Nacional al Auditor Auxiliar 20 de guerra.

liderado por el Ejército “con el mando operacional de las otras fuerzas institucionales y el control operacional de los organismos de seguridad del Estado.”¹⁶⁴

Asimismo, según ese derrotero, la acción militar como respuesta a la insurrección armada, implicaba que para cumplir el objetivo no se podían conceder “*treguas, ceses al fuego o suspensión de operaciones*” que debían caracterizarse por su “*persistencia, presión constante, continuidad y fuerza, a fin de conseguir resultados decisivos*”¹⁶⁵, como ocurrió durante las 28 horas en las cuales se libró el combate entre las fuerzas del Estado y los guerrilleros del M-19.

Pese a esta realidad, contrariando toda evidencia, el presidente Belisario Betancur, y los comandantes militares, entre ellos el general **Jesús Armando Arias Cabrales**, han insistido a lo largo de todas las actuaciones judiciales que se trató de una operación de rescate de rehenes, en la que, según el Presidente, la regla de oro era garantizar en todo momento la vida de los funcionarios judiciales, empleados y visitantes, inermes ante la acción del grupo asaltante, pero contra quienes, al igual que contra los asaltantes, se orientaron las armas del Estado con el desabrido pretexto de “*defender la democracia*,” sin hacer la mínima distinción entre combatientes y no combatientes, en clara violación del Protocolo II adicional de los Convenios de Ginebra de 1948.

El hecho de que en el “*Plan Tricolor*” quedaran descartadas “*treguas, ceses al fuego o suspensión de operaciones*” y

¹⁶⁴ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 27, folio 179.

¹⁶⁵ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 27, folio 183.

que como se indicó, las operaciones debían caracterizarse por su *"persistencia, presión constante, continuidad y fuerza, a fin de conseguir resultados decisivos,"* llevó al general Samudio Molina a exigirle al general **Jesús Armando Arias Cabrales** la urgencia de que se produjera un pronto desenlace, ante la preocupación de que de un momento a otro, en un acto de cordura, al Presidente se le ocurriera dar la orden de suspender las operaciones.

De otra parte, la concepción del *"Plan Tricolor"* deja en evidencia que, como lo señaló el general Rafael Samudio Molina, la unidad de mando de la operación de *"rescate del Palacio"* se le confió al General **Jesús Armando Arias Cabrales**, comandante de la Brigada XIII, quien solo debía obediencia a la cúpula militar. El general **Jesús Armando Arias Cabrales**, fue, entonces, sin ninguna duda, el jefe supremo de la operación contra el grupo insurgente, y quien, por lo tanto, dominó de principio a fin la acción marcial.

En ese marco, el general Rafael Samudio Molina, comandante del Ejército, también fue enfático en reconocer que se trató de una operación orientada a neutralizar al enemigo, en la que sólo en la medida en que las circunstancias lo permitieran se salvarían los rehenes, pues el *"Plan Tricolor"* no contemplaba la posible existencia de rehenes, ni cómo sería su manejo, aunque si contenía, según lo indicó, un anexo relacionado con la población civil en el

conflicto, a la cual debían aplicarse las normas del “Derecho de Gentes.”¹⁶⁶

El “Plan Tricolor”, que corresponde a técnicas similares de la época de otros países, se incrusta en la tensión que históricamente existía entre la razón de Estado y los derechos humanos, que para entonces se resolvía a favor de aquel. Un momento histórico propio del Estado demoliberal que formalmente enunciaba una serie de derechos, derechos “incompletos” sin posibilidad de que se pudiera exigir su cumplimiento; un sistema en el que políticamente la razón de Estado primaba siempre sobre los principios de la democracia y los derechos humanos.

No extraña por eso que el general Rafael Samudio Molina, a pesar de que dijera que toda operación militar suponía el respeto por las normas del derecho Internacional Humanitario, declarara lo siguiente:

...**Preguntado:** Cuál era el procedimiento que se utilizaba en esa época, una vez eran capturados “enemigos” por el Ejército de Colombia. **Contesto:** En términos generales, el individuo capturado dentro del mismo campo de combate debería ser interrogado rápidamente y evacuado a los organismos superiores. En esa época no existían los procedimientos y regulaciones que se han dado posteriormente, como por ejemplo, que los interrogatorios no los deben practicar encapuchados, que debe estar presente un agente del ministerio público, y en fin, una serie de regulaciones que hoy sí existen”.¹⁶⁷ (Subrayado fuera de texto)

¹⁶⁶ Continuación de indagatoria del general Rafael Samudio realizada el 13 de enero de 2009, CD 11, minutos 6.26 a 7.10.

¹⁶⁷ Cuaderno original de Instrucción No 4. A folios 140 y 141 obra la transcripción de la declaración del general Samudio Molina, al interior de la resolución por medio de la que la Fiscalía 4^a Delegada, resolvió la situación jurídica del general Jesús Armando Arias Cabrales.

Con esa clara visión doctrinal de aniquilar al enemigo, sin treguas, con persistencia, utilizando todos los medios armados al alcance, y contando con la temerosa actitud del Presidente de la República de no intervenir, la operación militar no tuvo tregua y menos reparo sobre la vida de los magistrados, empleados y ciudadanos, y de los guerrilleros vencidos en esa infiusta acción terrorista que nunca ha debido ocurrir.

En ese entorno, el general **Jesús Armando Arias Cabrales** fue el Director supremo de la Operación de "retoma" del Palacio de Justicia. Por lo tanto, sabía que el operativo no podía tener tregua. De modo que sería necio, o al menos contrario a la evidencia aceptar que el general ignoraba cual era el procedimiento a seguir en el caso de los capturados: lo dijo el general Samudio Molina, "*el individuo capturado dentro del mismo campo de combate debería ser interrogado rápidamente y evacuado a los organismos superiores.*"

Así lo expresó el Tribunal de Instrucción al indicar lo siguiente:

"En el fragor del combate para la recuperación del Palacio, la alta superioridad ordenaba actuar sin demora alguna y de manera contundente; no se dejaba campo alguno a la posibilidad de diálogos ni negociaciones. En sus intervenciones dentro de la operación son insistentes los altos mandos sobre la exigencia de resultados inmediatos, decisivos, esto es, eficaces en la destrucción del enemigo. El Presidente decidió no intervenir en la dirección del operativo militar, ni para determinar la forma de manejo o rescate de rehenes; las fuerzas militares se sintieron con carta abierta para destruir al enemigo, en el menor tiempo posible, sin que la suerte de

los rehenes o la causación de destrozos fuera un obstáculo...¹⁶⁸ (Se resalta)

El general **Jesús Armando Arias Cabrales**, más allá de toda duda, fue el líder de la operación militar. Ordenó el ingreso de vehículos militares al Palacio, como él mismo lo aceptó —y lo confirmó el Comandante de la Escuela de Caballería, coronel Alfonso Plazas Vega—, la ubicación de las tropas y asignó funciones a los distintos miembros de la Brigada XIII; dispuso que las personas que salieran del Palacio de Justicia debían ser conducidas a la Casa del Florero, no para auxiliarlas, como él y el coronel Sánchez Rubiano lo afirmaron, sino para identificarlas, interrogarlas y establecer a los posibles integrantes del grupo enemigo.

Sus órdenes realizaban a la perfección la directriz del general Samudio Molina:

“el individuo capturado dentro del mismo campo de combate debería ser interrogado rápidamente y evacuado a los organismos superiores.”

No a la justicia, sino a los organismos superiores, que es distinto. Una clara manifestación de que los retenidos se sustraían a las autoridades civiles para ser entregados al contingente militar, un elemento sustancial del delito de desaparición forzada.

Se insiste: el general **Jesús Armando Arias Cabrales** dirigió el operativo de principio a fin y fue el responsable

¹⁶⁸ Cuaderno original del Tribunal Superior de Bogotá, folio 244.

directo del mando, durante la acción militar y las fases posteriores de consolidación del operativo. A nadie se le ocurriría pensar, en ese entramado de hechos y pruebas, que el general que dirigió el desproporcionado operativo de la retoma del Palacio de Justicia con el fin de enfrentar la criminal toma del mismo, una vez culminada la acción militar y contrario a lo que acordaron los mandos, se hubiera desentendido de los prisioneros y olvidado de los agresores, pues como lo reafirmó el general Rafael Samudio, el mando conjunto sobre todas las tropas se le entregó al general acusado.

La reflexión indiciaria, en fin, que parte de hechos probados y no de suposiciones, permite afirmar que el general **Jesús Armando Arias Cabrales** tuvo el control total sobre las tropas y fue por tanto el artífice principal de las conductas ocurridas con ocasión de la “solución final” que se dio a los sucesos subsiguientes a la consolidación de ese operativo injustificable, no por omisión, como se verá, sino por su aporte a la comisión de la conducta y por el control absoluto de la operación que los mandos le confiaron.

Está probado, entonces, el mando y control del general acusado en todos los actos de la operación militar, sobre todos y cada uno de los contingentes y hombres que intervinieron en la misma.

3.2. Las grabaciones.

La defensa ha sostenido que las conversaciones entre los militares que participaron en la operación militar, grabadas por radioaficionados, son ilícitas —no ilegales— y

deben excluirse. Estima, en consecuencia, que como esa prueba es esencial en la argumentación de la decisión, la sentencia no puede mantenerse.

Acerca de este tema, la Corte se ocupó de analizar la legalidad de las conversaciones sostenidas entre los principales mandos militares que intervinieron en la operación de *"retoma del Palacio de Justicia"* al resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa del Coronel Alfonso Plazas Vega. En aquella ocasión sostuvo lo siguiente:

"3.2.11. Sin embargo, se hace preciso tener en cuenta las circunstancias especiales que avalan su legalidad. La frecuencia utilizada por los radios militares de la época, además de no estar codificada, permitía su captación sin dificultad alguna por cualquier clase de receptor, en razón a que operaba por una <frecuencia comercial> como lo explicara el radioaficionado Pablo Montaña.

Esta es la razón por la cual otro de ellos, Mike Forero Nougués, también captara las comunicaciones de los militares, y algunos integrantes del departamento técnico de la emisora Todelar Bogotá igualmente lo hicieran.

3.2.12 Desde esta óptica, habría una renuncia a esa zona o esfera personalísima del individuo protegida por la ley, en cuanto los militares que hablaban por ese medio lo hacían sin prevención por la reserva de su conversación, al utilizar otros canales o líneas distintas a las otras por los particulares cuando consideraban necesario hacerlo, por lo cual no existía una <expectativa razonable de intimidad> que ameritara protección legal.

De ese modo permitieron que trascendiera a la opinión pública el contenido de sus conversaciones, su interés en el momento en que se encontraban no era el de preservar su intimidad, sino de llevar adelante una operación militar que de modo alguno comprometía datos o situaciones de la persona.

3.2.13 Las especiales circunstancias que abarcaron los acontecimientos del Palacio de Justicia, imponen un juicio positivo de legalidad de la captación y grabación de las conversaciones de los militares, adicionalmente porque el monitoreo de la frecuencia fue hecho mediante un rastreo aleatorio e indiscriminado del espectro, en el que las frecuencias comerciales resultaban entremezcladas con las usadas por los militares, al extremo que era

possible oír las de tránsito, bomberos, almacenes y de la Policía Nacional, según lo informado por los testigos."

La Corte podría recurrir a esos argumentos y saldar la discusión. Sin embargo, indicará porque esa conclusión se debe reafirmar, aun cuando desde otra perspectiva. En ese propósito se debe indicar que las grabaciones de dos radioaficionados particulares en las cuales se transmiten órdenes entre los mandos militares, se obtuvieron mediante un rastreo aleatorio de frecuencias y en el momento mismo en que se ejecutada la operación. Esta singular situación explica que exigir, en semejantes circunstancias, una orden judicial, como en general se debe hacer cuando se trata de interceptar conversaciones por autoridades del Estado, era imposible, y mirada la situación en concreto, francamente insensato.

Como se ha afirmado reiterada e insistentemente, los acontecimientos del Palacio de Justicia deben apreciarse como una expresión del conflicto armado. Por lo tanto, con esa misma lógica no sería coherente que, al estimar la legalidad de la prueba, se hiciera abstracción de esa situación para apreciarla la evidencia de acuerdo con los valores y parámetros a los que se suele recurrir para juzgar la delincuencia que se produce en situaciones propias de lo que puede denominarse delincuencia convencional.

Igualmente es indispensable señalar que imponer una única conclusión posible a partir del solo examen formal del derecho a la intimidad, como se plantea en la demanda, es equivocado.

Véase:

(i).- En países como Alemania, para resolver este tipo de tensiones, se ha recurrido a la tesis de la ponderación, juicio en el cual se deben considerar los siguientes criterios:

*"(...) la seriedad del crimen, la gravedad del vicio probatorio, el valor demostrativo de la prueba en cuestión, la fortaleza de la sospecha y los intereses constitucionales en juego dentro de los cuales se destaca el interés en que la violación de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal no quede en la impunidad sacrificándose la verdad real."*¹⁶⁹

(ii).- En Inglaterra, en cambio, se recurre al criterio de equidad. Así, en el caso de la utilización de una grabación que fue determinante en la incriminación, se consideró que su uso no fue inequitativo porque el sindicado tuvo la oportunidad de controvertir la prueba.¹⁷⁰

(iii).- En Estados Unidos la exclusión de la prueba opera por tres razones que pueden confluir: la tutela de derechos fundamentales, el efecto disuasorio sobre agentes de policía, en el sentido de que una prueba obtenida con violación de garantías fundamentales no será considerada en juicio, y la idea de *"integridad judicial de la Constitución"*, según la cual una decisión judicial no se puede sustentar en elementos inconstitucionales.

Sin embargo, el criterio de disuasión policial tiene un fundamento pragmático que, como lo indica Vives Antón¹⁷¹,

¹⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU 159 de 2002.

¹⁷⁰ Ibidem. 2

¹⁷¹ Vives Antón, Tomás S. *Fundamentos del Sistema Penal*. Ed. Tirant lo Blanch. Pag. 906 y ss.

lleva a negar la exclusión de pruebas obtenidas ilícitamente por particulares.¹⁷²

Pese a que se trata de sistemas jurídicos distintos al colombiano, la ponderación para resolver tensiones entre principios es, en este caso, y posiblemente en otros, un método valioso para resolver si la prueba es ilícita o no lo es. En ese entendido, se debe asumir que la colisión de principios supone interpretar una situación regulada por normas que disponen *“que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.”*

En ese propósito, es necesario precisar inicialmente en qué consiste el derecho fundamental a la intimidad, no para realizar el juicio de proporcionalidad entre la intimidad y el debido proceso, sino para mostrar que la tensión a resolver es entre debido proceso y justicia como valor y fundamento del Estado.

Acerca del derecho fundamental a la intimidad, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“El derecho fundamental a la intimidad se proyecta en dos dimensiones: (i) como secreto que impide la divulgación ilegítima de hechos o documentos privados, o (ii) como libertad, que se realiza en el derecho de toda persona a tomar las decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada.

En este sentido, el derecho a la intimidad es un derecho de status negativo, o de defensa frente a cualquier invasión indebida de la esfera privada, a la vez que un derecho de status positivo, o de control sobre las informaciones que afecten a la persona o la familia.

¹⁷² Segura vs US, 1994

Mediante este derecho se asegura a la persona y a su familia un reducto o espacio físico inexpugnable, en el que es posible encontrar el recogimiento necesario para proyectar libremente la personalidad, sin las intromisiones propias de la vida en sociedad.

Desde esa perspectiva, la Corte ha indicado también, que:

"El artículo 15 de la Constitución establece una serie de garantías para su protección:

*(i) el deber del Estado y de los particulares de respetarlo; (ii) la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada, salvo el registro o la interceptación por orden judicial, en los casos y con las formalidades de ley y; (iii) la reserva de libros de contabilidad y demás documentos privados, salvo su exigibilidad para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado, "en los términos que señale la ley."*¹⁷³

En segundo lugar, se ha distinguido entre el derecho a la intimidad de un particular, y el de un servidor oficial, cuya función implica actuaciones públicas de interés general. Bajo esa consideración, y la de que el derecho a la intimidad no es absoluto, se ha estimado, en determinados eventos, que cuando se trata de personas y hechos de importancia públicas, la información prevalece sobre el derecho a la intimidad.¹⁷⁴

En tercer lugar, a partir de reconocer que el derecho a la intimidad no es absoluto, se admiten injerencias legítimas. Así, era, y es posible, interceptar comunicaciones, tanto antes de la Constitución Política de 1991,¹⁷⁵ y por supuesto

¹⁷³ Corte Constitucional Sentencia C 594 de 2014.

¹⁷⁴ Corte Constitucional Sentencia T-066/98, y T-1202/00.

¹⁷⁵ Artículo 23 de la Constitución de 1886. Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino

después, con orden previa de autoridad judicial, o con el control posterior del juez.

No obstante, a pesar de que Sala podría examinar la tensión y resolver el dilema entre intimidad y la ilicitud o licitud de la prueba, lo cierto es que el problema a resolver involucra no tanto el derecho a la intimidad, sino el debido proceso, lo cual implica que la tensión a resolver en este caso no sea entre la intimidad y el debido proceso, sino entre el debido proceso y la justicia material como principio fundante del Estado y como valor.

La importancia del derecho a la intimidad, que nadie pone en entredicho, no puede ser el epicentro del juicio de ponderación en este caso. Lo sería en el caso de que las grabaciones no hubieran sido incorporadas al proceso judicial. Cuando esto ocurre, entonces, el tema a resolver no es el de la intimidad, sino la validez procesal del medio probatorio, es decir, la garantía sustancial del debido

a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes.

Artículo 29 de la Constitución de 1991.... Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

... Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Artículo 250 de la Constitución de 1991. La Fiscalía General de la Nación, deberá:

2. *Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.*

proceso. Es aquí en donde subyace la interferencia entre el derecho y la garantía.

Por lo mismo, el derecho a la intimidad es, en este caso, dadas las circunstancias en que se obtuvieron las grabaciones, un distracto, y no un elemento sustancial a considerar en la solución del problema.

A partir de estos elementos, y puesta en escena la conducta, se debe admitir que las grabaciones realizadas por dos radioaficionados -cuyo contenido no fue discutido por la defensa durante el curso del proceso, lo cual en el derecho Anglosajón llevaría a considerar su licitud desde la base de la equidad—, en el momento mismo en que oficiales de la fuerza pública impartían órdenes para “recuperar” el Palacio de Justicia, impedían, por su coetaneidad con los hechos, la formalidad de la denuncia y la búsqueda de una orden judicial, que es desde luego esencial en situaciones de relativa normalidad.

De otra parte, las grabaciones son el resultado de una conducta lícita, de la captación autorizada de señales incidentales, un comportamiento amparado por la ley; una actuación de particulares y no de servidores públicos, situación que adquiere una relevancia importante en el juicio de ponderación a la hora de determinar la licitud o ilicitud del medio probatorio.

Desde la perspectiva del derecho de Estados Unidos la teoría de la disuasión, un elemento a considerar en esta clase

de juicios, no aplicaría como parámetro del examen de legalidad de pruebas obtenidas por particulares, como las que se aprecian ahora.

En tercer lugar, el hecho de que los militares utilizaran frecuencias sensibles a la escucha de otros, autorizados legalmente para emplear la misma frecuencia por la que incidentalmente captaron las órdenes que se impartían sobre un suceso que para ese momento era la causa de preocupación de la Nación toda, indica que los militares sobrepasaron el umbral de la necesaria "*discreción*" que se debe emplear en este tipo de comunicaciones, creando una autopuesta en riesgo que solo a ellos les es imputable.

Junto a lo anterior, la gravedad de la conducta, tanto la de quienes realizaron el ataque al Palacio de Justicia, como la que se atribuye a los oficiales de la fuerza pública, propia de un grave atentado a los Derechos Humanos, imponen en este caso que el derecho a la verdad y a la no impunidad, que es en lo que consiste la justicia material desde este ámbito, primen sobre la formalidad de la orden judicial previa, mas aun si se asume que con esa actuación no se creó un estado de indefensión para el procesado, en cuanto pudo objetar su contenido en el proceso, sin hacerlo.

De modo que las comunicaciones así obtenidas no afectan el núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso y, por el contrario, los valores que están en conflicto legitiman la validez de la prueba que el juzgado y el Tribunal apreciaron, solución a la que se puede llegar, en este caso,

según se ha indicado, desde cualquiera de los tres sistemas que se han puesto de manifiesto, aunque el sistema de la ponderación, por lo indicado, lo resuelve satisfactoriamente.

Por lo mismo, el cargo no prospera.

3.3. El contenido de las grabaciones.

Las grabaciones contienen detalles de todo tipo, desde datos relacionados con la manera como se llevaba a cabo el operativo -algunos inocuos en sentido penal, pero con un alto valor histórico—, hasta los más crudos mensajes acerca de cómo manejar situaciones críticas con los asaltantes ciertos y también con aquellos de quienes se sospechaba que tenían ese status, que son los que interesan al proceso.

Acerca del operativo, por ejemplo, las comunicaciones entre el coronel Luis Carlos Sadovnik (*Arcano 5*) y el general **Jesús Armando Arias Cabrales** (*Arcano 6*), muestran el siguiente diálogo:

“Arcano 5. Hay lo siguiente, el Mayor Fracica que está en el 2º piso de la 7ª hacia el Norte, informa que él está recibiendo fuego de Sur a Norte y de Oriente a Occidente. Cambio.

•Arcano 6.R. Pues realmente, al Sur él únicamente tiene ahí a Arcano 2, es el que está ahí al Sur de él, Alfa esta al Sur de él y al oriente, pues al oriente tiene únicamente el área externa allá, ya es el área externa de manera que ahí no tenemos tropas. Siga.

•Arcano 5. De todas maneras, aquí está en el teléfono, mi general y está dando esa información que está recibiendo fuego de

esos dos sectores, de manera que vale la pena chequear qué es lo que está pasando, mi General.”¹⁷⁶

Esta situación lleva a establecer un cruce de disparos entre las mismas tropas, y de ahí el siguiente diálogo:

“-Corsario el edificio está aquí ubicado sobre la 12. Corsario son tres series de edificios al fondo y están con las luces apagadas... QSN...

-Esa es la misma información que me trajeron ahora, de que era un grupo del GOES que estaba allá, o sea propias tropas. Sin embargo, efectué un reconocimiento.

-Pero yo he estado ahí y en las piezas principales no hay nadie, está todo con candado. No veo a nadie ahí hasta el momento.

-El que queda frente a la Unión Patriótica es el que hay que registrar también. Cambio.

-Arcano 3. Arcano 6 dice que el 4° piso recibió fuego como del Edificio Murillo Toro. Cambio.

-Alguacil 6. R. Allá se envió un personal de Acorazado y yo hablé personalmente con Acorazado 3, y están en el reconocimiento. Cambio.

-Arcano 3. Pues sí, que registren todo que hay una ventana rota y de ahí les estaban haciendo fuego. Cambio.”¹⁷⁷

En esos diálogos, la prueba del mando del general **Jesús Armando Arias Cabrales** es inocultable. En todos los frentes. Así, como Arcano 6, dispuso frente a los episodios anteriores lo siguiente:

“**-Arcano 6.** Bueno, otra información. Tropa que está afuera que no dispare hacia adentro porque nosotros sabemos en donde nos colocamos, hacia dónde disparamos, pero están disparando

¹⁷⁶ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 36, folio 32.

¹⁷⁷ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 36, folio 16.

afuera y tenemos un teniente herido, parece que está herido un Teniente de los disparos que vinieron de afuera. Cambio.

-QSL. **Arcano 6.** Voy a dar la orden a cada una de las unidades acá del área. Cambio... Si que son las unidades nuevas que llegaron a hacer un nuevo cierre que están haciendo disparos aislados. Cambio.

El general supo todo y dispuso la forma de enfrentar la insensatez del grupo terrorista. El propósito era claro, el adversario debía ser enfrentado por todos los medios:

Arcano 6. R. Por ningún motivo. Ellos no deben disparar sino en caso extremo de que algunos de esos...trate de salirse, pero del resto hacia adentro no, porque estamos nosotros manejando la situación, entonces no queremos correr riesgos adicionales. Cambio.¹⁷⁸

Arcano 6. Por favor repórteme situación su sótano y 1º. Siga.

-Bueno, Arcano 6, sobre el sector allá de la 8º con el sótano en el momento de penetrar allá por unas gradas, fuimos repelidos y heridos un Sargento y un soldado. Entonces se está analizando la situación para disparar hacia ese sector un par de rockets desde un edificio del frente. Estamos intentando en éste momento tratando de... las tropas, con el fin de tenerlas ubicadas exactamente en el sector. Cambio.

Arcano 6. QSL. Eso es el sótano. ¿en el 1º? Siga.

-R. Sótano y 1er piso no hay problema. Por el sótano uno va a salir al 1er piso. Cambio.

Arcano 6. QSL. De todas maneras, pues hay que presionar porque yo creo que esta gente no tenga munición suficiente pues para hacer una resistencia muy prolongada, entonces hay que presionarlos en ese sentido y obligarlos a que disparen. Siga.

¹⁷⁸ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 36, folio 49.

-R.QSL. Yo estaba tratando de ubicar bien las tropas para hacer el tiro hacia ese sector. Que ese sector viene siendo el sector noroccidental. Cambio.

Arcano 6. QSL. Siga. Yo creo que hacia ese sector pues creo que no hay tropas, solo las tropas de acorazado en el sótano, creo que para ese sector no hay...noroccidental que donde pensamos hacer el tiro de rocket. Cambio.¹⁷⁹

La única preocupación asociada al lanzamiento de los rockets en contra del enemigo consistió en no causar daño a las tropas, sin importar las lesiones o muerte que podían ocasionar a los rehenes.

La indiferencia por los rehenes al utilizar armas de gran poder de destrucción también se observa cuando se utilizan explosivos para abrir boquetes en la terraza del Palacio de Justicia, o cuando se usaron para destruir completamente las paredes aledañas a los baños en donde habían sido confinados por los guerrilleros. Los huecos realizados en la terraza, la destrucción de las paredes y el orificio abierto en el baño, así como la realización de disparos desde la parte exterior por el boquete abierto, quedaron registrados en la diligencia de reconstrucción de los hechos realizada por el juzgado 77 de Instrucción Criminal¹⁸⁰.

Esta forma de actuar del Ejército está confirmada en el siguiente aparte de las grabaciones:

"-Ariete 6... envio dos cargas más de 15 libras. Le envío una carga de...perdón, 4 cargas de crater y de 40 libras de T.N.T.

¹⁷⁹ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 36, folio 32.

¹⁸⁰ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 51, folio 272.

Cordón detonante, estopines, para que usted allá amplié el roto, pero encima del objetivo. Siga.

-Recibido QSL. Siga Ariete 6.

-Ariete 6. *Tenga en cuenta que la carga del cráter es bastante poderosa y que la distancia de seguridad de las propias tropas debe ser mayor que con la carga de demolición. Siga.*

-Recibido. Si, el personal aquí donde se está colocando, de cómo seguridad, y al sitio donde se coloca la carga, tiene protección. Siga.

-Ariete 6. R. *La idea es localizar a los chusmeros esos y en la oficina inmediatamente de encima, si es posible, colocar la carga para abrir un roto y por ese roto aventarles granadas y fumiguelos y lo que sea. Siga.*

*-R. QSL. Hay una situación antes de lanzar las granadas con la primera carga y estamos esperando la otra. Ahorita se va a estallar la segunda, y depende del orificio que haga, entonces se procederá a lo concerniente. Siga.*¹⁸¹

Esta secuencia muestra el manejo que se le dio a una situación que demandaba el mayor cuidado para la vida de los rehenes, y permite inferir que poco o nada importaba la de los asaltantes. Había que fumigarlos, según la expresión utilizada en las conversaciones, designio del cual el general **Jesús Armando Arias Cabrales** participaba, pues no en vano era quien impartía las órdenes y las controlaba con el don de su jerarquía marcial, como se deduce del conjunto de conversaciones indicadas.

Por supuesto que la Corte entiende, como se indicó en otros apartes, que no se trata de juzgar la operación militar en sí, sino la desaparición forzada de personas al culminar la acción de "retoma"; sin embargo, la conducta final, que es

¹⁸¹ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 36, folio 38.

la que ahora se analiza, no se puede valorar al margen de estas circunstancias que demuestran que el general **Jesús Armando Arias Cabrales** mostró un signo inequívoco de despreocupación por la suerte de los rehenes, y que tuvo de principio a fin el control de *toda* la operación militar y no solamente de un segmento de ella.

Al finalizar el saldo trágico, en efecto, el general **Jesús Armando Arias Cabrales** mantenía el dominio del hecho. Así se deduce de la conversación realizada entre el general (Arcano 6) y el coronel Luis Carlos Sadovnik (Arcano 5):

"Arcano 5. R. Arcano 6. Siga.

-Arcano 6. Estamos en este momento en el 4° piso, entramos acá ya con el pelotón de... con el efecto de reducir el área donde estábamos recibiendo fuego de manera intensa cuando se intentó tomar este piso y cuando posteriormente intentamos desde la parte de la terraza, lograr penetración. Hay por lo menos, estimo yo, porque están calcinados, por lo menos hay unos 25 cadáveres y hemos encontrado unas 8 armas calcinadas y seguimos recuperando armas. Aquí donde estaba el área pues de mayor resistencia. Cambio.

-Arcano 5. Estoy QSL y ¿sigue habiendo puntos de resistencia? Cambio.

Arcano 6. Afirmativo, los tenemos en el Sector Norte Occidente de la U, es decir de primero a segundo, segundo a tercero, tercero a cuarto, y en este último piso parece que...

-Arcano 5. Por favor Arcano 6, pero ¿la resistencia es únicamente en el cuarto piso, o hay en los demás pisos resistencia sobre el mismo sector? Cambio.

-Arcano 6. Dónde tienen los rehenes. Cambio.¹⁸²

(Resaltado fuera de texto)

¹⁸² Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 36, folio 89.

En ese estado de cosas, el Consejero de Estado Reynaldo Arciniegas, quien se ofreció a hablar con el Ejército con el fin de salvar a sus compañeros rehenes aprisionados en el baño del tercer piso, reafirma el liderazgo del general **Jesús Armando Arias Cabrales**, al indicar lo siguiente:

“...supliqué al General Arias Cabrales y al Grupo de Oficiales del Ejército y Policía que estaban con él que no fueran a aplicar la operación “rastrillo” porque había muchos rehenes en el baño. Fui llevado a la Casa del Florero y allí interrogado largamente sobre la situación de los guerrilleros y de los rehenes.”¹⁸³

Este hecho a su vez se corrobora con la comunicación que sostuvo el procesado (*Arcano 6*) con el general Samudio Molina (*Paladín 6*), avanzada la mañana del 7 de noviembre, así:

-Paladín 6. Arcano 6 de Paladin 6, dime situación actual, cambio.

-Arcano 6.R. situación eh...se continúa tratando de forzar el acceso, se han utilizado dos cargas dirigidas, se utilizó una composición C con resultados negativos, estamos colocando otro tipo de explosivos porque es el control que tiene absolutamente sobre el acceso y al terminar ese acceso parece que hay un mezzanine, un sistema de baños donde tienen un grupo de rehenes y al parecer hay cinco individuos que son los que controlan la operación y quienes los están custodiando, cambio.

-Paladín 6. QSL. Siga.

-Arcano 6. Del resto tenemos ocupado 2do. y 3er piso con excepción del baño de la escalera y el acceso pues al mezzanine y luego el 3er. Piso. Parece que en el 3er. en ese mismo rincón de la escalera, hay una ametralladora de acuerdo con lo que dice el Magistrado Arciniegas que se rescató hace unos minutos. Entonces vamos a forzar de todas maneras la entrada con explosivos nuevamente en el 1ro. y 2do. a efecto de continuar la operación y tratar de sacar al personal que está allí, que según parece es numeroso y están hacinados en el baño de damas. Cambio.

....

¹⁸³ Cuaderno original de Instrucción No 26, folio 51.

Paladín 6. R. Dígame una cosa ¿usted habló con el magistrado Arciniegas? Siga.

Arcano 6. Afirmativo, yo hablé con él porque lo recibimos aquí cuando bajó por la escalera y lo envié también al 2. El habló con él y dio alguna información que es la que le estoy suministrando. Cambio.

Paladín 6. QSL. Concretamente le pregunto: ¿él pidió Cruz Roja? Siga.

Arcano 6. Negativo, negativo. El simplemente cuando salió se le ordenó que saliera con las manos en alto. El salió con su credencial, pues la cara era conocida, de inmediato pues dijo que era muy amigo del General Vega Torres y dijo que lo habían dejado salir, que ahí en el descanso de la escalera estaban parapetados unos individuos con armas automáticas que eran los que nos estaban teniendo y que informó también sobre los rehenes en el mezzanine del 2do.piso. Cambio.

Paladín 6. R. ¿Cuántos rehenes calcula él? Cambio.

Arcano 6. Yo creo que él es un poquito subido de número, porque el habla de 50 y nosotros evacuamos 148, más unos que se habían evacuado esta mañana que salieron por el sótano, personal más que todo tipo auxiliar de servicios acá. Entonces yo no creo tampoco que sean tan numerosos como él dice. Cambio.

Paladín 6. R. QSL. ¿él estaba solo en algún sitio o fue que lo dejaron salir de... estaba en el grupo.

Arcano 6. No. Estaba con el personal, lo hicieron bajar hacia donde estaba el personal que controla la escalera, entonces allí empezaron a gritar de la Cruz Roja, de que necesitaban que viniera la Cruz Roja y se les dijo que entonces enviaran a alguien. Dijeron que iban a enviar a un Magistrado y le ordenamos que bajara uno por uno con las manos en alto, pero el único que bajó fue él.¹⁸⁴

En el manejo de la asistencia de la Cruz Roja también se observa la manipulación de las Fuerzas Armadas y el papel central del general **Arias Cabrales**, lo cual reafirma el manejo y control de todos los actos relacionados con la operación militar.

¹⁸⁴ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 36, folios 53 y 54.

Así, al enterarse que el Delegado de la Cruz Roja insistía en dirigirse hacia el Palacio de Justicia, el general Rafael Samudio Molina le insistió al general **Jesús Armando Arias Cabrales** en la urgencia de consolidar el objetivo:

"-Paladín 6. R. Entiendo que no han llegado los de la Cruz Roja, por consiguiente, estamos con libertad de operación y jugando contra el tiempo. Por favor, apurar, apurar a consolidar y acabar con todo y consolidar el objetivo. Siga." 185

De igual manera, insistió a través del coronel Sadovnik en que retrasaran el ingreso del Delegado, pues éste comunicó:

"Arcano 5. Quiere Paladín que se dilate un poquito el acceso de Martínez. Eh, se le ponga a coordinar bien sea aquí o bien sea con el Ejército. Cambio.

Arcano 6. R., entendido" 186.

Por eso, cuando Carlos Eduardo Martínez Sáenz, Director de Socorro Nacional de la Cruz Roja, llegó a la Casa del Florero, el general **Arias Cabrales** dio las órdenes para cumplir las directrices de su superior:

"-llegó el personaje. Cambio.

-Arcano 6. QSL, QSL. Bueno entonces dígale que me van a mandar a informar, me va a mandar informar, para efecto de terminar aquí porque estamos ya en el punto de irrumpir, estamos a punto de irrumpir, inclusive nos están dando fuego. Entonces, ya yo voy a bajar al 1er. piso, estoy aquí en el 4º, voy a bajar al 1ro. a recibirla. De acuerdo con lo previsto, entonces él y cinco camilleros, perfectamente identificados, con sus camillas, con sus distintivos de la Cruz Roja, etc. Entonces, para que alguien lo acompañe ahí

¹⁸⁵ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 36, folio 75.

¹⁸⁶ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 36, folio 80.

protegiéndose contra el muro del 1er. piso, y que me espere ahí a la entrada para hacerlos conducir. Cambio.

-QSL. **Arcano 6.** Ahí lo estamos demorando un poquito para, dándole instrucciones de cómo arribar allá. Cambio. ¹⁸⁷

Martínez Sáenz confirmó haber estado bastante tiempo en la Casa del Florero, desde luego como consecuencia de la maniobra militar, mientras esperaba la autorización para ingresar al Palacio de Justicia. Al ser autorizado, fue acompañado por el general Vargas Villegas y el coronel Plazas Vega hasta la entrada principal, y desde allí se dirigió al tercer piso en donde se encontró con el general **Arias Cabrales**. Esto manifestó:

*"Súbitamente oímos una explosión fuerte, minutos después cesó el fuego y vimos descender un grupo grande de soldados, quienes dieron parte al General de haber cumplido la misión encomendada a ellos. Comprendí que mi misión había fallado desde todo punto de vista, me invitó el general Arias a reconocer el área del cuarto piso pero comprendí que no tenía objeto..."*¹⁸⁸

Desde este momento la dificultad no eran los rehenes. El problema eran los sobrevivientes. Se ordenó, entonces, localizar y conducir a las personas rescatadas o apresadas en el interior del Palacio de Justicia a la Casa del Florero, instalaciones que desde un comienzo ocupó el general Jorge Luis Vargas Villegas, comandante del departamento de Policía Bogotá, que como se ha dicho, en la jerarquía de mando respondía a las órdenes del comandante de la operación, el general **Jesús Armando Arias Cabrales**.

¹⁸⁷ Cuaderno original de Anexos de instrucción No 36, folio 77.

¹⁸⁸ Cuaderno original de Anexos de la Causa No 10, folio 33.

En efecto, las personas rescatadas o retenidas del Palacio de Justicia eran llevadas a dicho sitio quedando a disposición de la Brigada XIII, para ser identificados y decidir su destino, según lo afirmó el coronel Alfonso Plazas Vega al manifestar:

*"todas las personas debían pasar a la Casa del Florero a disposición del Comando de Brigada, el cual tenía para su chequeo y destinación encargado al B-2 de la Brigada, con un equipo de trabajo."*¹⁸⁹ (resaltado y subrayado fuera de texto)

Si se buscaba una prueba relevante de que el general **Jesús Armando Arias Cabrales** tenía el mando aun después de finiquitada la operación de "rescate", quien la entrega es el Coronel Alfonso Plazas Vega. No cabe duda, entonces, que el general **Jesús Armando Arias Cabrales** -comandante supremo del operativo militar, con mando sobre la policía y las unidades de inteligencia—, fue quien dispuso que el B2 bajo su mando, realizara el "chequeo" y la "identificación", por lo cual no se puede decir que su responsabilidad concluyó con la operación llevada a cabo al interior del Palacio y que la situación de los detenidos y rehenes fuera responsabilidad de otros sobre quienes no tenía control.

El Coronel desmiente así al general **Arias Cabrales**, quien se limitó a reconocer que la Casa del Florero fue utilizada por otras entidades gubernamentales para brindar primeros auxilios, identificar a los rescatados y facilitarles el retorno a sus hogares.¹⁹⁰ No fue así, aun cuando así ocurrió

¹⁸⁹ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 18, folio 51.

¹⁹⁰ Certificación jurada del 27 de noviembre de 1987 del general Jesús Armando Arias Cabrales, cuaderno original de Anexos de Instrucción No 51, folio 272.

con algunos a quienes se auxilió, a otros, a los sospechosos, no se los llevó con ese fin, sino para interrogarlos; para investigar si participaron directamente en la operación criminal, o si apoyaron en su condición de empleados de Palacio la ejecución de la acción terrorista.

Así, Julia Alba Navarrete Mosquera, periodista de Caracol, afirmó que el día 6 de noviembre sobre las 10:30 de la mañana, rato después de iniciada la operación militar, al salir los primeros rehenes:

“...me metí con la gente que iba en la cola. Detrás de mí iba un muchacho, alto, negrito, que iba haciendo un signo de victoria y una muchacha con el uniforme de la cafetería del Palacio. A ellos, a todos nos hacen cogerse de la cintura del otro. De eso hay imágenes en la televisión, no tan exactas, pero si algunas y nos llevan a la Casa del Florero. Estando en la Casa del Florero, había varios militares con mesas y con unos álbumes grandísimos. Ellos iban mirando a cada una de las personas y de acuerdo a lo que veían en el álbum, si se les parecía a alguien los mandaban al segundo piso. Yo tuve un altercado ahí con unos militares, cuando se dieron cuenta que yo era periodista y me iban a quitar la grabadora. Yo formé el escándalo y no me dejé y me sacaron.”¹⁹¹ (Se resalta)

Los funcionarios de la Secretaría de la Sala de Casación Penal de la Corte Denis Darceth Durango, Luis Fabián Romero y Orlando Arrechea Ocoró, aseguraron que una vez el Ejército les permitió salir de la oficina en los momentos iniciales de la toma, fueron conducidos hacia la Casa del Florero.

¹⁹¹ Declaración rendida el 5 de julio de 2006, ante la Fiscalía 4^a Delegada. Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 5, folio 208.

Denis Durango señaló que después de identificarse, suministrar sus datos personales y ser interrogado, pudo irse para su casa, mientras que Luis Fabián Romero señaló que después de identificarse en el salón ubicado frente a la plazoleta del primer piso, se le ordenó subir al segundo piso:

*"Allí esperé, cuando se me acercó otra persona de bata blanca y me hizo trasladar a un salón interno y me hizo colocar contra la pared frente a un cuadro y yo le preguntaba que por qué me tenían allí, que yo debía estar abajo con mis compañeros, y ellos me respondían que me estaban investigando, que probablemente por informante y así sucesivamente iba uno y volvía otro y me hacía una serie de preguntas, a veces volvían dos, uno por un lado y otro por el otro extremo, más o menos hasta las diez de la noche, momento en que ingresa el oficial del Guardia Presidencial, que precisamente el que había ingresado a la Secretaría...El señor Oficial se disgustó...y le ordenó que me acompañara hasta la calle 6^a, no fue más el incidente ahí en la Casa."*¹⁹²

Por su parte, Orlando Arrechea Ocoró aseveró que un Capitán del Ejército lo interrogó sobre el lugar de expedición de su cédula y al enterarse de que era el departamento del Cauca, le ordenó subir al segundo piso y pese a que el Secretario de la Sala Penal abogó por él, lo dejaron allí hasta el día siguiente, cuando fue enviado junto con otras personas a la Brigada XIII y de ahí a la Estación Sexta de Policía, en donde lo dejaron libre. Aseveró:

*"...A mí me hicieron cuatro preguntas o sindicaciones que le hacen a uno, que me habían visto a mí en la toma de Corinto, en la toma de Florencia, y que yo era guerrillero porque, otra cosa que decía que porqué tan diferente la foto de mi cédula a la del carnet de la Corte, no me creían que esos eran mis documentos"*¹⁹³.

¹⁹² Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 8, folio 190.

¹⁹³ Cuaderno original No 1, Inspección Procuraduría, folio 60.

La búsqueda de insurgentes entre las personas que salieron del Palacio fue constante dentro de la operación, como también los interrogatorios en el segundo piso de la casa del Florero, lo que demuestra que no era una simple verificación de identidad lo que allí se hacía, ni que el lugar fuera un centro de auxilio y ayuda.

En ese contexto, el abogado Roberto Cepeda Tarazona, funcionario de Legis, relató que al no identificarse como funcionario de la Corte, lo retuvieron junto a un hombre y una mujer universitarios hasta el final:

*"Entonces los militares anunciaron a gritos a los militares que estaban afuera que iban a salir 3 especiales nos custodiaron fuertemente a la salida cuando ya íbamos afuera de la Corte en la Plaza de Bolívar seguían gritando que éramos 3 especiales que llamaran un carro del F-2. Salimos por medio de una fila de militares unos uniformados otros de civil gritaban que estos son especiales luego que (corrijo) ya decían estos son guerrilleros de pronto había unos de estos militares que me cogían del brazo y me tiraban y decían este déjeme a mí."*¹⁹⁴

Por intervención de la auxiliar del doctor Mario Enrique Pérez ante un General que se encontraba allí, fue liberado sobre las 7:15 de la noche.

En esa búsqueda de responsables, algo similar ocurrió con el Magistrado auxiliar de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia Nicolás Pájaro Peñaranda, quien con recia actitud logró que lo llevaran a la Clínica de la Caja Nacional de Previsión, lugar en donde fue custodiado permanentemente por un soldado de la Policía Militar. Relató que hasta allí llegaron personas vestidas de civil con

¹⁹⁴ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 46, folio 2.

ametralladoras en la mano, quienes interrogaron a los integrantes del cuerpo médico sobre su identidad para descartar que fuera un guerrillero:

“...llegaron unas personas yo les dije lo que ocurrió aquí fue que el Ejército acabó con todo, incendió y mató a todo el mundo, eso disparaban sin consideración contra las oficinas, incendiaron el Palacio, eso fue lo que ocurrió, en la Caja Nacional de Previsión a raíz de eso que yo dije, tuvieron que esconderme porque llamaron del Ejército a la Caja Nacional de Previsión Social, y a un médico le dijeron: si ese señor sigue hablando lo vamos a matar en cuidados intensivos, entonces me escondieron, en la Caja, me sacaron de cuidados intensivos y me tuvieron allí en otra habitación..”¹⁹⁵

Los universitarios Yolanda Ernestina Santodomingo y Eduardo Matzon Ospino confirmaron estos procedimientos inquisitivos. La primera declaró que fue golpeada mientras permaneció en el segundo piso de la casa del Florero, y luego conducida junto con Matzon Ospino a la DIJIN, en donde los sometieron a la prueba de guantelete, y pese a que el resultado fue negativo, los condujeron a una guarnición militar ubicada en el sur de Bogotá, en donde fueron torturados.

Luego de varias horas y después de confirmar que su compañero era sobrino del gobernador de Bolívar, hijo de un magistrado y amigo del hijo del general Maza Márquez, los dejaron libres en inmediaciones de San Victorino, hecho que demuestra que la retención de personas fue un acto realizado

¹⁹⁵ CD 32 minutos 1.31.38 y 1.32.51. Este aparte también está transcrto en la Sentencia de Primera Instancia, folio 270.

por fuera de la intervención judicial y el producto de una acción que de selectiva se convirtió en masiva.

Este hecho, por lo demás, aparece registrado en el informe que el coronel Sánchez Rubiano (*Arcano 2*) le hiciera al general **Arias Cabrales** (*Arcano 6*), así:

"Arcano 6. R. Situación allá en cuanto al personal evacuado y en cuanto a posibles intercalados. Siga.

-Arcano 2. Bueno recibí. Ya estamos evacuando la gente, ya la inmensa mayoría ha salido. Quedan aproximadamente unos 5 personajes que al parecer de acuerdo a indicaciones, son ...de los otros. Cambio.

-Arcano 6. R. En total ¿cuánta gente fue evacuada? Tienen contabilidad. Siga.

-Arcano 2. En este momento hemos evacuado aproximadamente 90 personas. Cambio.

-Arcano 6. QSL. Entonces para que confronten allá el dato y verifiquen, porque esta gente hay que darles factible con guantelete y verificar si han o no han disparado. Siga.

-Arcano 2. Recibí. QSL. Próximamente los vamos a evacuar para donde los polímeros a fin de que le hagan ese trabajo en vista de que el laboratorio lo tienen en ese sector. Cambio.¹⁹⁶".

Como decir, entonces, que el general no supo, que no estuvo enterado y que no sabía de la aprehensión de los sospechosos, si la grabación transcrita demuestra que, como superior de todas las fuerzas, era informado de las retenciones que le permitían impartir órdenes sobre el procedimiento a seguir con "los otros."

¹⁹⁶ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 36, folio 12.

La disculpa, entonces, de que todo ocurrió sin que él lo supiera, la destroza la contundencia de la prueba. Por ello, no se puede decir que el general simplemente omitió su deber, pudiendo hacerlo. No. El acto de aprehensión y posterior desaparecimiento de los "sospechosos", como lo pone en evidencia la secuencia histórica indicada, estaba prevista desde el comienzo de la operación. En otras palabras, la desaparición forzada de personas, según se infiere de la prueba bosquejada, no fue una idea de momento, ni la ocurrencia de unos pocos, sino el resultado de la acción de retoma, ya de por si crítica por la muerte de altos dignatarios que no fueron escuchados en sus sensatas súplicas.

Expresado de otro modo: una imputación omisiva a partir de la posición de garante, se puede asumir solo si se desliga la desaparición forzada del conjunto de órdenes, contra órdenes y acciones que el general **Arias Cabrales** -y de ahí para arriba—, profirió y desplegó con el fin de recuperar el Palacio de Justicia y de someter a los terroristas que osaron desafiar al Estado, sometiendo al Poder Judicial por el uso de la fuerza y la violencia. De manera que la desaparición forzada no se puede mirar como un acto aislado que refleja un desvalor individual, sino como expresión de un conjunto de acciones que conforman una unidad.

En ese contexto el control era total, absoluto. Incluso con los heridos, para evitar que entre estos pudieran colarse integrantes del grupo guerrillero. Así se deduce de la explícita conversación sostenida entre el general Samudio Molina

(Paladín 6), el general **Jesús Armando Arias Cabrales** (Arcano 6) y el coronel Luis Carlos Sadovnik (Arcano 5), en la cual se menciona a Lubín Ramírez Lorza, amigo del Consejero de Estado Enrique Low Mutra, quien, según el Consejero, fue herido con arma de fuego cuando se encontraban en la oficina del también Consejero de Estado Humberto Murcia Ballén¹⁹⁷.

-Arcano 6. Tenemos únicamente un herido de gravedad que fue ya evacuado. Cambio.

-Paladín 6. R. ¿Magistrado o Consejero? Siga.

-Arcano 6. R. No fue identificado porque no se sabe...la carga era donde había sufrido las lesiones y no daba información, no estaba en capacidad de dar información sobre su identidad. Se evació rápidamente a un centro hospitalario. Cambio.

-Paladín 6. R. Allá Arcano 5 trate de ver a qué centro sería y lograr identificarlo. Arcano 5 debe estar escuchándome. Siga.

-Arcano 6. QSN. Arcano 2 tiene a su cargo precisamente la recolección de todo este personal a efecto de verificar su identidad porque tenemos dudas de unos 5 de estos que parecen que tomaron prendas, porque inclusive uno de los muertos estaba con uniforme de la Policía. Arriba en el 3er piso quedaron 2 individuos que habían hecho frente allí, fueron localizados en un sector del rincón y uno de ellos tenía una granada, otro una pistola 9 milímetros. (Se subraya)

Arcano 5. El herido corresponde al nombre de Luvín Ramírez. Está en el hospital militar. Tiene heridas de...parece que pierde un ojo, tiene heridas en el pecho. Cambio.

-Paladín 6. R. No me suena como Magistrado o Consejero. Aquí anoté. Luvín Ramírez. Siga.

-Arcano 5. No, no aparece en la lista de ellos. Parece que es un personal civil, estamos tratando de establecer la verdadera identidad y a qué grupo pertenece. Siga.¹⁹⁸

¹⁹⁷ Declaración juramentada rendida por el Consejero de Estado Enrique Low Murtra el 16 de noviembre de 1985, dirigida al Juzgado 27 de Instrucción Criminal. Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 28, folio 125.

¹⁹⁸ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 36, folios 24 y 25.

Esta comunicación es emblemática. En ella, sin que inicialmente participe el Coronel Luis Carlos Sadovnik (*Arcano 5*), el general Rafael Samudio Molina (*Paladín 6*), advierte que el Coronel Luis Carlos Sadovnik (*Arcano 5*) debe estar escuchando el procedimiento a seguir con la persona lesionada, hecho que demuestra que no por no figurar un determinado personaje en el diálogo, eso significa que no estuviera enterado de las directrices que se imparten por los principales mandos del operativo, como lo ratifica el hecho de que si bien no participó inicialmente, luego aparece dando informes del procedimiento.

Esta situación, plenamente establecida, permite inferir que el mando principal, esto es, el general **Jesús Armando Arias Cabrales** sabía y conocía de las directrices a seguir, máxime si como el principal responsable de la operación era quien tenía bajo su mando a oficiales y miembros de las fuerzas militares, de policía e inteligencia encargados de identificar a los retenidos y establecer sus vínculos con la organización ilegal. Todo ello deja en evidencia el dominio absoluto del mando del general **Arias Cabrales** hasta en el más mínimo detalle en relación con la aprehensión de personas “posiblemente” vinculadas con el grupo terrorista, con los “sospechosos.”

Un control compartido —no compartimentado o segmentado, que es distinto— entre los miembros de la cúpula militar.

En esta trama de órdenes y diálogos, en los cuales se destaca la constante preocupación del mando militar por evitar la evasión de los asaltantes del Palacio y la urgencia de establecer un control que se sustenta en la sospecha como método de acción sobre posibles blancos, la frase que se mencionará deja al descubierto el propósito delirante de realizar el máximo control sobre todas las personas que salieron del Palacio, durante y al finalizar el operativo, y la puesta en escena de acciones en las cuales el “enemigo” se sustraerá al poder civil y a su protección, para caer en el vasto margen de maniobra de un estamento meramente castrense.

Esa serie de acciones en las que se dispuso a ciencia y paciencia de los que salieron vivos, de los heridos y de los ileos, de los civiles y asaltantes, retenidos y sospechosos, como lo demuestra el contenido de las comunicaciones y declaraciones que se han indicado, llega a un nivel de inflexión e irracionalidad en el momento en que, conforme a como se había actuado frente a indiciados de ser miembros de la guerrilla, y ante la aprehensión de una de ellas, se ordena que “**si aparece la manga no aparezca el chaleco.**”

Esta expresión, que la defensa censura bajo la idea de que al apreciarla se incurrió en un error de hecho por falso juicio de identidad, cierra el círculo de acontecimientos en los cuales el procesado y general **Jesús Armando Arias Cabrales** emerge como uno de los líderes de una operación que antes que defender el Estado de derecho -entendido en el mejor sentido de la palabra, como expresión de principios

que cohesionan al conjunto de la Nación alrededor de valores democráticos—, lo hicieron en nombre del orden y del honor militar, de la razón de Estado.

Con el fin de mostrar que el Tribunal incurrió en un falso juicio de identidad al apreciar esta frase, la defensa la desgaja del conjunto —aun cuando eso es lo que reprocha al Tribunal—, con lo cual disimula que dichas comunicaciones conforman una unidad y no son simples segmentos que al separarlos pierden su importancia. De modo que solo a partir de ese inaceptable fraccionamiento sería posible atribuirle un sentido distinto al que esa frase emblemática expresa, o incluso menoscabar su contenido bajo el pretexto de presentarla como una metáfora sin mayor relevancia en la aproximación a la verdad. Es en este sentido que la defensa considera que dichas expresiones vistas desde su individualidad —desde luego algo inadmisible—, impiden afirmar que el general se concertó para desaparecer personas.

La Corte ha mostrado el liderazgo del general **Jesús Armando Arias Cabrales** en todo el curso del operativo. Ha indicado también, con la evidencia legalmente disponible, que estuvo al tanto de todos los pormenores de la acción militar. Así mismo ha demostrado que las comunicaciones se realizaban entre los mandos militares y que el hecho de que en varias interviniieran solo algunos de ellos, no significa que los demás, con capacidad de acción y decisión, como el general acusado, no conocieran o estuvieran al margen de los pormenores de las mismas.

Desde este punto de vista es evidente que el general **Jesús Armando Arias Cabrales** no fue, no pudo, no podía ser ajeno a la aprehensión y posterior desaparecimiento de la guerrillera Irma Franco Pineda. Claro, porque es cuando se produce su retención, que se imparte la simbólica orden a la manera de un mandato inaceptable:

"-Arcano 5. Otero, Otero, Otero, Otero Cifuentes salió con la cédula de un muerto, cambio.

Estoy QSL

-Arcano 2. Arcano

-un conductor que yo le doy el nombre posteriormente, cambio.

-Arcano 5. *Está QSL, la foto de Luis Francisco Otero Cifuentes está en primera página de El Tiempo, cambio.*

-Recibí QSL.

-Lo conocen y no está dentro de los que tenemos acá. Cambio.

-Arcano 5. R. *Está QSL y el 6 ¿junto de los 6 u 8 sujetos? Cambio.*

-No negativo, únicamente pudimos obtener inclinación sobre una sujeto que es abogada y que ya fue reconocida por todo el personal. Cambio.

-Arcano 5. *Esperamos que si está la manga no aparezca el chaleco. Cambio.*

*-Recibido. QSL.*¹⁹⁹

El Tribunal no recurrió a la prueba pericial para entender el sentido y las consecuencias antijurídicas de esa expresión que en sus términos “tenía un evidente designio maligno.” Así se expresó:

¹⁹⁹ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 36, folio 102 y Cuaderno original del Tribunal Superior de Bogotá, envés del folio 225.

“Aunque el juzgado a quo se apoyó técnicamente en el dictamen de los peritos de la Policía Nacional para entresacar el sentido de esas palabras, la Sala encuentra que ese sentido es claro para el común de las personas informadas de lo que se está tratando y que están en antecedentes de la situación; aún sin la explicación pericial, intuitivamente el significado surge incuestionable por el contexto, a pesar del lenguaje figurado o criptico que se pretendió usar.”²⁰⁰

La Corte considera igualmente que no era necesario recurrir a expertos para captar el cabal sentido de la expresiva orden.

Los peritos, técnicos o expertos, le brindan al juez conocimientos científicos o técnicos —no jurídicos—, necesarios para resolver el juicio; los demás medios de prueba le sirven al juez para conocer qué hechos ocurrieron en el pasado. Bajo esta idea, basta incorporar esa orden en el entramado de comunicaciones entre los mandos militares y llevarla al conjunto de la prueba, para saber que ese mandato correspondía a una directriz que estaba cifrada desde el principio como objetivo en el Plan “Tricolor 83”, guía de la acción militar, y que como se ha indicado, no era, por el poder de coordinación que tenía el general **Arias Cabrales** sobre sus subordinados, un tema menor del cual no estuviera enterado.

Por lo tanto, en ese entramado de comunicaciones, dicha orden se refiere sin ninguna duda a la detención de la persona, a lo que seguía, como se ha demostrado, su interrogatorio e identificación en la Casa del Florero con el

²⁰⁰ Cuaderno Original Tribunal Superior, envés del folio 225.

fin de verificar sus vínculos con la organización guerrillera, como sucedió con otras personas “rescatadas”, con Matson, con Santodomingo; la sustracción a la autoridad civil era el siguiente paso.

En la demanda sin embargo se acude a suposiciones, como la de que el Coronel Luis Carlos Sadovnik solía recurrir a gracejos, y que seguramente al referirse a la manga lo hizo para representar a Luis Otero, de quien se decía que pudo escapar, y que al mencionar el chaleco quizá se refería al M19 como un todo. O tal vez —dice— a la preocupación por necesidad de agilizar el combate y cumplir con la misión ordenada desde la Presidencia, *“toda vez que era conocida la posición presidencial de no negociar ni dialogar con los perpetradores de la toma violenta”*²⁰¹

Si el falso juicio de identidad, como lo concibe la teoría del recurso extraordinario de casación, surge cuando al aprehender materialmente la prueba el juzgador desfigura su literalidad al falsear el contenido objetivo para atribuirle uno distinto, el error denunciado por la defensora del general es inaceptable. En efecto, la defensa no congloba la expresión que en su criterio fue mal interpretada con el conjunto de la prueba, y con el crucial momento en que se produce, con lo cual atenta precisamente contra el deber de ser fiel al contenido objetivo de la prueba y de apreciarla en conjunto, una de las máximas de la sana crítica que tanto se censura, para en su lugar entrar en el campo de la especulación.

²⁰¹ Cuaderno 1 de la Sala de Casación Penal, folio 196.

Otras veces sugiere que esa expresión es una simple "metáfora," conclusión que puede aceptarse a condición de que se entienda su significado como figura retórica en el que se traslada el significado de un concepto a otro, estableciendo una relación de semejanza o analogía entre ambos términos. En ese entendido, la metáfora "*si aparece la manga que no aparezca el chaleco*", apreciada en el marco del concreto momento en que se informa de la aprehensión de una abogada guerrillera, es obvio que asimila manga y chaleco con captura y ocultamiento, dado que la orden tiene como destinatario al mismo sujeto: la mujer "*apresada*."

Aclarado ese punto, se debe agregar que esa misma frase la empleó la defensa para demandar un segundo falso juicio de identidad. La relación temática entre los cargos, por lo tanto, es indiscutible. Claro que en este caso no discute las inferencias que surgen de su contenido, sino que censura el error del Tribunal al suponer que las expresiones utilizadas en el diálogo entre los coroneles Luis Carlos Sadovnik y Edilberto Sánchez las escuchó el general acusado. Concluye, entonces, que si el General Samudio Molina fue beneficiado con la preclusión de la investigación a pesar de que participó de dicha conversación, el general que no lo hizo, no podía ser acusado.

Como consecuencia de esa indebida apreciación de la prueba, concluye, el general **Arias Cabrales** no podía ser condenado como coautor mediato por omisión en aparatos organizados de poder.

La Sala ya expresó al analizar la primera variante del error de hecho por falso juicio de identidad propuesto por la defensa, que en la comunicación en la que se imparte la orden cifrada, pero absolutamente comprensible dado el entorno y circunstancias en que se manifiesta, ciertamente no interviene el general **Jesús Armando Arias Cabrales**. Sin embargo, bajo la consideración de que el operativo de "retoma" del Palacio de Justicia no fue una acción compartimentada, sino un conjunto de acciones con unidad de mando en la persona del general acusado, concluyó que éste sabía y estaba enterado del procedimiento a seguir con los retenidos catalogados de ser sospechosos o miembros de la agrupación guerrillera. Por eso, y porque como se indicó párrafos atrás, el que solo intervengan dos oficiales con capacidad de mando, no significa que los demás, y en particular el general **Jesús Armando Arias Cabrales**, no estuviera al tanto de esas directrices.

En efecto, en la comunicación sostenida entre el general **Jesús Armando Arias Cabrales** (Arcano 6), y el general Rafael Samudio Molina (Paladín 6), al referirse al control que se debía ejercer sobre Rubín Ramírez Lorza, se reitera, éste deja entrever que las órdenes que se impartían por ese medio eran conocidas por todos los mandos de la operación. Así, Paladín 6 (Samudio Molina) le dice a Arcano 6 (Arias Cabrales):

-Paladín 6. R. Allá Arcano 5 trate de ver a qué centro sería y lograr identificarlo. Arcano 5 debe estar escuchándome. Siga

En tal sentido, entonces, es difícil aceptar que otros diálogos del mismo tipo, entre los principales artífices de la llamada retoma del Palacio, correspondan a un nivel de reserva tal que solo quienes participaban expresamente en los mismos conocían de su contenido, y no el conjunto de mandos de la jerarquía militar, cuando todo demuestra que la interconexión era indispensable por razón precisamente de la complejidad de la acción militar que se llevaba a cabo, y más aún cuando la persona capturada no era cualquiera, sino una mujer que había sido distinguida e identificada por los organismos estatales sujetos a las directrices del General **Arias Cabrales** como comandante de la operación, y aun por los particulares, como parte del grupo insurgente.

De manera que elaborar una conclusión a partir de segmentos de conversaciones o de fragmentos de acciones, sin mirar el todo, y sin destacar, como se ha hecho, el papel central del general **Jesús Armando Arias Cabrales**, puede conducir a pensar equivocadamente que las órdenes que se impartieron en relación con los capturados solo les son imputables a unos y no a otros, bajo la errada concepción de que el operativo fue fragmentado y con una cierta e inexplicable dosis de autonomía en relación con decisiones que no surgen en el momento, sino desde el inicio mismo del operativo militar.

Así, la unidad de mando no fue producto del momento. El general Rafael Samudio Molina, el 22 de abril de 1992, mediante declaración por certificación jurada, a la cual ya se hizo alusión, aseguró que entre las estrategias del "Plan

Tricolor" se preveía la unificación operacional del mando de las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), en el comandante de la jurisdicción afectada, el general **Jesús Armando Arias Cabrales**, comandante de la Brigada XII.

Pensar, entonces, que el general acusado no supo, o no fue enterado, o estuvo al margen de las órdenes y de la ejecución de las mismas en relación con los "*detenidos*" o con los "*rescatados*" en la operación, sería tanto como quitarle el mérito que para él se reclama, de ser el principal artífice y mando supremo del ejercicio marcial de recuperación del orden y la democracia, como acordaron sus superiores.

Junto a lo anterior, la demandante considera que no se puede sostener que el general **Jesús Armando Arias Cabrales** haya sido autor de desapariciones forzadas no comprobadas. En ese sentido afirma que el Tribunal, con tal de dar por probada esa conducta, se imaginó y supuso una prueba que no obra en el proceso, incurriendo en un error de hecho por falso juicio de existencia.

Esencialmente considera que, al no contar con medios de prueba concluyentes, el juzgador utilizó su conocimiento particular para inventar una prueba que no obra en el proceso, con el fin de acreditar la desaparición de Carlos Augusto Rodríguez Vera, Bernardo Beltrán Hernández, David Suspes Celis y Luz Mary Portela León. Así lo hizo —dice— al crear una prueba de "*reconocimiento morfológico*" con base en videos incorporados al proceso, en los cuales se observa a

algunas personas saliendo vivas del Palacio de Justicia, quienes según el concepto pericial no podían ser identificadas a través de esos medios.

Esa prueba, concluye la demandante, es la única que permite sustentar la presunta desaparición de las personas mencionadas.

Tampoco, en su criterio, son admisibles las pruebas tendientes a demostrar que Irma Franco Pineda fue vista en la Casa del Florero.

Se considera:

El error de hecho por falso juicio de existencia surge cuando el juez, entre otras posibilidades, supone una prueba que no fue incorporada al proceso. Desde el punto de vista técnico, entonces, el argumento del defensor del procesado es equivocado —en lo que están de acuerdo los no recurrentes—, pues lo que en realidad cuestiona es que el Tribunal al apreciar una prueba que obra en el proceso —los videos en los que aparecen varias personas saliendo vivas del Palacio de Justicia y custodiadas por miembros del Ejército Nacional—, empleara su conocimiento personal, cuestión que sería propiamente un problema de raciocinio y no de existencia.

En efecto, se equivoca al cuestionar la conclusión del Tribunal acerca del mérito persuasivo de los videos y al pensar que la conclusión de ese examen es una prueba. Sin

embargo, más allá de la formalidad, la Sala considera que sin necesidad de realizar complicadas elaboraciones y aun con abstracción de los juicios que empleó el Tribunal, el análisis conjunto y conexo de las pruebas, entre ellas los videos aportados al proceso -eso que algún sector denomina el testigo silente, en cuanto son registros de imágenes que reflejan en tiempo real lo sucedido—, permiten demostrar que Carlos Augusto Rodríguez Vera, Bernardo Beltrán Hernández, David Suspes Celis y Luz Mary Portela León, al igual que Irma Franco Pineda, salieron vivos del Palacio de Justicia y bajo la custodia del Ejército Nacional.²⁰²

Véase:

No existe discusión en cuanto a que las personas liberadas o capturadas debían ser conducidas inicialmente a la Casa del Florero a disposición de la Brigada XIII. Así lo reconoció el general Miguel Vega Uribe:

"Todas las personas debían pasar a la Casa del Florero a disposición del Comando de Brigada, el cual tenía para su chequeo y destinación encargado al B-2 de la Brigada, con un equipo de trabajo"

Si así es, si esa era la regla, se debe inferir que Carlos Augusto Rodríguez Vera, Bernardo Beltrán Hernández, Luz Mary Portela León, David Suspes Celis e Irma Franco Pineda fueron llevados a ese lugar y entregados al B2 de la Brigada XIII. No a otras autoridades, sino al B2 de la Brigada, unidad de la cual era comandante el general **Jesús Armando Arias Cabrales**. Por eso también Irma Franco Pineda fue

²⁰² Cfr. SP del 21 de febrero de 2007, Rad. 25920.

distinguida entre quienes se encontraban en la Casa del Florero al culminar el operativo militar.

Las pruebas sobre la captura de Irma Franco Pineda, que dio origen a la singular frase de que si aparece la manga no aparezca el chaleco, son contundentes. Así lo condensó el Tribunal, al valorar la declaración del soldado bachiller Edgar Alfonso Moreno Figueroa:

"Se recibió el testimonio del soldado bachiller Edgar Alfonso Moreno Figueroa, dijo que en esa fecha presentaba su servicio militar bajo el mando del Teniente Coronel Celso Suárez Martínez, en el Batallón de Policía Militar de Puente Aranda, cuyo grupo de reacción inmediata tuvo a su cargo acordonar las inmediaciones del Palacio. Fue ubicado al lado del museo, lugar donde el teniente Rincón del Batallón de Policía Militar número 1 le impartió la orden específica de custodiar una muchacha, con la cual estuvo en el segundo piso de la Casa del Florero; permanecieron allí aproximadamente una hora, luego de lo cual entró un oficial a una oficina que queda diagonal al pasadizo donde se encontraban, mando seguir a la muchacha que estaba custodiando, el oficial cerró la puerta y él se reintegró al batallón."

"Relata que la joven a quien custodió en el Museo salió del Palacio de Justicia el día 7 de noviembre, y que hallándose retenida se le identificó como Irma Franco, le pidió que se comunicara con su familia para avisarle "que la tenía la brigada", y le dio un número telefónico, al que llamó posteriormente para transmitir el mensaje. Anota que la retenida fue separada del grupo de rescatados y conducida al segundo piso, porque los demás liberados la calificaban de guerrillera." (Resaltado en el texto)

La vieron también, en el mismo sitio, Magalys Arévalo, empleada de servicios generales del Edificio Judicial, Héctor Darío Correa Tamayo, citador de la Sala Constitucional, José William Ortiz, conductor de un Magistrado de la Sala Civil, Aura Gladys Moreno Rozo, operaria de Serviaseo, y Betty Quintero González, abogada litigante. Cómo entonces no creerle al soldado que incluso llamó a la familia para darle el

recordó de que estaba con vida; el último mensaje antes de su para siempre forzada invisibilidad.

Desde ese día, cuando ella fue entregada a miembros de la Brigada, nadie más supo de su destino. Desapareció; fue desaparecida. Con que fuera ella sola, únicamente, el grave delito se estructura objetivamente. No importa que fuera una persona por fuera o al margen de la ley, o parte de un grupo ilegal, terrorista, que desafió violentamente el orden Constitucional. Debía ser entregada a las autoridades y juzgada por la gravedad de sus actos. Pero no pasó así y se desconoce su paradero.

No importó su individualidad, como tampoco las de los otros desaparecidos. Bastó etiquetarlos como guerrilleros o sospechosos para perderla. En estos casos pesan más las categorías que los derechos, que la dimensión ética del ser humano.

En fin, así como de ella, tampoco se sabe de las otras personas que salieron vivas del Palacio de Justicia y que también fueron vistas por última vez bajo la custodia de las fuerzas del Estado. El Tribunal, en este aspecto, consideró que no de todas las que la fiscalía afirmó que fueron capturadas y desaparecidas se puede afirmar que lo fueron, sino de seis. Las que sus parientes reconocieron en los videos.

Bajo esa idea, el juzgador analizó con esmero el reconocimiento que hicieron familiares de Carlos Augusto

Rodríguez Vera, Bernardo Beltrán Hernández, Luz Mary Portela León y David Suspes Celis en videos de noticieros y en particular en el de la Televisión Española, que los mostraban saliendo del Palacio de Justicia arropados por personal del ejército, y en el video encontrado en poder del coronel (r) Alfonso Plazas Vega, cuya nitidez es aún mayor a la de los demás que obran en el proceso. Con base en esa identificación, no sin razón, el Tribunal concluyó “*que las personas estamos en capacidad de reconocer a nuestros familiares y conocidos, aunque la morfología humana no haya logrado reducir esa capacidad a leyes tecno-científicas*”.

Con fundamento en esa regla de la experiencia, el Tribunal concluyó que el reconocimiento sobre la salida de Carlos Rodríguez y que aparece registrada en los videos indicados por parte de su progenitor, Enrique Rodríguez, su hermano César Rodríguez, su esposa Cecilia Cabrera, y René Guarín, allegado a la familia y hermano de Cristina del Pilar Guarín, es concluyente. No es para menos, pues esa reflexión surge del hecho de que, como sucede en la generalidad de relaciones familiares, quienes conforman ese núcleo están en capacidad de percibir hasta mínimos detalles sobre sus seres cercanos y de distinguirlos por su continua relación y por su constante contacto, de manera que no es extraño que los familiares de Carlos Rodríguez lo hayan distinguido en los videos cuando salía bajo custodia de fuerzas del Estado al salir del Palacio de Justicia al culminar la “*toma*.”

Al igual que con la guerrillera Irma Franco Pineda, existe evidencia suficiente para concluir que Carlos

Rodríguez Salió con vida del Palacio de Justicia y que fue visto por última vez en poder de miembros de la Fuerza Pública.

Respecto del señor Bernardo Beltrán Hernández, quien trabajaba como mesero de la cafetería del Palacio de Justicia, el Tribunal consideró “altamente persuasiva”, la prueba de reconocimiento realizada por Sandra Beltrán, Cecilia Cabrera y René Guarín, quienes lo identificaron en los videos por la forma que se peinaba, las entradas en sus sienes, la contextura física, la forma de su cara, las cejas, hasta el modo en que corría y la vestimenta que lucía ese día.

De Luz Mary Portela León, quien reemplazaba a su madre como ayudante de cocina de la cafetería del Palacio, consideró como evidencia persuasiva el testimonio de la periodista Julia Navarrete, quien informó que en la fila de los evacuados iba una muchacha de la cafetería “*delgadita, de estatura regular, llevaba un delantal amarillo, estaba herida en un brazo y debía ser de la cocina porque no la veía afuera*”²⁰³.

Además, su presencia en el segundo piso de la Casa del Florero fue corroborada por Orlando Arrechea Ocoró, y el abogado Carlos Ariel Serrano, quienes si bien no la conocían, dijeron haber visto en el segundo piso de la casa del Florero a una muchacha bajita, sin zapatos y herida en un brazo. Estas versiones, junto a la de Cecilia Cabrera, quien se refirió a cómo ella se vestía, le permitió concluir al Tribunal que

²⁰³ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 45, folios 136 a 137.

existía prueba suficiente de la salida viva de Luz Mary Portela bajo el control de los militares.

Del chef de la cafetería David Suspes Celis, el Tribunal estimó que el reconocimiento realizado por Cecilia Cabrera, esposa de Carlos Rodríguez, en los videos tantas veces indicados, constituyan suficiente evidencia de que David Suspes Celis también salió vivo custodiado por el Ejército y fue víctima, como aún lo continúa siendo, del delito de desaparición forzada.

A parte de esas reflexiones, elaboradas sobre datos objetivos y de imágenes que a los familiares no les dejan duda de que sus allegados salieron con vida del Palacio de Justicia, el Tribunal se refirió a una serie de declaraciones que consideró que no constituyan "*evidencia concluyente*", a las cuales no se referirá la Corte, puesto que si, como el Tribunal lo consideró, su aptitud probatoria era infructuosa por si sola para probar la conducta, no tiene sentido hacer mención a ellas, salvo que tuvieran la capacidad de influir en sentido contrario o favorable al procesado, lo cual por supuesto no está en consideración.

Ahora bien, en contexto, los empleados de la cafetería, desde el comienzo, fueron considerados como parte del grupo asaltante, pues aparte de rumores no comprobados sobre el ingreso excesivo de víveres al Palacio antes de la toma, los militares estimaron que los trabajadores de la cafetería ingresaron días antes municiones y pertrechos bélicos, utilizados en el asalto. Acerca de estas sospechas, el 17 de

enero de 1986, ante el Juzgado 30 de Instrucción Criminal, el coronel Edilberto Sánchez Rubiano declaró:

*"En cuanto a las personas de la cafetería con extrañeza no apareció ninguna o por lo menos que personalmente sepa, pero si con extrañeza en un panfleto que sacó el M-19 hacen alusión a la desaparición de éstas y de los sujetos muertos de la organización en el Palacio de Justicia y con extrañeza también analizando ese comunicado o panfleto no hacen alusión a la desaparición de otras personas que murieron o se desaparecieron, esto hace pensar por simple intuición de que algo tienen que ver con la subversión, cuando más de una persona informó que esa cafetería era el centro de abastecimientos de este grupo subversivo porque no se puede pensar que todo ese material y toda esa munición incautada haya entrado ese mismo día. Además de eso qué explicación podría haber de que exactamente los trabajadores de esa cafetería no se han encontrado ninguno, ni siquiera incinerados, ni tampoco sus documentos o su pertenencia, ¿dónde están? PREGUNTADO. ¿Estas informaciones recibidas en relación a que la cafetería del primer piso era un centro de abastecimiento del M-19, les llegó por qué vía y si lo fue durante los días 6 y 7 de noviembre, en los días anteriores o posteriores a estos? CONTESTO. Las cosas se conocen cuando los hechos suceden porque la gente, las personas que conocen de determinadas cosas no informan por miedo o terror o por su propia seguridad, pero ya realizado como dije anteriormente el hecho entonces si informan y dijeron más de una en la Casa del Florero que no tomé sus nombres, simplemente son los comentarios que en el momento de la identificación hicieron y entre esas cosas decían, no hace mucho hicieron cambio de la administración de la cafetería, entraban mucha comida, especialmente bultos, los que estaban administrando eran desconocidos, eran jóvenes, seguramente ahí metieron toda esa munición, parte de las armas y el equipo que utilizaron dentro de la toma del Palacio y eso no lo hicieron el mismo día sino con varios días de antelación."*²⁰⁴

Eso corrobora las manifestaciones que, según los familiares de Luz Amparo Oviedo, les habría expresado Sánchez Rubiano cuando fueron a indagar por ésta al Cantón Norte:

"Nos manifestó lo de siempre. No tenemos presos y para su conocimiento les informo que los 9 empleados de la cafetería todos

²⁰⁴ Cuaderno original de Anexos de Instrucción No 28, folio 261.

son del M-19, se fueron, cogieron monte y ahora dicen que nosotros los tenemos".²⁰⁵

De todos ellos, hasta ahora no se sabe de su paradero. Puede suceder que sus restos se encuentren; pero eso no significa que no hayan sido desaparecidos. El hecho de que después de la retoma fueran vistos en poder de las fuerzas del Estado y que no hayan sido entregados a la autoridad jurisdiccional, si se consideraba que existían indicios de sus vínculos con el grupo terrorista, es la manifestación de su desaparición jurídica. Pensar lo contrario es ofender el dolor de las víctimas y revictimizarlas.

En efecto, la desaparición forzada -conducta que corresponde a un comportamiento que el legislador valora como antijurídico en cuanto vulnera o pone en riesgo un bien jurídicamente protegido— se estructura cuando, como ocurre ahora, un agente del Estado priva a una persona de su libertad, cualquiera sea la forma en que lo hace, seguida de su ocultamiento y negativa a reconocer dicho acto o de dar información sobre su paradero (*artículo 165 de la ley 599 de 2000*). Por lo mismo, identificar tiempo después el cuerpo del desparecido no anula la antijuridicidad de un irracional comportamiento que se consuma con el ocultamiento del “*detenido*” a quien se sustrae, como ocurre en este caso, al poder civil o judicial, después de haber sido retenido, y en algunos casos, como el de la guerrillera capturada, también doblegada.

²⁰⁵ *Cuaderno original del Juzgado 51 Penal del Circuito, folio 216.*

En síntesis, en la sentencia no se incurrió en el error de hecho por falso juicio de existencia invocado por la Defensa, pues el Tribunal no creó ninguna prueba de reconocimiento, sino que avaló, los realizados por los familiares de las víctimas con fundamento en una sólida regla de experiencia que conglobó con la prueba testimonial y documental que obra en el proceso.

Eso basta para establecer la desaparición de los capturados o de los retenidos. Puede ser que sobre cierta dosis de erudición, pero eso no afecta a la decisión.

El cargo no prospera.

Cuarto. Demanda formulada por el Agente Especial del Ministerio Público.

Incongruencia entre la Acusación y la Sentencia.

Para la Agencia Especial del Ministerio Público — contrario a la opinión de la Procuradora que concurrió al trámite casacional —, el Tribunal desconoció el principio de congruencia.

Adujo que la Fiscalía acusó al general **Jesús Armando Arias Cabrales** como “coautor *impropio*” del delito de desaparición forzada, y el Tribunal lo condenó como “autor mediato por omisión en aparatos organizados de poder.” Al hacerlo, considera que el Tribunal varió el supuesto fáctico y vulneró el derecho de defensa del general, al impedirle controvertir

probatoriamente la acusación de último momento como “*autor mediato por omisión en aparatos organizados de poder*”, novedosa imputación del juzgador de segunda instancia que además contradice la dogmática de ese modelo, que no prevé la autoría mediata omisiva en aparatos organizados de poder.

En apoyo menciona lo dicho en la SP del 28 de abril de 2015, Rad. 36784, en la que, advierte, se estableció que la variación jurídica de autoría o coautoría a autoría mediata, implica modificar el núcleo fáctico de la acusación.

Este error, en su criterio, se solucionaría anulando la actuación, pero como el Tribunal descartó que existiera prueba de la coautoría, solicita se absuelva al general **Jesús Armando Arias Cabrales**, en aplicación del principio de favor rei.

Agrega, de otra parte, que la instrucción terminante, refiriéndose a la orden cifrada de que si aparece la manga que no aparezca el chaleco, fue impartida por el coronel Sadovnik Sánchez al coronel Sánchez Rubiano, de manera que la autoría mediata en aparatos organizados de poder “*mediante una cadena de mando del inferior hacia el superior*” es inconcebible, además, porque la autoría surge del dominio de la organización por quien imparte la orden “*y no respecto de quien conociéndola, no hace nada para evitar que otros la ejecuten*”²⁰⁶

Para la Fiscalía y la Parte Civil no es cierto que aspectos de interpretación dogmática relacionados con la forma de

²⁰⁶ Cuaderno 1 de la Sala de Casación Penal, folio 253.

intervención en el hecho signifiquen una variación del núcleo fáctico de la imputación o la violación del derecho de defensa.

Al respecto se debe indicar lo siguiente:

El 9 de marzo de 2009, la Fiscalía acusó al general **Jesús Armando Arias Cabrales**, como “coautor mediato del delito de desaparición forzada agravada” (artículos 165 y 166 de la Ley 600 de 2000) de Carlos Augusto Rodríguez Vera, Cristina del Pilar Guarín, Bernardo Beltrán Hernández, David Suspes Celis, Gloria Stella Lizarazo Figueroa, Luz Mary Portela León, Norma Constanza Esguerra, Gloria Anzola de Lanao, Héctor Jaime Beltrán Fuentes, Irma Franco Pineda y Lucy Amparo Oviedo.

Consideró que el general **Arias Cabrales** comandó la operación de recuperación del Palacio de Justicia, estuvo en continuo contacto personal y radial con sus subalternos y tuvo conocimiento de lo que sucedía con algunas personas evacuadas posteriormente desaparecidas. Concluyó:

“En este caso consideramos y así lo hemos manifestado en decisiones anteriores, que siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, esta es una demostración de un comportamiento que se ha realizado dentro de lo que la doctrina denomina la coautoría impropia, pues aunque no todos hayan concurrido por sí mismos a la realización material de los delitos específicos, está presente en los autores materiales una voluntad propia que concurre a la misma causa, se comparten los fines ilícitos, hay acuerdo en relación con los medios delictivos y todos dominan el hecho colectivo en la medida justa de su trabajo que les corresponde efectuar, dividido previamente. Se destaca que en este género de manifestaciones del crimen organizado se gesta un conocimiento y una voluntad común que existen ideologías”

compartidas, voluntades concurrentes e intervención con aportes concretos según la división preacordada...

El 28 de abril de 2011, el Juzgado 51 Penal del Circuito de Bogotá, a su vez, condenó al General como *"autor mediato a través de aparatos organizados de poder"* del delito de desaparición forzada agravada, en concurso material sobre las once personas antes enunciadas.

Entre otros apartes, sostuvo al respecto lo siguiente:

"Aquí se hace necesario reiterar que el enjuiciado ha sido enfático en señalar que su facultad de mando no cobijaba a las Unidades de Policía nacional, expresando que incuso esa institución no reportó los descubrimientos realizados al interior de la sede de la Justicia, aseveración que se torna contra evidente, no solo con base en el reporte anterior, sino a partir de la prueba documental que milita en el expediente y que acredita que la sede de la brigada XIII se constituyó en el centro de recepción de datos, inclusive con posterioridad al recobro del inmueble -lo que consta gr., en el oficio 6809 del 13 de noviembre de 1985, dirigido al Comandante de la Décimo Tercera Brigada del Ejército, por el Brigadier general José Luis Vargas Villegas, mediante el cual se envía "el material... incautado en el operativo realizado con motivo de la toma del Palacio de Justicia por parte de un grupo subversivo, el día 061185..."

Aunado a lo anterior cuenta el expediente con otra transcripción en que se patentiza que el Coronel Sánchez Rubiano no adoptaba motu proprio las decisiones, sino que ellas dependían de una jerarquía superior. Obsérvese al respecto el siguiente diálogo:

Arcano 5: Eh, recomendación especial mantener eh los no heridos y los que aún no se han podido identificar plenamente eh aislados. aislados, eh, la Dinte lo va a apoyar para su clasificación, cambio.

Arcano 2: Recibido y QSL, creo que no hemos podido identificar sino una y ya está plenamente identificada por las personas acá, cambio.

Arcano 5: R. Eh, ya sabe las instrucciones complementarias a estos son terminantes, cambio.

Arcano 2: Ah recibido y QSL, recibido y QSL Arcano 5."

Finalmente, en la sentencia de segunda instancia, el Tribunal confirmó la condena como autor responsable del delito de desaparición forzada agravada, en concurso, pero únicamente en relación con Carlos Augusto Rodríguez Vera, Bernardo Beltrán Hernández, David Suspes Celis, Luz Mary Portela León e Irma Franco Pineda, y como "autor mediato por omisión en aparatos organizados de poder."

Pues bien:

La necesidad de sancionar a quienes no ejecutan materialmente la conducta, pero la ordenan, tratándose en especial de crímenes cometidos por grupos al margen de la ley o por miembros del Estado que actúan como un aparato organizado e ilegal de poder -"máquinas en las cuales las órdenes se disgregan, todo el trabajo se compartimenta, se fragmenta e involucra a decenas y centenares de personas", como dice Aponte²⁰⁷ llevó a idear, con el fin de evitar altos costos de impunidad, la autoría mediata como forma de atribución de resultados: un vínculo entre quien imparte la orden y domina el aparato organizado criminal con poder de mando, y un autor fungible que ejecuta el comportamiento responsablemente.

La Sala no hará un extenso análisis de la evolución de dicha figura. Simplemente mencionará, según el diseño de la jurisprudencia sobre el tema y la reflexión anterior, que la

²⁰⁷ Aponte Cardona, Alejandro. *Persecución penal de crímenes internacionales. Diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*. Konrad Adenauer Stiftung. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2011.

autoría mediata en aparatos organizados de poder supone, entre otros: (i) una estructura criminal organizada con vocación de permanencia, (ii) el vínculo con poder de mando del autor mediato sobre la organización (el dominio de la voluntad), y la (iii) actuación responsable del ejecutor fungible o intercambiable.

El Tribunal consideró que no se demostró que el general **Jesús Armando Arias Cabrales** hubiera actuado al mando de un aparato de poder organizado al interior del Estado y tampoco que ese colectivo lo hubiera hecho con vocación de permanencia. Igualmente que la dogmática de la autoría mediata en aparatos organizados de poder fue configurada para la sanción de acciones positivas y no para omisiones. Aun así, concluyó lo siguiente:

"En nuestro caso concreto, en el delito de desaparición forzada de personas que usualmente se imputa por comisión activa hemos identificado la autoría del obligado por omisión de la acción esperada, lo que a su vez es una infracción al deber de protección impuesto al autor por la Constitución Política. Ya sea porque el caso no es frecuente, o porque la doctrina no se había enfrentado a un caso teórico de esa naturaleza, la declaración jurisdiccional puede parecer académicamente novedosa, pero es la que la realidad impone."

... En fin, el ejercicio de su autoridad le imponía al general acusado el deber de garantía de proteger los derechos de los civiles rescatados y subversivos capturados, de donde se deriva su responsabilidad por la intervención de quienes realizaron la instrucción de desaparecimiento de sospechosos y de la combatiente vencida, cuando debía evitar que esa instrucción se reiterara y, en todo caso, que se cumpliera."

Como se ha indicado, el general **Jesús Armando Arias Cabrales** fue el conductor del operativo militar de principio a fin. Así también se definió fácticamente en la sentencia de

primera instancia, que es compatible con la acusación y con la reconstrucción detallada que ha realizado la Sala del operativo, desde sus inicios, hasta la culminación con la liberación de personas, pero también con la retención de "sospechosos" y miembros vinculados con el grupo armado ilegal, M 19.

Sobre este último momento es demoledora la comunicación a la que se refirió la jueza de primera instancia en la que *Arcano 5*, Luis Carlos Sadovnik ordena:

"Arcano 5: Eh, recomendación especial mantener eh los no heridos y los que aún no se han podido identificar plenamente eh aislados, aislados, eh, la Dinte lo va a apoyar para su clasificación, cambio."

De allí, esto concluyó el Tribunal:

*"... está probado que como superior en la cúspide de la Brigada militar que reiteró y ejecutó el Plan de acción, no contrarrestó o impidió la ejecución de esas instrucciones ilegales – pudiendo hacerlo—, por lo que se le imputa el resultado, a título e coautor mediato en relación con los otros coautores intermedios y ejecutores finales que reiteraron, transmitieron y cumplieron las órdenes terminantes de desapariciones forzadas."*²⁰⁸

El discurso elaborado por el Tribunal para imputarle al general acusado la desaparición de personas a título de "autor mediato por omisión en aparatos organizados de poder", deduciéndola de la infracción de un deber a su posición de garante –elemento que no es un supuesto autónomo de autoría²⁰⁹—, por haber omitido como jefe de un aparato

²⁰⁸ Página 271 sentencia de segunda instancia.

²⁰⁹ En la SP del 29 de mayo de 2013, Rad. 40319, la Corte sostuvo: "... la posición de garante no es una forma de participación como pareciera entenderlo el censor, sino una condición que la ley exige para la imputación de la conducta a título de omisión

organizado de poder "ad hoc", los deberes inherentes a su función frente a la decisión de sus subalternos de ocultar a los sospechosos y retenidos, es equivocada y contraria a la evidencia.

La Sala no desconoce los esfuerzos dogmáticos por copar vacíos con el fin de evitar costosas lagunas de impunidad y sabe de los esfuerzos de todo orden —de la doctrina y de tribunales especiales internacionales, desde Nuremberg hasta Ruanda y Yugoeslavia en Europa, y de Argentina y Perú en Suramérica al juzgar crímenes de magnitudes incomprensibles— para evitar la impunidad en eventos en donde la imputación del resultado se complica en casos en donde el autor detrás del autor se esconde en complejas estructuras criminales.

Como se indicó al iniciar esta decisión, la Corte considera que la conducta atribuida al general **Jesús Armando Arias Cabrales** es una manifestación del conflicto armado. Eso, sin embargo, no significa que la única manera de atribuirle el resultado al autor sea recurriendo a la figura de la autoría mediata en aparatos organizados de poder por razón de esa situación.²¹⁰ Primero, porque tanto la autoría

impropia o de comisión por omisión...” A lo que podría agregarse, en el marco de la teoría monista de la imputación objetiva, que la posición de garante es un elemento de imputación tanto para los delitos dolosos como para los culposos, pero no es la autoría.

²¹⁰ *Si bien Roxin es el principal defensor de estas tesis, conviene indicar que otros autores, como Jakobs, funcionalista más radical que aquel, sostiene que el ejecutor no obedece automáticamente, sino que se deja corromper por la orden, por lo cual, la solución correcta, es la coautoría.*

Así mismo, en casos de estructuras criminales organizadas no siempre la Corte ha considerado, dadas las particularidades de cada caso, que la única imputación sea posible sea la de recurrir a la autoría mediata por aparatos organizados de poder. Así,

mediata en aparatos organizados de poder, como la autoría mediata que podría denominarse “convencional,” se sustentan en la idea de que el autor detrás del autor no realiza un acto de ejecución del tipo penal, sino que lo hace otro a nombre de él, sea que actúe como instrumento en el primer caso, o como sujeto fungible y responsable en el otro.²¹¹

Segundo, porque la autoría mediata que aquí se trata, requiere de una estructura criminal organizada y con vocación de permanencia, aspecto que el Tribunal consideró en la decisión que no se había probado, por lo cual recurrió a la consideración que se trataba de una estructura de poder “ad hoc.”²¹²

por ejemplo, en la SP del 7 de marzo de 2007, rad. 23825 (caso Machuca), la Corte señaló:

“Basta agregar que para la Sala de Casación Penal es claro que en la doctrina contemporánea se está abriendo camino la figura de la autoría mediata para atribuir responsabilidad a las personas “de atrás” que se amparan en estructuras organizadas de poder; sólo que en el presente asunto, aferrarse a tal creación doctrinaria no es preciso, porque las pruebas enseñan que se trató de un caso de coautoría impropia por división del trabajo, en la misma empresa delictiva que aglutina a los subversivos que pertenecen al ELN.

²¹¹ En tal sentido, la Corte, entre otras decisiones, en el AP del 7 de noviembre de 2011, Rad. 39472. Sostuvo lo siguiente:

“En este orden de ideas, como bien lo sostuvo el A quo, el instituto de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder fue diseñada para lograr endilgar la responsabilidad de aquellos mandos altos que en un escenario de macrocriminalidad generado por una gran estructura para delinquir, resulta imposible demostrar su participación material conformada en tales hechos, especialmente por existir una serie de subalternos con diferentes rangos que los separan de los autores materiales del hecho.

²¹² La Corte ha reconocido que la autoría mediata en aparatos organizados de poder requiere de una estructura que se aparta del derecho con vocación de permanencia. Así, puede inferirse de lo dicho, entre otras, en la SP del 14 de septiembre de 2011, Rad. 32000, en la cual se expresó lo siguiente:

“Cuando se está ante el fenómeno delincuencial derivado de estructuras o aparatos de poder organizados²¹², los delitos ejecutados son imputables tanto a sus dirigentes-gestores, patrocinadores, comandantes- a título de autores mediatos, a sus

No se desconoce que las tesis acerca de la manera como imputar al hombre de atrás son seductoras y que hacen parte de un derecho penal que amplía los términos de imputación de la conducta al autor con el fin de evitar que la rigidez de los textos legales deje a salvo a los principales artífices, a quienes dominan la voluntad en el aparato criminal.

Pero si algo se debe destacar es que, sea que se trate de un asunto de autoría mediata o de autoría mediata en aparatos organizados de poder, esas elaboraciones parten de un supuesto fundamental: que la dificultad de imputar el resultado recae en el hecho de que el autor mediato no ejecuta el comportamiento, no se implica con el momento ejecutivo del comportamiento, o según algunos, "*no interviene en la causalidad natural*", aunque al controlar el aparato y la voluntad domine el hecho, lo que hace que fracasen los arquetipos de la determinación.

8.- Por lo que se ha expuesto, tal como se encuentra dicho en las instancias, al general **Jesús Armando Arias Cabrales** se le entregó el mando de la operación militar de retoma del Palacio de Justicia; que se le haya entregado el mando significa, en este caso, que tuvo el control de todo el operativo y de las unidades que lo ejecutaron, de la Brigada XIII, del B2, de la Policía, de la inteligencia.

coordinadores en cuanto dominan la función encargada -comandantes, jefes de grupo- a título de coautores mediatos; y a los directos ejecutores o subordinados -soldados, tropa, patrulleros, guerrilleros o milicianos-, en calidad de autores materiales, pues toda la cadena actúa con verdadero conocimiento y dominio del hecho y mal podrían salir favorecidos algunos de ellos con una posición conceptual que comporte la impunidad²¹².

Asimismo, está suficientemente probado que el general **Jesús Armando Arias Cabrales**, Arcano 6, no solo impartió ordenes, sino que participó directamente en el operativo, manejó situaciones puntuales con las personas capturadas y dispuso de ellos como consideró que la situación lo ameritaba.

9.- El operativo debe analizarse como unidad; no es correcto fraccionar sus momentos para buscar una tipicidad a cada segmento. Desde este punto de vista se debe observar que la retención de los “sospechosos” y la aprehensión de los guerrilleros, no es una acción o idea de último momento, o la manifestación coyuntural de una idea que al final se le ocurrió a alguien. No. Las órdenes del general **Arias Cabrales**, que la Sala ha indicado, demuestran que él, conductor del operativo y dominador de la acción, dispuso y ordenó la retención y custodia de los retenidos, de aquellos que salieron vivos del Palacio, en medio de una acción que él personalmente dirigió conforme al diseño del “*Plan Tricolor*” y al convenio con sus superiores.

El posterior desaparecimiento no puede desvincularse de esta compleja acción ni fraccionarse para encontrar la ilicitud en el acto final y no en el conjunto del comportamiento, pues como se ha indicado, la desaparición de los “capturados” corresponde a un plan estratégicamente diseñado desde cuando se inició la operación conforme a las líneas del “*Plan Tricolor*”, y que culmina precisamente con la captura y clasificación de los sospechosos y con su posterior

ocultamiento al poder civil, desde ese momento y hasta ahora.

Actuaron, entonces, además, a pesar de que lo sabían — como lo reconoció el general Samudio Molina —, ante una situación singular relacionada con el conflicto armado, por fuera del deber ético que imponen los protocolos II y II adicionales a los convenios de Ginebra, lo que explica que no distinguieran entre combatientes y no combatientes, entre ciudadanos y sospechosos, asumiendo decisiones de facto ante una situación que ha debido manejarse bajo las reglas del derecho.

Todo ello explica que el general **Jesús Armando Arias Cabrales**, al participar de toda esa compleja operación militar ejecutada por él y por sus subalternos, no omitió su deber, sino que actuó como coautor, pues concurren en su caso dos elementos esenciales de este tipo de imputación: un elemento objetivo expresado en el aporte a la comisión de la conducta con dominio funcional del hecho en la fase ejecutiva y subjetiva que se refleja en la exteriorización de la voluntad con base en el acuerdo o en la decisión común, como se probó (*artículos 23 del Decreto 100 de 1980 y 29 de la Ley 599 de 2000*).

Según los artículos 268 A y 268 B, incorporados por el artículo 1 de la Ley 589 de 2000 al decreto 100 de 1980, el delito de desaparición forzada consiste en:

“Artículo 268 A. Desaparición forzada. *El particular que pertenezca a un grupo armado al margen de la ley someta a otra*

persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurirá en prisión de veinticinco (25) a cuarenta (40) años, multa de quinientos (500) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.

A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior.

Artículo 268B. Circunstancias de agravación punitiva. La pena prevista en el artículo anterior será de cuarenta (40) a sesenta (60) años en los siguientes casos:

1.- *Cuando la conducta se cometá por quien ejerza autoridad o jurisdicción...*

Por supuesto que, según la definición anterior, en estricto sentido y conforme al mero sentido ontológico de la ley, el general **Jesús Armando Arias Cabrales** no ejecutó el verbo rector del tipo en sentido material. Pero según se ha expuesto, su aporte fue esencial y definitivo a la ejecución del comportamiento, que es precisamente en lo que consiste la coautoría impropia —noción en la cual no todos los autores realizan actos ejecutivos ni consumativos—, pero en la que, el aporte del coautor es esencial; la ponderación del aporte del general, es pues, un tema que no está en duda.

10.- La defensa planteó que con ocasión de la modificación de la imputación se vulneró el principio de congruencia entre acusación y sentencia, y con ello el derecho de defensa del acusado.

En este sentido, recuérdese que el general fue acusado como autor mediato en aparatos organizados de poder, y

sobre esa base, el Juzgado de primera Instancia destacó en sus reflexiones lo siguiente:

"Ahora, si el general Arias Cabrales comandó el proceso respectivo, es obvio que su autoridad no se limitaba a las acciones desarrolladas en el edificio judicial, sino que trascendía a todas las maniobras relacionadas con ese suceso, lo que rima con la exigencia que cobijaba al coronel Edilberto Sánchez Rubiano de dar parte a sus superiores sobre cualquier eventualidad, anomalía o sospecha que se presentara con el manejo de los liberados remitidos al Museo del 20 de Julio."

Con base en ese tipo de razones, consideró que el general debía responder como autor mediato en aparatos organizados de poder al tener una posición de dominio de los hechos como consecuencia de su ubicación jerárquica y de mando sobre el aparato de poder organizado, cuestión que también es elemento fundante de la acusación.

11.- La Corte ha sostenido que la sentencia debe ser simétrica a la acusación como acto condición, y ha destacado que la armonía entre el supuesto fáctico de la acusación y la sentencia es sustancial. Es un principio del debido proceso que incorpora la lealtad como elemento de configuración de un juicio justo.

La incongruencia, como causal de casación, en caso de admitirse, debe resolverse de acuerdo como lo dispone el artículo 217 numeral 1 de la Ley 600 de 2000, es decir, casando el fallo y dictando el que debe reemplazarlo. Esta solución se debe asumir cuando se acredita que no existe la indispensable simetría entre el núcleo básico del supuesto fáctico de la acusación y la sentencia, entre el acto condición

y el fallo definitivo, afectando la unidad conceptual del proceso.

En ese orden se debe precisar que el núcleo duro del principio de congruencia se condensa en el supuesto fáctico, debido a que la posibilidad de variar la calificación jurídica es una opción que se admite desde el inicio del juicio, como lo autoriza el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal, en el sentido de prever que una de las posibilidades de variación de la calificación jurídica surge por error en la denominación jurídica de la conducta, otra es, lo cual no corresponde a la situación que se analiza, que por prueba sobreviniente respecto de un elemento estructura del tipo, forma de coparticipación o de imputación subjetiva, sea menester variar la acusación.

Se trata, como se comprende, de dos modalidades: en la una, la variación procede por error en la denominación jurídica de la conducta, lo que implica que el supuesto fáctico permanece inalterable. En el segundo evento la variación surge por razón de una prueba sobreviniente que desajusta los supuestos de hecho que fueron la base de la resolución de acusación en relación con la coparticipación o de la imputación subjetiva. Desde ese punto de vista, entonces, es evidente que el tema que se discute ahora se relaciona con la primera variante, en cuanto sobre la misma base fáctica el Tribunal consideró que el hecho al autor debía imputarse como autoría mediata por omisión en aparatos organizados de poder, y no como una conducta activa, según lo decidieron

la fiscalía en la acusación, y el juzgado en la sentencia de primera instancia.

Esa adjudicación, como se explicó en apartes de esta decisión, se sustentó en un fraccionamiento de la conducta y en el equivocado entendimiento de que la desaparición forzada era parte de la “solución final” que se le dio a la agresión terrorista y no a un comportamiento que solo se puede entender axiológicamente como unidad. De manera que el Tribunal valoró la parte y no el todo, incurriendo en un error de adjudicación normativa de las normas que regulan la autoría y la participación.

Al aclarar, entonces, que la condena es como coautor y no como autor mediato por omisión en aparatos organizados de poder, la Corte guarda el necesario equilibrio entre acusación y sentencia, y adjudica la norma que corresponde a la situación fáctica, por lo cual no puede existir ninguna disfunción entre la acusación como acto condición y el fallo que se dicta, sobre todo si la solución que se adopta no desconoce el derecho de defensa del acusado, ni agrava su situación judicial.

De esta manera la Sala actúa como lo ha hecho la Corte en casos idénticos, en los cuales ha señalado que:

“La congruencia personal y fáctica es absoluta y la jurídica es relativa porque el juez puede condenar por una conducta punible diferente a la imputada en el pliego de cargos, siempre y cuando no agrave la situación del procesado con una pena mayor”²¹³

²¹³ Por ejemplo, CSJ. AP del 30 junio de 2004, radicación 20965, AP del 20 de febrero de 2008, radicación 28954, y SP del 14 de septiembre de 2011, Rad. 32000.

Con las precisiones indicadas en la parte motiva de esta decisión, que están dentro del giro de interpretación de la sentencia de primera instancia, la Sala no casará el fallo.

Precisará, simplemente, como se indicó, que la condena es como coautor de la conducta de desaparición forzada y no como autor por omisión en aparatos organizados de poder.

Así se preserva el supuesto fáctico de la acusación y el derecho de defensa, pues fue por un delito doloso de acción en concreto que el general fue acusado, y se defendió.

12.- Finalmente, como el Tribunal dispuso que la Fiscalía General de la Nación verifique si sobre los posibles delitos que afectan el Derecho Internacional Humanitario, se ha iniciado o prosigue alguna acción y en caso de que no haya ocurrido se proceda de conformidad, la Sala se abstiene de dar curso a la solicitud que en tal sentido hizo el Representante de la Parte Civil.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, con la aclaración de que la condena es como coautor del delito de desaparición forzada.

Contra esta sentencia no procede recurso alguno.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

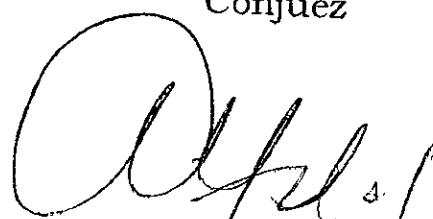
JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JAIMÉ HUMBERTO MORENO ACERO

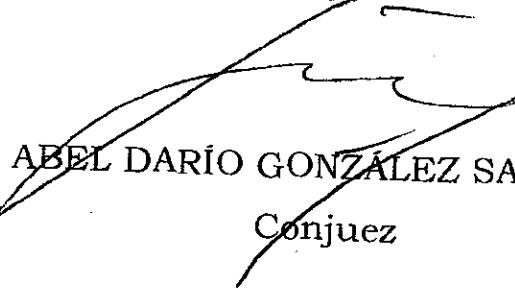
EXCUSA JUSTIFICADA

GUILLERMO ANGULO GONZÁLEZ

Conjuez


ALFONSO DAZA GONZÁLEZ

Conjuez


ABEL DARIO GONZALEZ SALAZAR

Conjuez

CASACION 46382
JESUS ARMANDO ARIAS CABRALES

JUAN CARLOS PRÍAS BERNAL

Conjuez

SALVO VOTO

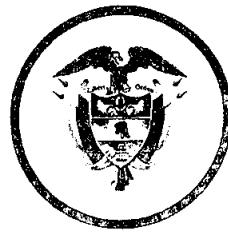
CARLOS ROBERTO SOLORZANO GARAVITO

Conjuez

SALVO VOTO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCIA

Secretaria



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 1 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

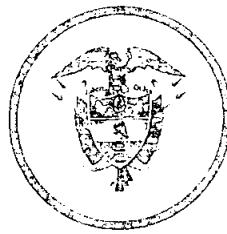
SALVAMENTO DE VOTO

Con todo el respeto y consideración por las decisiones de esta Honorable Sala, los suscritos manifestamos SALVAR VOTO en relación con lo resuelto por la mayoría en sentencia de 23 de septiembre de 2019 de NO CASAR la sentencia recurrida por la apoderada judicial del General (r) **JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES**, esto, por cuanto están presentes graves irregularidades sustanciales que repercuten en la afectación del debido proceso, en particular la violación de los principios de legalidad y congruencia, por las razones que a continuación pasamos a exponer:

1. AUSENCIA DE TIPO PENAL

En efecto, a nivel interno, el legislador reguló sólo hasta la expedición de la Ley 589 de 2000 "Por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones", añadió al derogado Decreto 100 de 1980 (Código Penal colombiano) los artículos: 268A –Desaparición forzada–; 268B –Circunstancias de agravación punitiva– y 268C –Circunstancias de atenuación punitiva–, el citado delito. Actualmente, dichas normas corresponden a los artículos 165, 166 y 167 de la Ley 599 de 2000.

Siguiendo el derrotero trazado en materia de este delito, en el ordenamiento interno se conocen las siguientes leyes sobre el tema: Ley 707 de 2001 "Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas", Ley 971 de 2005 "Por medio de la

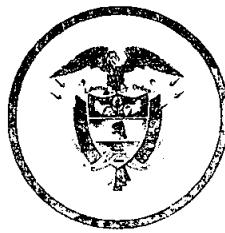


cual se reglamenta el mecanismo de búsqueda urgente y se dictan otras disposiciones"¹, Ley 1408 de 2010 "Por la cual se rinde homenaje a las víctimas del delito de desaparición forzada y se dictan medidas para su localización e identificación" y finalmente, la Ley 1418 de 2010 "Por medio de la cual se aprueba la "Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas". Como puede verse, hasta antes del año 2000, el legislador colombiano, ni tipificó, ni aprobó ley alguna relacionada con el flagelo de la desaparición forzada.

Tampoco es cierto que, en ausencia de una norma interna que sancionara la Desaparición Forzada, se pudiera aplicar la norma internacional, si se tiene en cuenta que para la fecha de los nefastos hechos, esto es el año 1985, ningún instrumento internacional, en sentido estricto, delineaba los aspectos fundamentales de esta infame práctica, pues no fue sino hasta la década de los noventa que se hizo un esfuerzo en este sentido.

En consecuencia, cabe aclarar que para el momento en que los primeros instrumentos sobre derechos humanos fueron redactados y aprobados, la práctica de la desaparición forzada no había sido identificada como un crimen que impactara la conciencia de la comunidad internacional. Ya durante los años setenta, la comunidad internacional, a través de la Asamblea General se enfocó en este tipo de violaciones independiente de otras cometidas contra los derechos humanos, a partir de las desapariciones forzadas ocurridas en Guatemala, Chile y en Argentina por esos años y que

¹ La norma en comento, señala en el artículo 1 que la Convención es: "[...] un mecanismo público tutelar de la libertad y la integridad personales y de los demás derechos y garantías que se consagran en favor de las personas que se presume han sido desaparecidas. Tiene por objeto que las autoridades judiciales realicen, en forma inmediata, todas las diligencias necesarias tendientes a su localización, como mecanismo efectivo para prevenir la comisión del delito de desaparición forzada. En ningún caso, el mecanismo de búsqueda urgente podrá ser considerado como obstáculo, limitación o trámite previo a la acción constitucional del hábeas corpus o a la investigación penal del hecho".



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 3 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

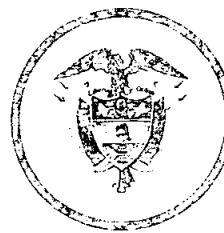
fueron parte de una política gubernamental de represión extendida. Fue así que nació la Resolución* 33/179 adoptada el 20 de diciembre de 1978, convirtiéndose en la primera condena política mundial de esta práctica, sin embargo, no se trató de un instrumento de carácter judicial puesto que no definía qué actos debían ser considerados como desaparición forzada, ni determinó los mecanismos del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas².

Precisados estos aspectos, a continuación relacionamos los instrumentos internacionales vinculantes para los Estados que los aprobaron y guardan correspondencia con esta siniestra conducta. Así, tenemos, la *“Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de las Naciones Unidas de 1992”*, uno de los documentos más importantes en el reconocimiento de este crimen que lo describe como una especial y particular ofensa en contra de la humanidad, sin embargo, es un instrumento que no proporciona una definición exacta de “desaparición forzada” pero si describe los elementos y las consecuencias de esta práctica. De igual manera, discute sobre los derechos que son puestos en riesgo y eventualmente vulnerados a raíz de este delito.

La Declaración invita y en cierta medida obliga a los Estados a tomar medidas efectivas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de otra índole para prevenir y terminar con las desapariciones forzadas.

* Las Resoluciones son opiniones formales (no vinculantes para los Estados) expresadas por un cuerpo legislativo o en una reunión pública. Las resoluciones producidas por la Asamblea General de las Naciones Unidas son por lo tanto opiniones expresadas por los Estados miembro de estas Organizaciones. Consultado en: UNESCO, Disponible en: «<http://www.unesco.org/new/es/social-and-human-sciences/themes/advancement/networks/larno/legal-instruments/nature-and-status>», [En línea].

² Cfr. PELAYO MOLLER, Carlos María, La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, 1^a Ed., Fascículo 11, Colección del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2012, pp. 17-19.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 4 de 75

Casación N° 46382

JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

Adicionalmente, el artículo 4º de esta Declaración estipula la obligación de tipificar el delito de desaparición forzada en las leyes nacionales y prohíbe que este tipo de crímenes sean ejecutados incluso en estado de guerra o de emergencia, estableciendo la ilegalidad de cualquier excluyente de responsabilidad basada en la obediencia debida.

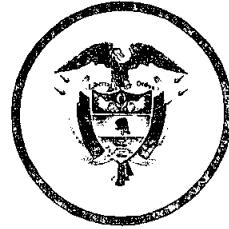
Por su parte, el Estatuto de Roma constitutivo de la Corte Penal Internacional del 1º de julio de 2002², señala que la Desaparición Forzada es un crimen de lesa humanidad, al respecto el artículo 7, numeral 2, literal i), señala:

“Por desaparición forzada de personas se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”³.

Y finalmente, la Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas aprobada el 20 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que en sus artículos 10, 11 y 12, dispone pautas concretas para la investigación y sanción a personas acusadas de este delito. El artículo 12 prevé cómo debe llevarse a cabo la investigación, señalando que las autoridades encargadas de la misma deben poseer las facultades y los recursos necesarios para

² El texto del Estatuto de Roma fue adoptado el 17 de julio de 1998 pero entró en vigor el 1º de julio de 2002.

³ Naciones Unidas, Conferencia Diplomática de plenipotenciarios, Estatuto de Roma constitutivo de la Corte Penal Internacional, Roma, Italia, 17 de julio de 1998.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 5 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

llevar a cabo dicha tarea, así como la facultad de prevenir y sancionar los actos que obstaculicen el desarrollo de las investigaciones⁴.

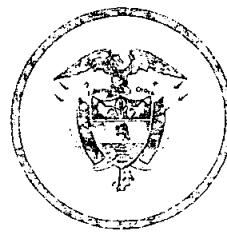
A nivel americano, encontramos la “*Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada el 09 de junio de 1994 en Belém do Pará, Brasil*”. La Convención es el primer tratado especializado y vinculante en esta materia. Este instrumento ha ayudado a reafirmar y desarrollar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el delito de desaparición forzada de personas a lo largo de los últimos años. Además, uno de los grandes logros alcanzados en esta Convención es la definición de desaparición forzada de personas, presente en el artículo 2° del referido instrumento:

“[...] la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes⁵.

Corolario de lo anterior, las leyes colombianas que aprobaron los instrumentos internacionales anotados, por obvias razones son de tiempo reciente, siendo la Constitución Política de 1991 la primera norma en el plano interno en referenciar el tema, tal como se desprende del artículo 12 superior, que establece: “*Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*”. Recalcando que a nivel

⁴ Ibid., pp. 55-56.

⁵ Ibid., pp. 27-28.



de tipicidad, el legislador colombiano sólo hasta el año 2000 plasmó el delito de desaparición forzada⁶.

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD, IRRETROACTIVIDAD Y FAVORABILIDAD PENAL

En primer lugar, debemos tener en cuenta que los principios son límites a la potestad punitiva del Estado, máxime, si se atiende a la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho que pregonó la Carta Fundamental en su artículo 1º. Estos principios se constituyen como garantías frente al ejercicio de la potestad estatal que puede tornarse en arbitraría, convirtiéndose en límites materiales a dicho ejercicio, es decir, se establecen como controles al contenido mismo de dicha potestad como lo son: la dignidad humana, la igualdad material ante la ley, proporcionalidad, acto, lesividad y culpabilidad por citar los más importantes. Algunos de estos principios limitan la forma en que se ejerce esa actividad sancionadora dentro de los que se encuentra el principio de legalidad del delito y de la pena y el principio del juez natural, que en el caso que nos ocupa juegan un papel fundamental para su adecuada y ponderada solución.

El principio de legalidad se constituye en el límite más importante a la forma como se ejerce la potestad punitiva estatal, en la medida que en su labor de perseguir las conductas punibles, el Estado podría acudir a los

⁶ Al respecto, el profesor Kai Ambos, menciona que a través del modelo indirecto conocido como "*indirect enforcement model*", los Tribunales Nacionales aplican el derecho internacional, teniendo en cuenta que los Tribunales Penales Internacionales, normalmente dependen de la cooperación de los Estados nacionales para juzgar los principales crímenes internacionales y ejecutar las penas, ahora bien, como no existe una aplicación directa del Derecho Penal Internacional en sentido auténtico, salvo en los casos de ocupación, como los ocurridos en Núremberg, Tokio o Bagdad, los órganos del Derecho Penal Internacional están obligados a servirse de los mecanismos del modelo indirecto. Cfr. AMBOS, Kai, "La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania", en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea), No. 05-17, 2005, p. 15.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 7 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

medios más enérgicos de que dispone el ordenamiento jurídico para el logro de tal cometido, por lo que se hace indispensable la búsqueda de un axioma que controle el despliegue de tal poder punitivo y confine su aplicación dentro de límites que excluyan toda arbitrariedad y exceso por parte de quienes lo ostentan o ejecutan, de tal manera que, básicamente de la mano de la tradición liberal ilustrada, el ciudadano tenga certeza de que solo es punible lo que está expresamente señalado en la ley y que será tratado en igualdad de condiciones⁷.

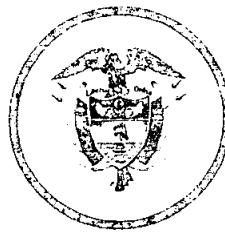
Ahora bien, si realizamos un examen de la Constitución Política vigente, observamos que el artículo 28 establece que: “[N]adie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...”. A renglón seguido el artículo 29 superior determina que:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable...”

⁷ VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho Penal. Parte General*, 4^a edición, Bogotá, D.C.: Temis, 2009, p. 131.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 8 de 75
Casación N° 46382

JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

Tal principio es en esencia el mismo que consagraba el orden constitucional que regía para la época de los hechos. En efecto, el artículo 26 de la Constitución Política de Colombia de 1886 establecía:

"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

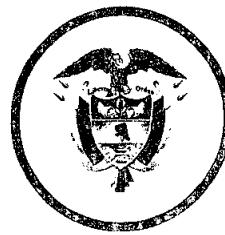
Entonces, como puede verse, el tránsito de un orden constitucional a otro en nada modificó, ni relativizó, ni amainó el contenido del principio de legalidad en materia sancionatoria, el cual permanece incólume en su contenido.

Adicionalmente, tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁸ como de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, han sostenido que:

"Es por tanto el principio de legalidad, el principal límite impuesto por el Estado Social de Derecho para el ejercicio de su potestad punitiva, en la medida que no hay delito ni pena sin una ley que inequívocamente así la defina, constituyendo esta regla una garantía individual fundamental, manifestada en la prohibición de aplicar retroactivamente los preceptos legales que crean delitos o aumentan penas"⁹

⁸ Véanse las sentencias SU-327 de 27 de julio de 1995, C-133 de 03 de marzo de 1999, C-1144 de 30 de agosto de 2000, SU-1553 de 21 de noviembre de 2000 y SU-1722 de 12 de diciembre de 2000.

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 24 de enero de 2007, Rad. 24638.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 9 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

Pero si de acudir a los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad se trata, baste transcribir su texto, comenzando con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, acuerdo internacional que plasma de forma expresa los derechos y las libertades inalienables al que todo ser humano puede aspirar en condiciones de igualdad y que en el artículo 11, expresa lo siguiente:

“1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

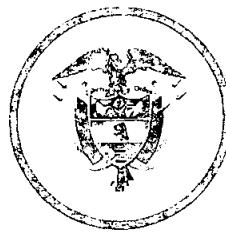
2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”¹⁰. (Énfasis fuera de texto)

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966*, también señala en su artículo 15:

“1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad

¹⁰ Naciones Unidas, Asamblea General, Declaración Universal de Derechos Humanos, París, Francia, 10 de diciembre de 1948.

* Entrada en vigencia el 23 de marzo de 1976.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 10 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”¹¹.

En este hemisferio, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José hace lo propio, como tratado multilateral que obliga a los Estados del continente a garantizar las instituciones democráticas, la libertad personal de sus coasociados y la justicia social con fundamento en el respeto de los derechos humanos, previendo en su artículo 7 el “Derecho a la Libertad Personal” como reafirmación del principio de legalidad, en tal sentido, el artículo señala:

“[2] Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”¹².

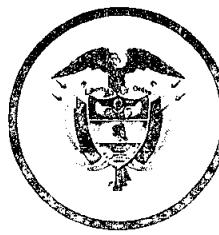
Seguidamente, la Convención prevé en su artículo 9° el principio de Legalidad y de Retroactividad:

“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”¹³.

¹¹ Naciones Unidas, Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966.

¹² Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre los Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

¹³ Ibídem.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 11 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

El Estatuto de Roma constitutivo de la Corte Penal Internacional, tampoco es ajeno en reafirmar el “*nullum crimen sine lege*” como uno de los principios generales del Derecho Penal, como se desprende del artículo 22:

“1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte.

2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena.

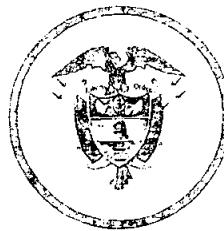
3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto”.

El citado instrumento, recalca además en su artículo 24 la irretroactividad de la ley penal (Irretroactividad *ratione personae*):

“1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor.

2. De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena”¹⁴.

¹⁴ Véase: Estatuto de Roma constitutivo de la Corte Penal Internacional.

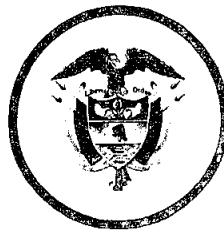


En relación con dicho principio, son igualmente relevantes, entre muchas otras, las siguientes sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, máximo tribunal de los derechos humanos de nuestro continente, en relación con el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, respecto al principio de legalidad, como resultó claro en la sentencia del 30 de mayo de 1999 en el caso de Castillo Petrucci y otros contra Perú:

"Párr. 121. La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionaria con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana" (Subrayas nuestras)¹⁵.

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú", Sentencia de 30 de mayo de 1999. Reiterado en: Sentencia de 18 de agosto de 2000 "Caso Cantoral Benavidez y otros Vs. Perú" cuando consideró:

"Párr. 157. En la elaboración de los tipos penales se debe tener presente el principio de legalidad penal, es decir, una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

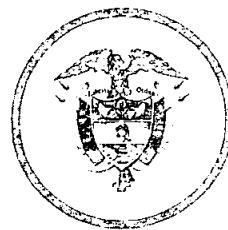
Página 13 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

Principio de legalidad que ni siquiera mengua en materia sancionatoria administrativa, como resaltó el Tribunal Interamericano cuando consideró:

"Párr. 106. En relación con lo anterior, conviene analizar si el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el

individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Resulta claro que las normas sobre los delitos de terrorismo y traición a la patria vigentes en el Estado en la época de los hechos de esta causa, incurren en la ambigüedad a la que acaba de hacerse referencia".

Párr. 158. La Corte concluye, en consecuencia, que el Estado violó, en perjuicio de Luis Alberto Cantoral Benavides, el artículo 9 de la Convención Americana".



que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste
(Subrayas nuestras)¹⁶.

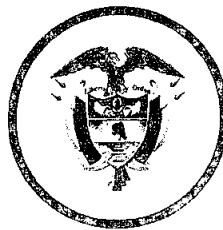
Del mismo modo, existen pronunciamientos en los que, aunque no hubiese sido alegada la violación del principio de legalidad del artículo 9 de la Convención Americana, la Corte se pronunció sobre el mismo, como ocurrió en el caso Kimel contra Argentina, en el que mencionó:

“Párr. 62. En el presente caso ni la Comisión ni los representantes alegaron la violación del artículo 9 de la Convención Americana que consagra el principio de legalidad. Sin embargo, el Tribunal estima que los hechos de este caso, aceptados por el Estado y sobre los cuales las partes han tenido amplia posibilidad de hacer referencia, muestran una afectación a este principio en los términos que se exponen a continuación”.

“Párr. 63. La Corte ha señalado que “es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información”. En este sentido, cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano (Subrayas nuestras)”¹⁷.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá”, Sentencia de 02 de febrero de 2001.

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Kimel Vs. Argentina”, Sentencia de 02 de mayo de 2008.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 15 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

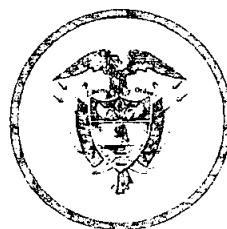
Adicionalmente, en el caso Fermín Ramírez contra Guatemala la Corte argumentó que:

"El principio de legalidad constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática. Al establecer que "nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable", el artículo 9 de la Convención obliga a los Estados a definir esas "acciones u omisiones" delictivas en la forma más clara y precisa que sea posible (Subrayas nuestras)"¹⁸.

Igualmente, el citado Tribunal, mencionó que en aras de salvaguardar la seguridad jurídica, resulta indispensable:

"Párr. 206. [...] que la norma punitiva exista y resulte conocida, o pueda serlo antes de que ocurra la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor, ya que antes de que una conducta sea tipificada como delito la misma no reviste aún el carácter de ilícita para efectos penales. Por otro lado, si esto no fuera así, los particulares no podrían orientar su comportamiento a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala", Sentencia de 20 de junio de 2005.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 16 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

*fundamentos del principio de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva*¹⁹.

Como conclusión de los diferentes fallos de la Corte Interamericana, puede resumirse, como se enfatizó en el caso "Liakat Ali Alibux Vs. Suriname", que es el juez, al momento de la aplicación de la ley penal, quien debe atenerse a lo estrictamente dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad al adecuar la conducta de la persona indiscriminada al tipo, para no incurrir en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico y por tal razón:

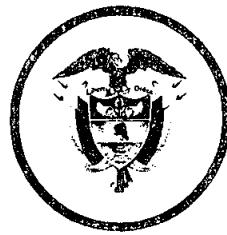
*"[...] la elaboración de tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fija elementos y permite deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales y en consecuencia "la tipificación de conductas reprochadas penalmente implica que el ámbito de aplicación de cada uno de los tipos esté delimitado de la manera más clara que sea posible; es decir, de manera expresa, precisa, taxativa y previa"*²⁰.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú", Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Frente al mismo tema, en sentencia de noviembre 18 de 2004 "Caso De la Cruz Flores contra Perú", se dijo:

"Párr. 104. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva exista y resulte conocida, o pueda serlo antes de que ocurra la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor, ya que antes de que una conducta sea tipificada como delito la misma no reviste aún el carácter de ilícita para efectos penales. Por otro lado, si esto no fuera así, los particulares no podrían orientar su comportamiento a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos del principio de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva.

Párr. 105. De conformidad con el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, el Estado no debe ejercer su poder punitivo aplicando de modo retroactivo leyes penales que aumenten las penas, establezcan circunstancias agravantes o creen figuras agravadas del delito. Asimismo, este principio implica que una persona no pueda ser penada por un hecho que no era delito o no era punible o perseguible cuando fue cometido".

²⁰ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname", Sentencia de 30 de enero de 2014 (Párr. 61).



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 17 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

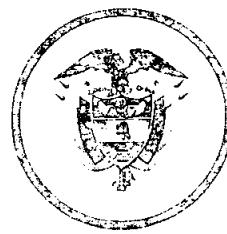
En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la garantía consagrada en el artículo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)*, norma equivalente al artículo 9 de la Convención Americana, y que más adelante, fue recogido por el artículo 22 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el cual reconoce el principio de legalidad y retroactividad²¹.

Aunque bastase este simple aserto para sostener los argumentos del presente salvamento de voto, esta circunstancia resulta plenamente reiterada en diversos fallos de nuestro Máximo Tribunal Constitucional, cuando consideró que:

[c]onstituye una de las principales conquistas del constitucionalismo pues constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos ya que les permite conocer previamente cuándo y por qué motivos pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas. De esa manera, ese principio protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal. Por eso es natural que los tratados de derechos humanos y nuestra constitución lo incorporen expresamente cuando establecen que nadie puede ser

* El artículo 7º del CEDH, determina en el numeral 1º que no hay pena sin ley y por tal razón: "Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida".

²¹ Ibíd., párr. 62.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 18 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (CP art. 29)“²².

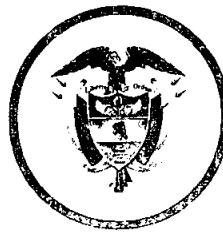
Además, el principio de legalidad no sólo tiene relación con el artículo 29 de la Carta Política, pues es trasversal a toda ella y encuentra relación con una buena parte del articulado, como quedó expresado en sentencia T-079 de 1993 cuando manifestó:

“Carece de fundamento objetivo la actuación manifiestamente contraria a la Constitución y a la Ley. La legitimidad de las decisiones estatales depende de su fundamentación objetiva y razonable. El principio de legalidad rige el ejercicio de las funciones públicas (CP art. 121), es condición de existencia de los empleos públicos (CP art. 122) y su desconocimiento genera la responsabilidad de los servidores públicos (CP arts. 6, 90). Una decisión de la autoridad no es constitucional solamente por el hecho de adoptarse en ejercicio de las funciones del cargo. Ella debe respetar la igualdad de todos ante la ley (CP art. 13), principio que le imprime a la actuación estatal su carácter razonable. Se trata de un verdadero límite sustancial a la discrecionalidad de los servidores públicos, quienes, en el desempeño de sus funciones, no pueden interpretar y aplicar arbitrariamente las normas, so pena de abandonar el ámbito del derecho y pasar a patrocinar simple y llanamente actuaciones de hecho contrarias al Estado de Derecho que les da su legitimidad”²³.

Más recientemente, en sentencia C-007 de 2018, la Corte resaltó que el principio de legalidad adquiere mayor importancia en el derecho penal, en

²² Corte Constitucional, C-820 de 09 de agosto de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Véase también sentencia C-133 de 03 de marzo de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²³ Corte Constitucional, T-079 de 26 de febrero de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 19 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

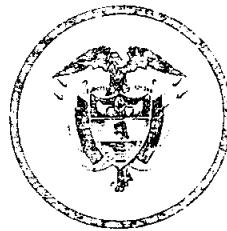
el cual opera en defensa de la libertad personal y es por ese motivo, que el Legislador define los supuestos que pueden llevar a la sanción penal (reserva de ley) y también para que los ciudadanos conozcan a plenitud el ámbito de lo penalmente prohibido, debe definir esas conductas a través de los tipos penales y de la manera más precisa posible, exigencia conocida como tipicidad (o legalidad en sentido estricto). Igualmente, se expuso que el principio de legalidad prohíbe la aplicación de normas penales retroactivas (definidas con posterioridad a la ocurrencia de los hechos) y exige al intérprete adoptar la interpretación más favorable al acusado o procesado, aspectos conocidos como irretroactividad de la ley penal y principio de favorabilidad²⁴.

Teniendo en cuenta la prohibición de aplicación de las normas penales retroactivas y el principio de favorabilidad, la Corte ha señalado que la reserva legal en materia penal por sí sola no es suficiente para cumplir su función garantista y por tal razón ha manifestado que:

“[U]na consecuencia obvia del principio de legalidad es entonces la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes que crean delitos o aumentan las penas. Por ello esta Corporación había precisado que no sólo ‘un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley que así lo señale’ sino que además la norma sancionadora ‘ineludiblemente debe ser anterior al hecho o comportamiento punible, es decir, previa o preexistente”²⁵.

²⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 01 de marzo de 2018, M.P. Diana Fajardo Rivera.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-444 de 25 de mayo de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

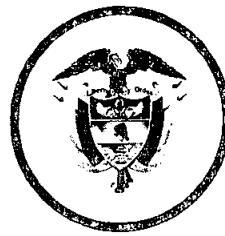
Página 20 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

Esta Corporación también ha señalado que el principio de legalidad cuenta con dos vertientes²⁶, siendo uno de los elementos más importantes del debido proceso, además de ser esencial en un estado constitucional, si se entiende como una barrera a la arbitrariedad y el abuso en el ejercicio del poder. Es así, que el principio se divide en dos especies: *principio de mera legalidad* y *principio de estricta legalidad*^{*}, ambas indispensables dentro del derecho penal moderno.

"Primero, el principio de mera legalidad hace referencia a la reserva legislativa para definir los tipos y las sanciones penales. Desde este punto de vista el principio supone que la libertad solo es limitable en virtud de decisiones adoptadas en el foro democrático del Congreso de la República y que los demás órganos que ejercen el poder público (en especial las autoridades administrativas y los jueces) tienen vedada la definición de las conductas prohibidas por la vía del derecho penal. El destinatario de este principio, entendido como límite del debido proceso es, principalmente, el juez, que sólo podrá iniciar y adelantar un juicio con base en normas promulgadas por el Congreso de la República, salvo las potestades limitadas del Gobierno en estados de excepción.

²⁶ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-091 de 15 de febrero de 2017, M.P. María Victoria Calle Correa.

* En el mismo expediente, la Corte Constitucional la Corte ha dicho que aunado al principio de estricta legalidad, es necesario que: "(b)...la definición clara de la conducta es también una condición para verificar desde el punto de vista fáctico su ocurrencia y, por lo tanto, para aportar pruebas a favor o en contra de su configuración; ejercer el derecho de defensa e intentar el control de las decisiones, bien a través de los recursos judiciales, bien mediante la crítica social a las providencias. Esta norma se dirige principalmente al juez, pero su eficacia compromete la legitimidad de las actuaciones judiciales, evita la discrecionalidad judicial (en el ámbito penal, donde debe ser más restringida) y favorece la libertad y dignidad de las personas". Corte Constitucional, Sentencia C-091 de 15 de febrero de 2017, M.P. María Victoria Calle Correa.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 21 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

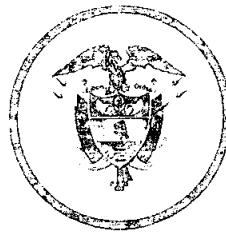
En segundo lugar, el principio de estricta legalidad se refiere a una forma de producción de las normas, consistente en la definición precisa, clara e inequívoca de las conductas castigadas. Esta segunda dimensión del principio de legalidad que, se anuncia desde ya, se refiere a la controversia planteada en este trámite, constituye el centro de un sistema garantista. Es un presupuesto para que los ciudadanos conozcan realmente las conductas permitidas y prohibidas y no sean entonces sujetos de un poder plenamente discrecional o de una amplitud incontrolable en manos de los jueces y es, por lo tanto, una garantía epistémica de la libertad y la dignidad humana, en tanto la capacidad de toda persona para auto determinarse²⁷.

Para la Corte, el principio de estricta legalidad o de taxatividad en la definición del tipo, es el centro de un sistema de derecho penal garantista, dado que la enunciación clara de la conducta es condición para verificar desde el punto de vista fáctico su ocurrencia y, por lo tanto, para aportar pruebas a favor o en contra de su configuración; ejercer el derecho de defensa e intentar el control de las decisiones, bien sea a través de recursos judiciales o bien por medio de la crítica social a las providencias²⁸.

A esas dos vertientes, se suma que el principio de legalidad tiene una doble condición, pues de un lado es principio rector del ejercicio del poder y del otro, es el principio rector del derecho sancionador. Para el primer caso ha dicho la Corte: “[s]e entiende que no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley. Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al

²⁷ Ibídem.

²⁸ Ibídem.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 22 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

*ordenamiento jurídico que establece la Constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas*²⁹.

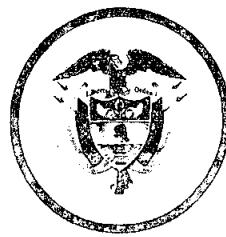
La Sala de Casación Penal de esta honorable Corporación, también se ha manifestado en idéntica concordancia con el supremo tribunal constitucional, considerando que de conformidad con el artículo 29 de la Constitución, en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplica de preferencia a la restrictiva o desfavorable, así las cosas:

“De acuerdo con tal apotegma, si bien por regla general la ley rige para las conductas cometidas durante su vigencia –principio de legalidad–, es posible excepcionar tal postulado mediante su retroactividad o ultraactividad. En el primer caso, la norma es aplicada a hechos acaecidos antes de entrar a regir, mientras que, en el segundo, su aplicación tiene lugar cuando ya no se encuentra vigente, respecto de sucesos ocurridos cuando regía, siempre y cuando ese proceder reporte un tratamiento benéfico para su destinatario”³⁰.

Ni las normas ni la jurisprudencia citada son un hecho aislado en el pensamiento jurídico universal. Por el contrario el principio de reserva de

²⁹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-710 de 05 de julio de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. No. 26.831 de 15 de mayo de 2008, M.P. María del Rosario González de Lemos. En radicado 25.306 de 08 de abril de 2008, con ponencia del Magistrado Augusto Ibáñez Guzmán, también se recordó que en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado colombiano, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 15.1), se establece que “*Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*”. De igual forma, la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada por la Ley 16 de 1972, en su artículo 9 señala: “*Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas, según el derecho aplicable. Tampoco puede imponerse pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*”.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 23 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

legalidad en materia penal es una constante inalterada en la doctrina universal, comenzando por Cesare Beccaria, padre del derecho penal moderno, para quien la exigencia del principio de legalidad parte de una visión contractualista, en la que son los hombres quienes determinan entregar sus derechos y éstos deciden autolimitarse, desprendiéndose en consecuencia, que únicamente la ley puede decir cuáles son las acciones que no pueden realizarse y en últimas, qué es delito³¹.

En este punto, Beccaria sostiene que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social*. En tal sentido:

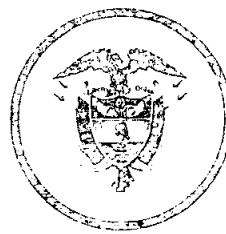
*"Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Y como una pena extendida más allá del límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa más otra pena adicional, se sigue que ningún magistrado, bajo pretexto de celo o de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente"*³².

El derecho penal alemán, receptor de las ideas de Beccaria en tanto cimenta sus raíces en la ley y no en el derecho consuetudinario, enuncia en su estatuto de penas –artículo 103– que el principio de legalidad es una

³¹ Cfr. BECCARIA, Cesare, "De los delitos y de las penas", Edición Latinoamericana, Santafé de Bogotá: Editorial Utopía Bolívar, 1992, Prólogo de AGUDELO, Nódier, p. XIX.

* Para contractualistas como Rousseau, el principio de legalidad surge de la incertidumbre fundada en el poder desbordado del gobernante en antiguos regímenes, dando lugar a excesos en el ejercicio del ius punendi, generando inseguridad constante en los ciudadanos y desconfianza hacia el soberano. Así, ya en 1762, el filósofo sostuvo en su obra el Contrato Social que "las convenciones son la base de toda autoridad legítima sobre los hombres". Cfr. ROUSSEAU, Jean Jacques, El Contrato Social, México: Mc Graw Hill, 1989. p.12.

³² BECCARIA, Cesare, op., cit., p. 12.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 24 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

garantía constitucional, de ahí que el fundamento de la dogmática jurídico-penal germana sea la ley penal. Es por eso que Jescheck sostiene:

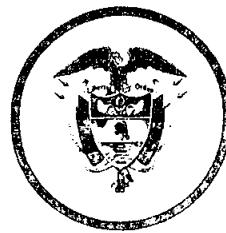
*“[T]odas las afirmaciones que se efectúen de *lege lata* sobre las proposiciones y conceptos jurídicos del Derecho Penal, han de poder deducirse de la ley o, por lo menos, ser compatibles con ella. De la misma forma, la realización práctica de la Justicia Penal ha de tener lugar exclusivamente sobre la base y dentro del marco fijado en la ley”³³.*

Los españoles Bustos Ramírez y Hormazábal afirman que el derecho penal moderno nace con el principio garantista formal que la ciencia penal denomina *principio de legalidad* –*no hay delito sin ley, no hay pena sin ley, no hay pena sin crimen* y a todo *hecho criminal* le corresponde una pena legal–, principio que para los autores abarca todo el sistema penal, tanto en la incriminación primaria como en la secundaria³⁴.

El sistema penal exige que la ley sea el único principio generador de delitos y penas, esto es: “[p]articipación de la ciudadanía, transparencia, principio de conocimiento y, en definitiva, carácter político de los delitos y las penas”, por lo que otras fuentes del derecho sólo tienen función complementaria y subordinada. Otra exigencia es el cumplimiento del principio de determinación, de taxatividad o de tipicidad de las figuras penales, para asegurar el principio de conocimiento por parte de los ciudadanos y que realmente la ley sea la que genere los delitos y las penas; desestimando por tanto la analogía y las cláusulas generales, que conviertan

³³ Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, Vol. I, Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1981, p. 67.

³⁴ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Nuevo Sistema de Derecho Penal*, Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2004, pp. 28-29



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 25 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

al juez en creador de delitos, y por último, el principio de la irretroactividad de la ley penal, que refuerza tal principio de conocimiento por parte del ciudadano y excluye la arbitrariedad del legislador, razón por la cual sólo las leyes más favorables a la persona pueden tener efecto retroactivo³⁵.

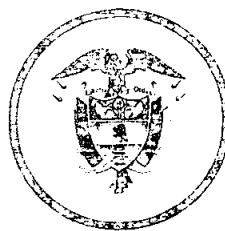
Estos principios de acuerdo con Mir Puig, ofrecen al individuo la posibilidad de evitar la pena comportándose según el derecho, lo cual se enlaza con la exigencia de cierta *seguridad jurídica*, de modo que el ciudadano pueda confiar en que dirigiendo su actuación en el sentido de los preceptos jurídicos conforme a una normal racionalidad, no va a poder ser castigado y éstos, son presupuestos para más adelante, considerar la culpabilidad de determinado sujeto³⁶.

De acuerdo con Muñoz Conde, concebir el delito al margen del derecho penal positivo es una tarea imposible si se tiene en cuenta que aquél es toda conducta que el legislador sanciona con una pena, por tal motivo, una definición de conducta penal al margen del derecho penal vigente, implica una actuación fuera del ámbito de lo jurídico, para entrar en el terreno de la filosofía, la religión, la moral o la sociología, cuyas concepciones ayudan poco en esta materia al jurista como resultado del principio "*nullum crimen sine lege*" que rige en el derecho penal positivo –art. 23 del Código Penal español–. Son estas las razones por las que, para este jurista, es improcedente considerar que sean delitos aquellas las conductas que no caigan en las mallas de la ley penal³⁷.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Estado, Pena y Delito*, Buenos Aires: Editorial B de F, 2006, p. 202.

³⁷ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, 2^a edición, Buenos Aires: Editorial B de F., 2003, pp. 62-63.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 26 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

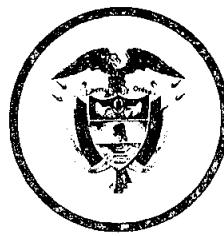
Bacigalupo nota que en las constituciones modernas, en la Carta de Derechos de la Unión Europea e inclusive en el tratado sobre una Constitución para Europa, las garantías que limitan el *ius puniendi* del Estado se reducen prácticamente al *principio de legalidad*, sin embargo, todo lo concerniente a este principio, hoy en día, tiene puntos de discusión sumamente importantes, pues algunos de ellos denuncian la *erosión* que ha sufrido el mismo y las dificultades existentes para que prevalezca de manera satisfactoria³⁸.

Lo anterior, conforme con Bacigalupo, se produce como consecuencia de la formulación originaria expresada por Feuerbach –*nulla poena sine lege, nulla poena sine crimen, nullum crimen sine poena legali*– en los albores del siglo XIX respecto al principio de legalidad, en la que se referenciaba únicamente la necesidad de una ley previa, cumpliendo con los requerimientos establecidos por el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y como presupuesto de su teoría de la pena, basada en la coacción psicológica según la cual nadie actuaría mal si preventivamente existe una amenaza conocida. No obstante, el fundamento del principio de legalidad se encuentra más allá de la teoría de la pena y amplía sus horizontes en la concepción misma del Estado y la noción de democracia propuesta por el concepto político del contrato social³⁹.

Con base en estas ideas, la libertad solamente puede ser limitada como consecuencia de la voluntad general, es decir, por una ley de un parlamento democrático, pero quienes no suscriben con la filosofía política contractualista, fundamentan sus ideas en el principio de legalidad de la

³⁸ Cfr. BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal y Estado de Derecho. Homenaje al profesor Ramón C. Leguizamón*, Argentina: Librería de la Paz, 2005, p. 15.

³⁹ Ibíd., pp. 18-19.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 27 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

garantía de objetividad. Pero lo importante, es que ambas posturas exigen que las normas provengan de un órgano legislativo democráticamente legitimado⁴⁰.

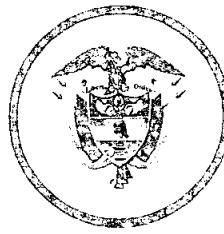
En este punto debe quedar claro que en el caso en estudio la Fiscalía General de la Nación, decide acusar al General (r) Jesús Armando Arias Cabrales, como autor responsable del delito de Desaparición Forzada Agravada, consagrado en los artículos 165 y 166 de la Ley 599 de 2000, y como consecuencia de ello, al acusado se lo condena por esta conducta, la cual no era punible, ni había sido consagrada en manera alguna para la época de ocurrencia de los hechos, lo cual se constituye claramente en una violación al principio de legalidad del delito y de la pena, que enseña, que toda persona debe ser juzgada por una conducta previa y claramente consagrada como delictiva en el momento de concreción de los hechos, no pudiendo ser posible que se permita la aplicación retroactiva de la ley penal, salvo que la misma resulte benéfica para el procesado y en desarrollo del principio constitucional de favorabilidad, que no es el caso que ocupa la atención de la Sala.

La prohibición de retroactividad en el moderno Derecho Penal, se expresó por primera vez en las Constituciones de los Estados Fundadores de la Unión Norteamericana e inmediatamente después en Francia⁴¹, habiendo sido enunciado en Alemania por Feurbach, con la conocida máxima *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*⁴².

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ En los artículos 14 y 15 de la Constitución de Maryland de 1776, al 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre

⁴² WOLLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, Christian “La prohibición de retroactividad”, en cuadernos de derecho penal No 4 Universidad Sergio Arboleda página 157



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 28 de 75

Casación N° 46382

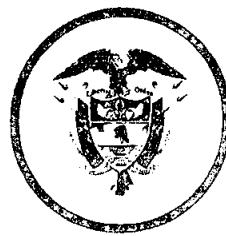
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

Pero además se ha consagrado históricamente en todos los estatutos penales patrios, desde el Proyecto de Código Penal para Colombia de 1823, en cuyo artículo quinto se estableció que “*a ningún delito ni culpa se impondrá nunca otra pena que la que le señale alguna ley promulgada antes de su perpetración*”, así como en el proyecto de 1826 –el título preliminar artículo segundo-, el proyecto del Código Penal de 1833 en su artículo 4°, el Código Penal de 1837, así como los códigos penales del Estado soberano de Bolívar de 1862 y 1873, los códigos penales del Estado soberano de Cundinamarca de 1858 que en su artículo 4 señala “*ningún delito o culpa pueden ser castigados con penas que no hayan sido señaladas por una ley publicada antes de su perpetración*”, del Estado soberano de Antioquia de 1867, artículo 5, del Estado soberano de Magdalena de 1875 artículo 8 y el artículo 4 del Código Penal Nacional de 1873, hasta llegar al Código Penal de 1936⁴³.

La misma línea siguen el Decreto Ley 100 de 1980 vigente para el momento de ocurrencia de los hechos y la Ley 599 de 2000, Código Penal actual, esto para efectos de señalar que la prohibición de retroactividad como desarrollo del principio de legalidad del delito y de la pena, ha acompañado la historia republicana de nuestro país.

Así las cosas, no resulta válido que en el caso en estudio se acuda a una norma penal que no existía para el momento de los hechos, esto trae como consecuencia que se transgreda el principio aquí referenciado. En otras palabras, se aplicó de forma retroactiva –y en desfavor del reo– la normatividad posterior (Ley 599 de 2000), algo impensable e inadmisible si se trata de un Estado de Derecho respetuoso de los pactos mundiales de

⁴³ Ibídem.



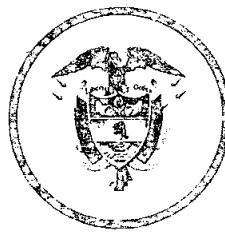
derechos humanos, en cuya virtud a esa persona se le ha debido procesar por los delitos de secuestro, única conducta delictiva consagrada en esa época en el derecho positivo

Pero por esa vía, también se desconoce el principio de reserva que enseña que el Congreso es el único facultado para crear normas jurídicas, en consecuencia no se puede aplicar una norma penal que no había sido creada por el órgano legislativo facultado para ello y para el momento de los hechos, principio que en palabras de la Corte Constitucional;

“Exige en el Estado democrático de derecho sea el legislador, como autoridad de representación popular por excelencia, el facultado para producir normas de carácter sancionador. En relación con este principio de reserva de la ley, la Corte ha señalado que de acuerdo con nuestro ordenamiento constitucional solo el legislador puede establecer, con carácter previo, la infracción y las sanciones a que se hacen acreedores quienes incurran en ellas”⁴⁴

Sobre este asunto, Luigi Ferrajoli resalta que en los ordenamientos jurídicos desarrollados el derecho penal se funda en el modelo garantista clásico con sus elementos: *estricta legalidad, materialidad y lesividad de los delitos, responsabilidad personal, juicio oral y contradictorio entre partes y presunción de inocencia*, todos ellos fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal. El sentido y el alcance garantista remite para el autor, a las únicas acciones taxativamente indicadas por la ley excluyendo de ella cualquier configuración ontológica o extra-legal. *Auctoritas, no veritas facit legem* es la máxima que expresa este fundamento y constituye a la vez el principio del positivismo jurídico, pues no son la verdad, la justicia, la moral o la

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-099 de 11 de febrero de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 30 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

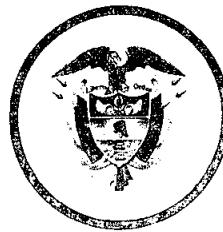
naturaleza, las que le imprimen relevancia penal a un fenómeno factual, es únicamente la ley la que tiene tal autoridad. . De esta manera, “[...] la ley no puede calificar como penalmente relevante cualquier hipótesis indeterminada de desviación, sino sólo comportamientos empíricos determinados, exactamente identificables como tales y, a la vez, adscribibles a la culpabilidad de un sujeto”⁴⁵.

Con fundamento en lo descrito, para Ferrajoli, son dos los logros fundamentales de la teoría clásica del derecho penal y de la civilización jurídica liberal. El primero, es la garantía para los ciudadanos de una esfera intangible de *libertad*, resguardada por el hecho de que al ser punible sólo lo que está prohibido por la ley, nada de lo que ésta no prohíbe es punible, sino que es libre o está permitido. En tal sentido, por «*ius*», citando a Thomas Hobbes, debe entenderse «*libertad que la ley me deja hacer cualquier cosa que la ley no me ordene*». El segundo de ellos es la *igualdad jurídica* de los ciudadanos ante la ley, es decir, las acciones o los hechos, cualquiera que los cometiera, pueden realmente ser descritos por ser previstos y probados como presupuestos de iguales tratamientos penales⁴⁶.

Pero hoy en día, con base en la concepción del constitucionalismo, llamada por Ferrajoli “*iuspositivista*” o “*garantista*”, opuesta al constitucionalismo rígido en tanto somete la producción del derecho positivo a los derechos fundamentales estipulados en las normas constitucionales, complementa al positivismo jurídico y al Estado de Derecho, de forma que, este constitucionalismo jurídico suprimió la última forma de gobierno de los

⁴⁵ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Editorial Trotta, 1995, pp. 33-36.

⁴⁶ Ibíd., p. 36.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 31 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

hombres, la que en la tradicional democracia representativa se manifestaba en la omnipresencia de la mayoría⁴⁷.

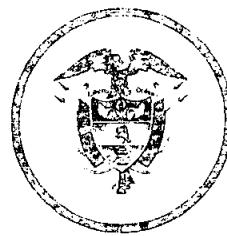
A pesar de lo anterior, sostiene Ferrajoli que los principios constitucionales sean siempre objeto de ponderación y no de aplicación o, peor aún, que se sometan a la ponderación con principios morales de libre invención del juez, genera evidentemente un peligro para la independencia de la jurisdicción y para su legitimación política, esto por cuanto, si los jueces están habilitados para crear ellos mismos normas, aunque sea a través de la ponderación de los principios, resulta anulada la separación de los poderes. Así, la identificación de la ponderación como el único tipo de razonamiento pertinente para los principios, en oposición a la subsunción, promueve y alienta tanto el activismo de los jueces como la discrecionalidad de la actividad judicial, tal como lo sostiene dicho autor.⁴⁸.

La importancia del principio de legalidad plenamente regulado, también es motivo de pronunciamiento por parte de nuestra ilustre doctrina, pues, Alfonso Reyes Echandía consideró durante la comisión del anteproyecto de Código Penal colombiano de 1974, que éste debía expresamente consignar un capítulo preliminar con los principios universales de la tipicidad o legalidad, por cuanto así se orientan las normas de la parte general y especial del estatuto penal, de manera que resulta conveniente para que jueces y abogados se percaten del espíritu del Código y de sus principios rectores, lo que es una enorme conquista del derecho liberal⁴⁹.

⁴⁷ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, "Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista", en: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 34, 2011, p. 24.

⁴⁸ Ibíd., p. 44.

⁴⁹ Anteproyecto de Código Penal colombiano, Edición oficial revisada y dirigida por: Alfonso Reyes Echandía, Viceministro de Justicia, Bogotá, D.E.: Librería Temis Ltda., junio de 1974, p. 23.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 32 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

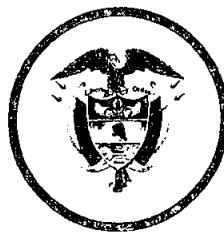
En términos similares, el maestro Gaitán Mahecha, cuando exponía sobre la normatividad jurídica, mencionaba que “...no basta que el hecho en sí mismo sea *antijurídico* (o *inmoral*), para que sea causa de una pena, sino que es necesario que una norma lo contenga en su *integridad absoluta*, como *resultante del acto*”. En tal sentido, lo jurídico en abstracto, no es suficiente para derivar la existencia de lo antijurídico y por ende atribuir consecuencias penales. Así las cosas, lo antijurídico debe señalarse en las normas, desde el punto de vista objetivo del derecho. En la dogmática jurídica, la norma individualmente considerada, se encuentra en la noción de “tipicidad” (*tabetsstand*), en donde las normas son tipos cuyos elementos posibilitan la valoración del hecho y del acto, que adecuados y ajustados en forma absoluta determinan la existencia de lo antijurídico, desde la óptica estrictamente objetiva⁵⁰.

Con fundamento en este punto, Gaitán Mahecha sostiene que la tipicidad como doctrina tiene la virtud de hacer que “...el Estado no pueda salirse de los márgenes jurídicos; ya porque para legislar debe consultar la juridicidad y determinar como delictuoso solamente aquello que sea *antijurídico*, y castigar como delito solamente aquello que sea *típicamente delictuoso*, conforme a la integración de la norma”⁵¹.

El derecho penal, por su misión protectora de bienes jurídicos considerados fundamentales por el legislador, asume radicales posiciones ideológico-políticas y es la presencia dinámica de esa orientación en las leyes penales y en la dogmática, la que decide si se está frente a un derecho

⁵⁰ Cfr. GAITÁN MAHECHA, Bernardo, *Estudios Penales. Homenaje al Maestro Bernardo Gaitán Mahecha*, Bogotá, D.C.: Legis, 2005, pp. 7-8.

⁵¹ Ibidem.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 33 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

penal liberal y democrático, o, por el contrario, autoritario. Expresiones del primero, son según Fernández Carrasquilla:

“(a) El respeto inquebrantable por las garantías penales; (b) La realización de esas garantías bajo el principio de estricta legalidad de los delitos y de las penas, en su sentido de prohibición de la analogía, de la costumbre y de la retroactividad desfavorables, pero también de los tipos indeterminados que aparezcan para los ciudadanos un grado intolerable de incertidumbre e incrementen por tanto el poder discrecional de los jueces en lo que atañe a la fundamentación y agravación de hechos punibles y sanciones criminales; (c) La fundamentación exclusiva de la responsabilidad penal en la conducta voluntaria del individuo humano, de suerte que nunca puede ser sometido a sanciones penales por su modo de ser, de pensar o vivir, o por su carácter, constitución, temperamento, o disposición, sino, privativamente, por la ejecución de actos que, por su nocividad y evitabilidad son declarados punibles por la ley. Se pena al hombre por lo que hace o deja de hacer en contra del deber jurídico, no por lo que es o por la forma en que asume la existencia...”⁵²

Fernández Carrasquilla nos recuerda que sin la realización del hecho típico, no puede haber imputación penal “*nullum crimen sine typus*”, o como señalaba Beling “*no hay delito sin tipicidad*”. Con fundamento en estas premisas, la atipicidad da lugar inexorablemente a la inimputabilidad del hecho, cualquiera que sea su dañosidad social o su repudiabilidad ética. Por

⁵² FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho penal fundamental*, 2^a edición, Vol. I, Bogotá: Editorial Temis, S.A., 1986, pp. 31-32.



último, sostiene este autor, que el principio de reserva legal representa la *carta magna* de los ciudadanos contra la arbitrariedad judicial⁵³.

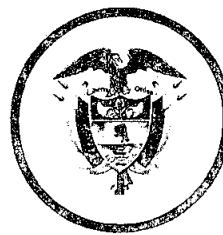
En palabras de Estrada Vélez, la única fuente de producción del derecho penal es el Estado, por el principio constitucional del artículo 26 de la Carta Política de 1886, al igual que la vigente, expresaba que “*nadie puede ser juzgado sino por un hecho previamente sancionado por la ley como delito*”, constituye un postulado indestructible del moderno derecho penal en el llamado *principio de reserva o de legalidad del delito*, que se enuncia con la máxima latina “*Nullum crimen sine lege*”⁵⁴.

Expresión surgida del pensamiento iluminista del siglo XVIII que revolucionó completamente la filosofía política de la época y en contra del absolutismo* del Estado opuesto a la libertad del individuo, así la nueva orientación asume el carácter de un verdadero principio constitucional, vigente desde la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789 y luego incorporado en el derecho público de la gran mayoría de las naciones de cultura occidental. De tal principio fundamental se derivan otros de igual importancia, como los son: *nulia poena sine praevia lege* (no puede imponerse sanción alguna si no ha sido predeterminada por la ley); *nemo iudex sine lege* (principio de la

⁵³ Ibid., p. 88.

⁵⁴ ESTRADA VÉLEZ, Federico, *Derecho Penal. Parte General. 2^a edición*, Bogotá: Editorial Temis, S.A., 1986, p. 37.

* Para Estrada Vélez, el origen de la tipicidad se puede ubicar en el pensamiento iluminista de la Revolución Francesa, no como un concepto suficientemente elaborado sino en sus primeras manifestaciones. Pues en efecto, los bienes jurídicos estaban sometidos a la arbitrariedad de los jueces, fundada esta, a su vez, no solo en la mentalidad de la época, sino primordialmente en las concepciones vigentes sobre la potestad de castigar y sobre la ausencia de un sistema de normas que limitara el poder del Estado o de los principes frente al individuo. Por ello, toda ilicitud culpable podía ser penalmente castigada, así no estuviera expresamente prevista en una norma legal. Como una reacción contra este estado de cosas surgió el principio “*nullum crimen sine lege*”, y se advirtieron las primeras manifestaciones del “*corpus criminis o corpus delicti*”, como una garantía democrática sustancial para el individuo frente al Estado. Véase: ESTRADA VÉLEZ, Federico, *Derecho Penal. Parte General. 2^a edición*, Bogotá: Editorial Temis, S.A., 1986, p. 117.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 35 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

legalidad del juez, que debe estar instituido constitucional y legalmente); *nulla poena sine iudicio legale* (no puede imponerse ninguna pena sin la previa aplicación del procedimiento penal creado y reglamentado por la ley)⁵⁵.

Es así que Romero Soto, nos recuerda que la Ley como fuente del derecho penal y enunciado en el principio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, fue heredado de la Carta Magna, formulado en su locución latina por Feuerbach y preconizado antes por Beccaria. Principio al que el autor, citando a Cossio y a Jiménez De Asúa, otorga un fundamento filosófico, pues se trata de una restricción, debido a que, al no existir igualdad entre el delito y la pena, porque la última pertenece a lo irracional, y el delito –transgresión de un deber– pertenece al plano de lo racional, resulta indispensable poner límite a lo irracional a través de un precepto racional, que no es otro que la ley⁵⁶.

Pero, además, científicamente este principio halla fundamento en que, si la pena para producir sus verdaderos efectos necesita que se encuentren perfectamente definidos de antemano, tanto el hecho al que ha de aplicarse como la naturaleza y cuantía de la misma, deben garantizarse tales elementos de manera que se protejan los derechos del infractor y sobre todo, del no delincuente. Aunado a este punto, el principio referido ha tenido singular importancia en la formulación, por parte de Beling, de la teoría del tipo de delito (*Tätbestand*), según la cual, para que un hecho pueda ser sancionado como delito, es necesario que se ajuste a los elementos contenidos en la ley⁵⁷.

⁵⁵ Ibíd., p. 88.

⁵⁶ ROMERO SOTO, Luis Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Vol. I, Bogotá, D.E.: Editorial Temis, 1969, p. 176.

⁵⁷ Ibíd., p. 177.



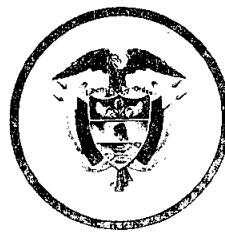
Ya en el campo político, el principio de legalidad obtiene mayor trascendencia, pues representa un límite infranqueable para la arbitrariedad de los gobernantes y de él se derivan, entre otras, la prohibición de la retroactividad de la ley penal (irretroactividad de la ley); la prohibición de la analogía; la inadmisibilidad de la costumbre como fuente del derecho penal, y la imposibilidad de que un reglamento no delegado contenga normas penales. Estos argumentos expuestos por Romero Soto, se resumen en que ningún hecho puede ser considerado como delito si una ley (en sentido material) no lo prevé como tal, ni puede aplicarse pena alguna que no haya sido especialmente establecida para ese hecho por una ley⁵⁸.

Frente al peso de la universalidad, la posición mayoritaria de la Sala parece reducir el punto a un problema de "interpretación" pues según ésta los hechos objeto del presente caso:

"...no pueden ser juzgados con los parámetros de la interpretación formal del derecho, porque la violenta e irracional toma del Palacio de Justicia por parte de un grupo que pretendía utilizar a la Corte para juzgar al gobierno ocurrió en una época regida bajo un esquema legal que hizo del Estado de Sitio un instrumento para lograr una artificial cohesión ciudadana y un elemento sustancial de la defensa del orden constitucional, como fin en sí mismo, por encima incluso de la dignidad humana".

Quienes salvamos el voto no podemos compartir este tipo de afirmaciones las cuales son finalmente el punto de partida de la decisión dividida adoptada por la Sala. Lo primero, porque es evidente que el ejercicio intelectual a que se acude es, en nuestra modesta opinión, una actividad de

⁵⁸ Ibidem.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

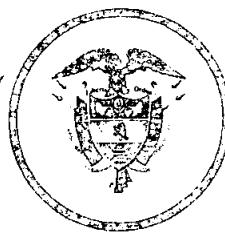
Página 37 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

ponderación inaceptable que construye una antinomia totalmente artificial, entre justicia y derecho, razón de Estado y derechos humanos, ley y dignidad humana, interpretación formal e interpretación material. En nuestro entendido se parte de la presunción de que la historia constitucional del país y el derecho en sí mismo, se funda con la Constitución de 1991, porque todo lo todo lo anterior sería una vana pretensión creada "bajo los estereotipos del derecho del pasado"⁵⁹.

Y es que el concepto de "ponderación", tan desarrollado y aceptado sin miramiento, implica un riesgo de inseguridad jurídica y, sobre todo, de arbitrariedad al hacer prevalecer un principio sobre otro, particularmente cuando se desestima que todo principio entraña un derecho fundamental. El profesor argentino Leandro Vergara, sostiene que existe una relación inescindible e innegable sobre derechos fundamentales y principios:

"ello se explica porque los derechos fundamentales tienen en su contenido principios de máxima importancia (...) Los principios expresan derechos y lo hacen de un modo abierto cuya indeterminación es su característica más saliente. Si bien se pueden realizar en más o menos, lo cierto es que en su formulación, no se visualiza, a priori, las condiciones precisas de su aplicación (...) La nota destacada, en este caso, es la alta dosis de indeterminación de cómo y en que manera se realiza ese principio o ese derecho. Con esto aparece el primer problema: ¿Cómo se hace para realizar un derecho (principio) sin salir de la indeterminación? La respuesta es sencilla: ello no es posible, salvo arbitrariedad. Por lo tanto, será necesario realizar interpretaciones. Del tipo de interpretaciones y

⁵⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 46382, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, p. 72.



*argumentaciones, dependerá la racionalidad de la decisión o su ausencia.*⁶⁰

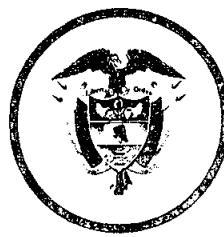
En efecto, en este punto surge entonces la dificultad de determinar si un principio debe prevalecer sobre otro cuando lo que el ejercicio interpretativo debe evidenciar es que una de las propuestas será adecuable al caso concreto desplazando a la otra por resultar inaplicable, es decir no se trata de que se derrote un principio sino que se debe elegir aquel que resulta el procedente frente a la situación examinada, de manera que se garantiza la seriedad del sistema jurídico pues la coherencia interpretativa de encontrar la regla aplicable, que contiene el principio objeto de protección, garantiza un sistema jurídico razonable⁶¹ que evite por supuesto la arbitrariedad en las inadecuadas interpretaciones de la norma.

En otras palabras, no se trata de determinar si el principio de legalidad es flexible o prevalece sobre otros preceptos que convergen en el proceso penal, la tarea del operador judicial es desentrañar con precisión cual es el derecho que se correlaciona con ese principio de manera que se encuentre la fórmula aplicable al caso, manteniendo la inalterabilidad del ordenamiento jurídico y su concepción de garantía alrededor del procesado.

El ejercicio ponderativo al que acudió la sentencia, morigerando la importancia de la legalidad en cuanto es inexistente el delito sin ley previa que lo determine y especifique como principio rector del proceso penal, supone una inseguridad jurídica en general, tal como el mismo autor Vergara lo sostiene:

⁶⁰ VERGARA, Leandro. El desarrollo de los derechos. Obra inédita, p. 5

⁶¹ Cfr. Ibid. Pag 6



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 33 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

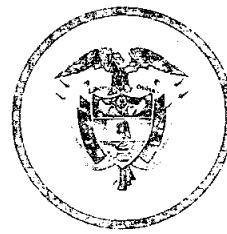
“El problema de argumentar ponderativo es que el principio conculado del caso, por seguir siendo un principio vigente, continúa ejerciendo su peso. Siguiendo la metáfora del peso, el perdedor insatisfecho pedirá una nueva balanza que pese mejor, o, en concreto, exigirá la presencia de otro juez que sepa pesar mejor. Para el vencido, su principio postergado quedará como residuo insatisfecho a la espera de algún tipo de compensación. Y del lado del ganador que derrotó al principio en pugna, aunque esté satisfecho porque ganó, tampoco estará tranquilo, ya que, si en el futuro tuviera un caso similar, aparecerá otro juez con su propia balanza. Ya no estará seguro de que el nuevo juez repita los mismos resultados. Digamos que se resentiría la seguridad y previsibilidad, porque no habría estabilidad en los criterios de decisión.⁶² O, lo que es peor, se estaría gobernando por la casuística”⁶³

En segundo lugar, por virtud de tal ejercicio, más que interpretar se pondera, evitando la labor de subsunción a pesar de existir claras y expresas reglas jurídicas aplicables al caso. Las consecuencias: el desconocimiento del principio de irretroactividad de la ley penal como colofón de la violación flagrante del principio de legalidad.

Para menguar las dificultades expuestas en este salvamento, la posición mayoritaria de la Sala acude al expediente del carácter permanente del delito de desaparición forzada, circunstancia que no compartimos y que, como demostraremos en capítulo separado, no solamente contradice las

⁶² ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel y GARCÍA AMADO, José Antonio. Un debate sobre la ponderación. Lima-Bogotá. Palestra – Temis, 2012. Ver especialmente este debate realizado en género epistolar en el que los autores confrontan sus propias ideas en torno al tema de la ponderación.

⁶³ VARGAS, Ibid., p.52



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 40 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

normas básicas de la lógica formal, sino que omite sin razón la imputación al tipo subjetivo de la conducta que se analiza.

En este orden de ideas, el delito por el cual fue condenado como coautor el General (r) Jesús Armando Arias Cabrales, a saber: Desaparición Forzada de Personas fue tipificado con la Ley 589 de 2000⁶⁴, es decir, después de casi quince años de ocurridos los hechos que tuvieron lugar en desarrollo de la operación de retoma del Palacio de Justicia.

Como refuerzo de la argumentación- más allá del alegato de la permanencia- se pretende la preexistencia a los de una norma penal fundada en la vigencia de los tratados sobre derechos humanos que incluso tendrían sus raíces en los postulados de la Declaración de Derechos Humanos de 1945 que constituirían una especie de espíritu que vendría a consolidarse en la Constitución de 1991 pero que la preceden en su vigencia. Por eso se habla de "permanencia" de un comportamiento anterior a 2000.

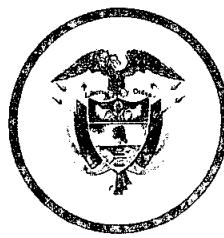
— Lo que no puede soslayarse es que bajo esta óptica, se estarían desatendiendo los postulados constitucionales previstos en los artículos 28 y 29 y contrariando la –no derogada– Ley 7 de noviembre 30 de 1944⁶⁵ que versa “Sobre la vigencia en Colombia de los Tratados Internacionales, y su publicación”, la cual establece:

—Art. 1º. Los Tratados, Convenios, Convenciones, Acuerdos, Arreglos u otros actos internacionales aprobados por el Congreso, de conformidad con los artículos 69 y 116 de la Constitución, no se considerarán vigentes como leyes internas, mientras no hayan sido*

⁶⁴ Diario Oficial No. 44.073 de 7 de julio de 2000.

⁶⁵ Diario Oficial, Año LXXX, N° 25716 de 12 de diciembre de 1944, p. 2.

* Constitución Política de Colombia de 1886.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 41 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

perfeccionados por el Gobierno en su carácter de tales, mediante el canje de ratificaciones o el depósito de los instrumentos de ratificación, u otra formalidad equivalente.

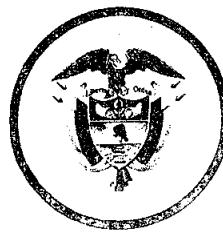
De acuerdo con la norma transcrita y para la época de los hechos, ningún instrumento internacional sobre desaparición forzada de personas había sido aprobado por el Congreso y mucho menos perfeccionado por el Gobierno y es en este sentido que la Corte Constitucional en sentencia C-368 de 2000 consideró:

“Es claro que ni la norma constitucional citada, ni los instrumentos internacionales referidos, ni el artículo demandado permiten que en la actualidad se procese a alguien por el delito de desaparición forzada sin violar el artículo 29 de la Carta Política; ello sólo será posible válidamente, una vez entre en vigencia el nuevo Código Penal que consagra tal conducta como delito y señala la pena correspondiente, de acuerdo con las normas procesales que asignen la competencia requerida para conocer de esa clase de hecho punible, y definan las formas propias del juicio que se deberán observar”⁶⁶.

Con base en lo anterior, podemos sostener que, en Colombia, únicamente, con la entrada en vigencia de la Ley 589 de 2000 (6 de julio de 2000), el delito de Desaparición Forzada comenzó a tener efectos jurídicos en el país.

Pero el punto de discordancia con la ponencia mayoritaria es de una clara estirpe filosófica-constitucional, pues lo que la providencia cuyo voto salvamos sostiene la existencia de principios por fuera del propio sistema

⁶⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-368 de 29 de marzo de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 43 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

claramente en el presente caso y que por ende debemos rechazar enfáticamente:

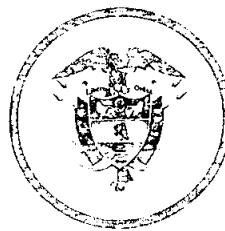
"a) una suerte de dogmatismo y de absolutismo moral conexo con el constitucionalismo concebido como cognoscitivismo ético; b) el debilitamiento del rol normativo de las constituciones y, por ello, de la jerarquía de las fuentes; c) el activismo judicial y el debilitamiento de la sujeción de los jueces a la ley y de la certeza del Derecho, que, a su vez, debilitan las fuentes de legitimación de la jurisdicción"⁶⁸.

Resulta en nuestra modesta opinión, que contrario al pensar de la mayoría no se trata de un problema de principios sino de reglas* y ellas no otorgan ningún tipo de dificultad en cuanto a la ocurrencia de los hechos pues no existe vacío en su configuración normativa.

Es clara la inexistencia para el año de 1985 del tipo penal de desaparición forzada, no así la de descripciones de comportamientos como el del secuestro y el homicidio. Que una consideración posterior –de *lege data*– sobre la antijuridicidad de este tipo de conductas cuando se añade el propósito de sustraer a la persona de su entorno físico y jurídico, absteniéndose de informar sobre su paradero es otra cosa, porque el

⁶⁸ Ibíd., p. 28.

* Para Ferrajoli, "... la diferencia entre la mayor parte de los principios y las reglas es de carácter no estructural, sino poco más que de estilo. La formulación de muchas normas constitucionales –y, en particular, de los derechos fundamentales– en forma de principios, no es sólo un hecho de énfasis retórico, sino que tiene una indudable relevancia política: en primer lugar, porque los principios enuncian expresamente y por ello, solemnemente, los valores ético-políticos que proclaman, en relación con los cuales las reglas son, en cambio, «opacas»; y en segundo lugar, y sobre todo, porque aquéllos, cuando enuncian derechos, sirven para explicitar la titularidad de las normas constitucionales que confieren derechos a las personas o los ciudadanos y, de ahí, la colocación de éstos en posición supra-ordenada al artificio jurídico, como titulares de otros tantos fragmentos de la soberanía popular. Pero más allá del estilo, cualquier principio que enuncia un derecho fundamental –por la reciproca implicación que liga a las expectativas en que, consisten los derechos, con las obligaciones o prohibiciones correspondientes– equivale a la regla consistente en la correlativa obligación o prohibición". FERRAJOLI, op., cit., p. 39.

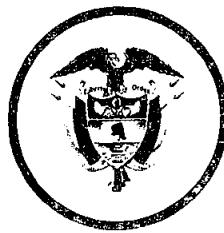


legislador emplea una nueva regla, más específica, pero ciertamente con anterioridad a tal consagración el problema es de subsunción, como también lo es con posterioridad –con independencia del problema de la “permanencia”.

Pero debe señalarse que si en parte alguna del derecho es peligroso en extremo este tipo de dogmatismos es precisamente en el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado porque le permite aplicar la máxima potestad en relación con restricción o extinción de derechos de los individuos. La subsunción jamás puede entenderse como el apego formal al trazo lingüístico de la ley sino como una de las grandes conquistas del derecho penal, fundado también en el principio de la dignidad humana que le permite al individuo conocer con exactitud el contenido de la prohibición penal, en lo objetivo y en lo subjetivo, y determinar su comportamiento con fundamento en ese conocimiento. Lo que no puede es dejarse al capricho del fallador o de sus convicciones íntimas, por más valiosas y acertadas que sean, el decreto y aplicación de la pena.

3. SOBRE LA PERMANENCIA

Al criterio de la posición mayoritaria sobre lo que ésta entiende como “interpretación material” de la ley penal, se suma el de la permanencia, como carácter comportamental del delito de desaparición forzada, argumentación que sirve para sostener la plena tipicidad de una conducta acaecida catorce años antes de su consagración legislativa. El argumento de la H. Sala del cual nos apartamos muy respetuosamente, pasa por dos momentos cuyo punto de inflexión es la promulgación de la Ley 589 de 2000. Antes de este evento, se propone –a nuestro juicio de manera equivocada– una especie de existencia implícita del tipo penal aplicable, con fundamento



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

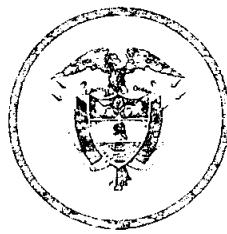
Página 45 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

en la vigencia de los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos suscritos por nuestro país. Con posterioridad, el postulado de que el tipo cuya aplicación permite la condena supone una omisión- la de dar a conocer el paradero de la víctima-, implicaría la continuación de la conducta precedente bajo los efectos de la nueva legislación.

Sobre ambos argumentos deben formularse reparos sustanciales que impiden adherirse a aquellos. En primer lugar, resulta, en nuestro criterio flagrantemente violatorio del principio de legalidad, integrar una norma penal de la manera como lo hace la posición mayoritaria adoptada por la Sala. Como se ha señalado en apartes anteriores del presente salvamento de voto, nuestro país no adhirió a los convenios y tratados sobre la materia sino a partir del año 2001*, esto es, quince años después de la ocurrencia de los hechos materia del presente proceso de manera tal que alegar la existencia de una norma extra o supra legal que eventualmente consagrarse un tipo aplicable, resulta totalmente improcedente.

Pero si aún, en gracia de discusión, se admitiese la posibilidad anotada en los apartes precedentes, el examen del texto de los tratados y convenios en manera alguna permite concebir la existencia de la estructura lógica de una norma penal, más allá de simples recomendaciones a los gobiernos suscriptores de estos instrumentos o de genéricas descripciones --variables de legislación a legislación- pero carentes de una concreta consecuencia jurídica que, como es obvio, apenas puede determinarla cada legislación nacional, de acuerdo con sus criterios de política criminal.

* Congreso de la República, Ley 707 de noviembre 28 de 2001, Diario Oficial N° 44632 de 01 de diciembre de 2001.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 46 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

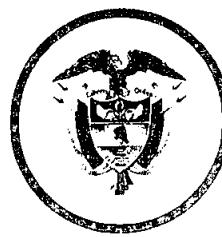
En desarrollo de los postulados del Maestro Del Vecchio sobre la estructura de todas las normas jurídicas la doctrina penal llegó a la suprema definición en absoluto coherente con el principio de reserva de legalidad, de que la norma penal se describe como **un conjunto de precepto y sanción**, esto es, la descripción de una concreta y clara hipótesis de hecho, a la cual se atribuye una determinada consecuencia jurídica que es una pena cuantificable según los intervalos de máximos y mínimos, previa e inequívocamente fijados en la misma.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha ilustrado este punto, afirmando que el tipo penal completo es el que contiene el precepto y la sanción con todos sus elementos constitutivos, esto es:

“...aquel que no necesita complementarse con el contenido de otra norma jurídica del mismo u otro ordenamiento; a su vez el precepto deberá precisar, en primer lugar, el sujeto activo del hecho punible, esto es quien o quienes podrán incurrir en la acción u omisión que se prohíbe; en segundo lugar el sujeto pasivo del mismo, que es el titular del bien jurídico objeto de protección, y en tercer lugar el bien jurídico que se pretende proteger de una conducta específica, cuya referencia y descripción constituyen el cuarto elemento del precepto”⁶⁹.

En fallos más recientes, la Corporación basada en los planteamientos de Francesco Antolisei, que La norma penal está constituida por dos elementos:

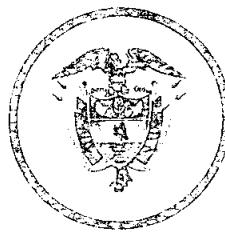
⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-1490 de 02 de noviembre de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz.



"(i) el precepto (praeceptum legis) y (ii) la sanción (sanctio legis). El primero de ellos, es entendido como –la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción–. El segundo, se refiere a –la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto–. El precepto desarrolla la tipicidad de hecho punible, pues este elemento es el que contiene la descripción de lo que se debe hacer o no hacer, y, por lo tanto, del hecho constitutivo de la conducta reprochable. Ahora bien, el precepto se integra por varios elementos del tipo que conforman su estructura y que pueden ser sintetizados así: –(i) un sujeto activo, que es quien ejecuta la conducta reprochable y punible; (ii) un sujeto pasivo, que es el titular del bien jurídico que el legislador busca proteger y que resulta afectado con la conducta del sujeto activo; (iii) una conducta, que corresponde al comportamiento de acción o de omisión cuya realización se acomoda a la descripción del tipo y que generalmente se identifica con un verbo rector; y (iv) el objeto de doble entidad; jurídica, en cuanto se refiere al interés que el Estado pretende proteger y que resulta vulnerado con la acción u omisión del sujeto activo, y material, que hace relación a aquello (persona o cosa) sobre lo cual se concreta la vulneración del interés jurídico tutelado y hacia el cual se orienta la conducta del agente–"⁷⁰.

A la luz de lo expuesto, basta simplemente confrontar el contenido de las disposiciones constitucionales y del bloque de constitucionalidad para concluir, sin ningún tipo de reserva que no existe ninguna norma penal –en sentido íntegro y completo– que permita aplicar, en forma y sustancia, una pena concreta para el delito de desaparición forzada. Ello solamente es

⁷⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-297 de 08 de junio de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 48 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

posible a partir de la vigencia de la Ley 589 de 2000, esto es, casi quince años después de la ocurrencia de los hechos objeto de condena.

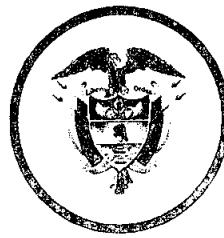
Frente al tema, Wolffhügel Gutiérrez señala que no existe norma internacional con un precepto y sanción que tipifiqué la desaparición forzada, por lo tanto, no es posible en virtud del *ius cogens*, sostener que norma anterior al acto que se imputa ya estaba contenida en convenciones internacionales, pues no ofrece una solución jurídica sólida, en tanto que se fundamenta la tipicidad en la existencia de convenios internacionales que no contienen ni el tipo penal, ni mucho menos la pena, es decir, se trata de un juicio de tipicidad sin tipo penal⁷¹.

Hasta cierto punto, eso fue lo que se observó en el juicio a la Dictadura Militar argentina, conocido también como Juicio a las Juntas y consignado en la *Sentencia Causa 13/84*⁷² seguida en contra de los oficiales superiores retirados Videla, Massera, Agosti, Viola, Lambruschini, Rubens, Galtieri, Anaya y Lami Dozo, se destaca que en un caso de enorme significancia como éste, el Ejecutivo argentino, a través del Decreto N° 158 de 13 de diciembre de 1983, sometió a juicio sumario ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas a los citados militares por los delitos de homicidio, privación ilegal de la libertad y tormentos. Es decir, que en ausencia de norma interna que tipificara la desaparición forzada en

⁷¹ WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, Cristian; HERRERA ARIZA, Omar, op., cit., consultado en: «<https://www.ambitojuridico.com/noticias/informe/penal/la-condena-por-desaparicion-forzada>», [en línea].

Wolffhügel, resalta también que los gravísimos hechos ocurridos en el Palacio de Justicia podían adecuarse a tipos penales presentes en el derogado estatuto penal, tales como el secuestro agravado y el homicidio, razón por la cual, el principio de legalidad como límite formal a la potestad punitiva del Estado no hubiese constituido una talanquera para la impartición de justicia, pues es a la vez una herramienta con la que cuenta la sociedad para defenderse del poder punitivo del Estado. *Ibidem*.

⁷² Secretaría de Justicia del Ministerio de Educación y Justicia, "Sentencia Causa 13/84 de 09 de diciembre de 1985" en: Boletín de Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Buenos Aires, 1985.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 49 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

Argentina, el país austral no recurrió a elementos exteriores para juzgar a las juntas militares⁷³.

El punto es tan claro, que ni aún la propia Fiscalía en primera instancia se atrevió a plantear la teoría que ahora expone la posición mayoritaria de la Sala. En efecto, basta un repaso de la providencia suscrita por la señora Fiscal delegada para apreciar este aserto:

“(a) Calificación Provisional de los Hechos

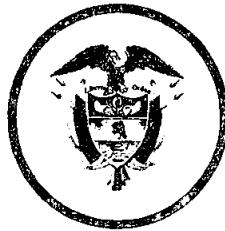
Los hechos que se mencionaron se tipificaron provisionalmente en los penales de secuestro agravado en concurso con desaparición forzada agravada” (Énfasis fuera de texto).

En este punto, el ente acusador citó una jurisprudencia de la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño, que dada la importancia para la calificación se transcriben a continuación:

“Las diferencias entre el precepto español y nuestro Código Penal son evidentes. Mientras que el Código Español se limita a sancionar la conducta por la simple desaparición física, nuestro Código exige consecuencias para esa desaparición... Esa consecuencia, [...] no es otra que la sustracción de la protección legal.

Ese plus que significa la desaparición forzada de personas, nos permite afirmar sin duda que los casos de desaparición forzada que se

⁷³ En la sentencia de la juntas militares, el delito con mayor número de condenas y contabilizando un total de 496 casos fue el de privación ilegítima de la libertad y los únicos exoficiales condenados a cadena perpetua fueron Rafael Videla y Eduardo Massera, en tanto quedó comprobada la comisión de homicidios a partir del hallazgo de los cadáveres de algunos grupos de víctimas y siendo la desaparición de personas, la práctica criminal más emblemática de la violencia dictatorial, que careciendo de figura penal, pero tematizada e implícita en el curso judicial no tuvo representación en las condenas. Cfr. GALANTE, Diego, *El juicio a las juntas: discursos entre política y justicia en la transición argentina*, 1ra Ed., Ediciones UNGS: Argentina, 2019, pp. 74-75.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 51 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

[A] pesar de que hay claridad también para algunos doctrinantes de que se aplica es la ley vigente al momento de “cesación del acto” así sea más fuerte, no sobra advertir, que también existen partidarios de que la favorabilidad debe tener cabida en estos casos como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia con ponencia del Dr. Álvaro Orlando Pérez, en donde se inclinó la Corte en el año 2006, para considerar que la favorabilidad debía imponerse de igual manera en los comportamientos de ejecución permanente.

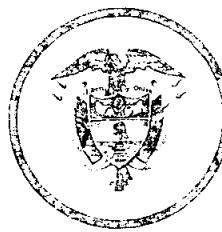
Y, el tercero, que tiene que ver con el ámbito de aplicación de la ley en el tiempo. Tipos penales.

Cuando se abrió la investigación se consideraron claramente dos tipos penales que fueron imputados en la indagatoria, conforme a las disposiciones procesales. Se trata del delito de secuestro agravado y del delito de desaparición forzada agravada, los que por el tránsito legislativo, ha generado una sucesión de leyes en el tiempo”.

Bajo esta argumentación, la Fiscalía argumentó en primera instancia:

“(5) Sin embargo y ante la realidad del comportamiento, afirmamos en su oportunidad y así se imputaron los cargos que estamos frente a un delito permanente de secuestro agravado por el numeral 5 hasta el año 2001...”

Con base en los argumentos expuestos hasta este momento no es posible compartir en forma alguna la posición mayoritaria sostenida por la Honorable Sala en el sentido de afirmar para el presente caso la existencia del delito de desaparición forzada, y sin solución de continuidad, desde la ocurrencia de los hechos en el año de 1985 y hasta la fecha, merced al

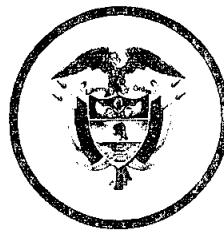


carácter de permanencia que se predica del referido tipo penal. Ahora bien, tampoco es posible hacerlo con posterioridad a la vigencia de la referida ley, porque ello implica una inadecuada interpretación del artículo 165 de nuestra actual codificación penal.

En efecto, el planteamiento de cuya exposición nos apartamos tiene dos enfoques, el primero de ellos, ya rebatido de alguna manera, en el sentido de que el tránsito de legislación de la normatividad del Código Penal de 1980 a la vigencia de las Leyes 589 y 599 de 2000 significaría apenas una consolidación de la norma aplicable a la conducta condenada, pues el tipo existiría con anterioridad en los tratados y convenios internacionales suscritos por Colombia. Como consideramos que ello no es así, y que no existe norma previa que subsuma el comportamiento en comento, mal puede otorgarse el carácter de permanente a aquello que no tiene una existencia previa.

De manera residual debe evaluarse en segundo término la tesis esbozada por la Fiscalía Delegada, según la cual, de cualquier forma, una vez ya se ha tipificado expresamente el delito de desaparición forzada en el año 2000 –mediante las leyes indicadas– la conducta omisiva y permanente consistente en *“el ocultamiento y la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola al amparo de la ley”* perfeccionaría, con más veras, el tipo penal de desaparición forzada.

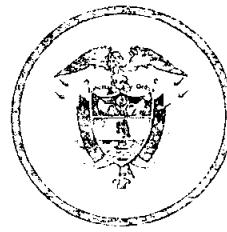
A nuestro juicio, esta última posición tampoco es aceptable pues implica una errónea interpretación del tipo penal de desaparición forzada dividiendo de manera artificial el núcleo rector del comportamiento. Si bien la descripción aludida plantea la creación de un tipo penal complejo o compuesto por cuanto a más de la privación de la libertad de la persona es



necesario su ocultamiento y la negativa a reconocer esa privación o dar información sobre su paradero, esa complejidad que se expresa en la presencia de varios verbos rectores es necesaria para el perfeccionamiento del tipo. En otras palabras, no puede dividirse el núcleo rector típico: por un lado la privación de la libertad, y por otro la negativa a reconocer esa privación o a dar la información sobre el paradero de la víctima.

Si bien la desaparición forzada es un comportamiento de naturaleza permanente que extiende sus efectos hasta que la persona es liberada o encontrada o hasta que se informa de su privación o destino, también lo es y de manera concluyente, que su perfeccionamiento es instantáneo. Tal calidad se determina en el tipo subjetivo pues lo que el agente de la conducta busca –desde el primer momento– es no solamente la privación de la libertad sino la sustracción de la víctima al amparo de la ley, ocultándola y negándose a reconocer su privación o a dar información sobre su paradero. Reiteramos, la conducta *sub examine* no es divisible porque si el propósito no esívoco desde el mismo comienzo, ni el tipo objetivo ni el tipo subjetivo admiten la subsunción.

Precisamente, tal fenómeno de atipicidad es el que se evidencia en el análisis que pretende realizarse a partir de la vigencia de la Ley 589 de 2000 por parte de la posición mayoritaria de la Honorable Sala, pues si el tipo aplicable que para hechos ocurridos en 1985 en manera alguna podía ser --por todas las razones anotadas– el de desaparición forzada, su perfeccionamiento habría ocurrido de manera instantánea en esa fecha y precisamente para el tipo de secuestro –este si existente– tanto en su fase objetiva, como subjetiva. No resulta lógico ni ajustado a derecho pretender una mutación de la conducta, de secuestro a desaparición forzada dividiendo



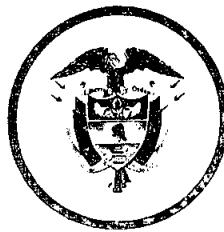
el núcleo rector del comportamiento, para señalar, contra toda lógica, que la sola privación de la libertad ocurrió en 1985, pero que el plus que añade el tipo de desaparición forzada para convertirlo en un tipo especial sólo se verificó en el año 2000.

Finalmente, no puede hablarse de ejecución permanente de un comportamiento sobre la base de un delito que para la fecha que comenzó a desplegarse aún no había sido tipificado. Al respecto, Reyes Alvarado sostiene que la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad opera únicamente ante los tribunales internacionales y en caso de asumir que también lo fueran a nivel interno, las normas que los consagran podrían ser aplicadas a los casos cometidos con posterioridad al momento de su entrada en vigencia, toda vez que la extensión de sus efectos a conductas desarrolladas con anterioridad a la existencia de la norma vulnera un principio estructural del derecho penal, conocido como la favorabilidad⁷⁴.

Es por eso que, si la desaparición forzada es un delito permanente que requiere el incumplimiento de informar el paradero de la víctima por parte del autor, ese deber de informar, no puede demostrarse sin la preexistencia de una norma penal, pues la ley debe ser anterior a dicho acto y la aplicación de una posterior deviene en retroactiva⁷⁵.

⁷⁴ REYES ALVARADO, Yesid, "Delitos de Lesa Humanidad vs. Principio de Favorabilidad", en: El Espectador [30 de marzo de 2013], consultado el 04 de octubre de 2019. Disponible en: <https://www.elespectador.com/opinion/delitos-de-lesa-humanidad-vs-principio-de-favorabilidad>, "en línea".

⁷⁵ WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, Cristian; HERRERA ARIZA, Omar, op., cit., consultado en: «<https://www.ambitojuridico.com/noticias/informe/penal/la-condena-por-desaparicion-forzada>», [en línea].



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

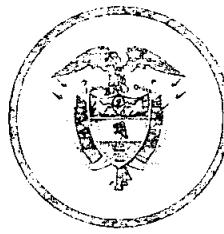
Página 55 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

4. AUSENCIA DE JUEZ NATURAL

Los hechos ocurridos en la toma y retoma del Palacio de Justicia, que tuvieron lugar los días 06 y 07 de noviembre de 1985, cuando al entonces General Jesús Armando Arias Cabrales, quien comandaba la Brigada XIII, se le encomendó desde el ejecutivo que llevara a cabo las operaciones necesarias para retomar el control del Palacio de Justicia, violentado por el desmovilizado grupo guerrillero M-19. En las circunstancias descritas y en la calidad de General de la República del hoy condenado, se debió investigar, acusar y juzgar los hechos imputados, que no son otros que la presunta desaparición forzada de CARLOS AUGUSTO RODRÍGUEZ VERA, BERNARDO BELTRÁN HERNÁNDEZ, LUZ MARY PORTELA DE LEÓN, DAVID SUSPEZ CELIS e IRMA FRANCO PINEDA.

Es en este sentido, que se presenta un primer problema, ya explorado líneas atrás, cuando se decide ACUSAR y JUZGAR por un delito de Desaparición Forzada que no existía para el momento de ocurrencia de los hechos, pues para la época en que se presentó el comportamiento estaba vigente la Constitución Política de 1886, que asignaba competencia a la Corte Suprema de Justicia, tal como se desprende del artículo 151, numeral 2º de la Carta Fundamental que establecía:

“Artículo 151. Son atribuciones especiales de la Corte Suprema de Justicia: [...] (2) Conocer las causas que por motivos de responsabilidad, por infracción de la Constitución o leyes o por mal desempeño de sus funciones, se promueva contra los Jefes de Departamentos Administrativos, el Contralor General de la República, los Agentes Consulares o Diplomáticos de la Nación, los Gobernadores, los Magistrados de Tribunales de Distrito, los



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

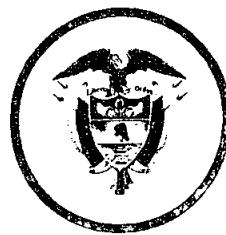
Página 56 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

Comandantes Generales, y los Jefes Superiores de las Oficinas Principales de Hacienda de la Nación” (negrillas fuera del texto)

Igualmente, se debe tener en cuenta que al General (r) Arias Cabrales se le investiga y juzga estando vigente la Constitución Política de 1991, que en su artículo 235, establece las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia y señala que a esta Corporación, le corresponde juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación, del Vicefiscal General de la Nación o de sus Delegados de la Unidad de Fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, a los Ministros del Despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los Agentes del Ministerio Público ante la Corte Suprema de Justicia, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales; a los Directores de los Departamentos Administrativos, al Contralor General de la República, a los Embajadores y Jefes de la misión diplomática o consular, a los Gobernadores, a los Magistrados de Tribunales y a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública por los hechos que se le imputen.

De manera similar, si se revisan los Códigos de Procedimiento Penal vigentes desde el momento de los hechos, también son claros en ello, así el Decreto 50 de 13 de enero de 1987, en el artículo 68, numeral 7 establecía la Competencia de la Corte Suprema de Justicia, señalando que conoce de los procesos por los delitos cometidos por los funcionarios a los que se refieren los ordinales cuarto y segundo de los artículos 102 y 151 de la Constitución Nacional, conforme a lo previsto en el artículo 97 de la misma carta.

El derogado Decreto 2700 de 1991 que entró a regir el 1º de julio de 1992, en su artículo 68 señalaba la competencia de la sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, estableciendo que conoce del juzgamiento de los funcionarios a los que se refieren los numerales 2, 3 y 4



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

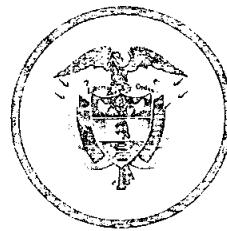
Página 57 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

del artículo 235 de la Constitución Política, y dentro de ellos se encuentra el Juzgamiento de los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública para los hechos punibles que se les imputen.

Por su parte, la Ley 600 de 2000 en el artículo 75, numeral 6, establece que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, conoce del juzgamiento de los funcionarios a que se refieren los artículos 235, numeral 4 de la Constitución Política, dentro de los que se encuentran incluidos los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública por los hechos que se le imputen, lo que implica que tanto a partir de la norma constitucional y la norma procesal, el juzgamiento le corresponde a esta Corporación.

En el caso en estudio, es claro que los hechos que son materia del proceso se produjeron con ocasión de su condición de General de la República, pero además, como Comandante de la Brigada XIII, y por lo mismo esa calidad exigía que se respetara el Fuero Constitucional y que por lo mismo debía ser juzgado por su propio Juez Natural, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, previa acusación del Fiscal General de la Nación, Vicefiscal General o de sus delegados ante la Fiscalía General de la Nación; sin embargo, ello ha sido desechado bajo el argumento de que la desaparición forzada de personas es un delito de carácter permanente que todavía se continúa cometiendo, como señala el fallo a folios 75 y 76:

“No es así. Ese argumento parte de una concepción estática de la conducta que se juzga y del derecho. Reduce la problemática a lo acaecido los días 6 y 7 de noviembre de 1985, a las denominadas “toma” y “retoma” del Palacio de Justicia, y por eso su tesis gira alrededor de la idea que se juzga lo que ocurrió en ese momento y no lo que sucedió después; hasta ahora. Ese planteamiento, incluso, le



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 58 de 75

Casación N° 46382

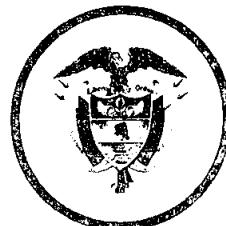
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

permite afirmar mediante un curioso vuelco conceptual, que la norma que rige es la Carta de 1886 y no la Constitución de 1991, en la que se plasmó un modelo de justicia con marcado énfasis en la dignidad y los derechos humanos, mediante un cambio en el que a la triada Estado, Sociedad, Individuo, propia del modelo demoliberal, se le opuso la de Individuo, Sociedad, Estado, base de una nueva y sustancial configuración del derecho y de la justicia como valor.

En ese orden, la defensa no tiene en cuenta que *el delito que se le imputa al general Jesús Armando Arias Cabrales es un comportamiento de conducta permanente que se inició el 7 de noviembre de 1985 y que traspasó el umbral de la antigua Constitución, lo que permite que pueda ser valorado bajo las reglas de un nuevo orden político en el que la razón de Estado cede a la dignidad humana, y bajo un sistema normativo que incorpora a nivel interno, sin necesidad de cláusulas adicionales, los tratados sobre derechos humanos como base de la acción estatal y de la interpretación del derecho*".

También añade a folio 78 que en relación con la conducta del agente:

"La definición de dicha conducta en esos términos permite sostener que si bien la misma, causalmente, podría estar vinculada con el servicio, no lo está en el marco de la función; causalmente puede encontrarse relación entre una y otra, más nunca una relación de imputación jurídica entre ese tipo de comportamientos y el servicio. Por lo mismo, la competencia para juzgar al oficial no puede radicar en la Justicia Penal Militar, ni en la Corte Suprema de Justicia, investida para investigar y juzgar única y excepcionalmente conductas relacionadas

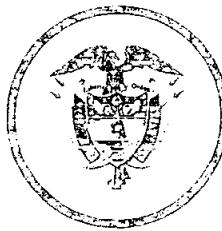


con la función, con el fin de preservar el fuero como garantía institucional y no personal”.

En este punto, resulta claro que la actuación del General Arias Cabrales como Comandante de la Brigada XIII del Ejército, lo fue en dicha condición, porque es solo en esa calidad que se le ordenó por sus superiores Comandante del Ejército y Ministro de Defensa, dirigir las acciones encaminadas a la retoma del Palacio de Justicia, situación que es tan puntual y específica que no se puede desligar de su posición militar, la que ejerce en su calidad de General de la Republica, y por ello es que en este caso concreto, no compartimos respetuosamente el argumento según el cual la Corte no es competente para juzgar el comportamiento, para preservar el fuero como garantía institucional y no personal; porque es precisamente la condición de General y Comandante de la Brigada XIII, y no por voluntad propia, la que originó su intervención en las acciones de retoma del Palacio de Justicia y ello en consecuencia exigía que fuera juzgado por la Corte Suprema de Justicia, de lo contrario se vulnera el principio de Juez Natural, establecido constitucionalmente en el artículo 29 superior, que enseña que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante Juez o Tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Principio de Juez Natural, que se constituye en la exigencia política de que, en los Estados de Derecho, solo la ley puede instituir jueces y en todo Juez haya institución de menester legal⁷⁶, lo que implica que toda persona debe saber quién va a ser su juez natural y que además genera que sea respetado, no pudiendo ser fijado un juez distinto al que le corresponde.

⁷⁶ Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho Penal Fundamental*, Bogotá, Temis, 1990 p. 109.



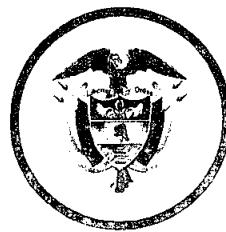
No se puede desconocer el rol en que actuó el General Arias Cabrales a lo largo de los hechos de la llamada toma y retoma del Palacio de Justicia, que no fue otro que en calidad de Comandante de la Brigada XII y en consecuencia es claro, que el Juez Natural debió ser la Corte Suprema de Justicia, derivado de un fuero de naturaleza constitucional que no puede ser desconocido y que exigía su juzgamiento por la Corporación que hoy se pronuncia como Juez de Casación.

5. NATURALEZA DE LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD

Los hechos acaecidos en la operación de retorna no encuentran sustento en la desaparición forzada de personas, catalogando esta conducta como un delito de lesa humanidad, como expresa el doctrinante Ricardo Posada cuando afirma que los delitos de lesa humanidad se basan en cuatro pilares fundamentales: (1) *generalidad*, (2) *sistematicidad*, (3) *conocimiento*, y (4) *sujeción a cierta política*, elementos estos que permiten asumir la existencia del delito⁷⁷. En tal sentido, para la Corte Suprema de Justicia:

“[e]n 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 se trate siempre 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

⁷⁷ POSADA MAYA, Ricardo, “Los delitos de lesa humanidad”, en: Cuadernos Derecho Penal [En línea], No. 4, 2010, p. 133. Disponible en: <http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp/Delitos-de-lesa-humanidad-ricardo-posadaDP4.pdf>, pp. 138-139.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 61 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

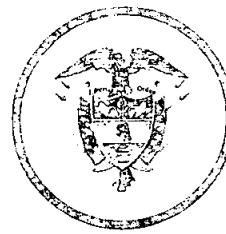
*Estatuto de Roma; d) el ataque debe ser dirigido exclusivamente contra la población civil; y e) el acto debe tener un móvil discriminatorio, bien que se trate de motivos políticos, ideológicos, religiosos, étnicos o nacionales*⁷⁸.

Así las cosas, para el citado autor, difícilmente las desapariciones forzadas ocurridas durante la retoma del palacio de justicia cumplen con todos estos requisitos, pues pese a que los hechos de gravedad jurídica y trascendencia humana y social, no pueden necesariamente calificarse como actos generales por no ser un ataque masivo contra la población civil, ni tampoco un ataque general con un claro y amplio patrón en el tiempo y espacio. Ya en lo referente a la sistematicidad, la operación de retoma no fue un episodio análogo a los ocurridos en la última dictadura militar de Argentina, en donde se ejecutó un plan criminal sistemático dirigido a secuestrar, torturar, desaparecer y eliminar a cientos de personas que se reputaban sospechosas de ser subversivas, mientras que la desaparición de personas en el Palacio de Justicia, más bien resultó de un conjunto de ataques desarticulados, espontáneos y realizados al azar de las circunstancias en desarrollo de la operación⁷⁹.

En este sentido, Posada señala que no es claro que por parte del Gobierno Central se pretendiera la consolidación de una conducta constitutiva de lesa humanidad, si se tiene en cuenta que el Presidente de la República ordenó la investigación de lo sucedido en el Palacio de Justicia, así mismo, tampoco puede decirse que los planes de defensa fueran planes generales diseñados con el objetivo de realizar delitos de secuestro,

⁷⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Rad. E32022 de 21 de septiembre de 2009, M.P. Sigifredo Espinosa. Citado en: POSADA MAYA, Ricardo, op., cit., p. 133.

⁷⁹ Ibíd., pp. 142-143.



desaparición y eliminación de personas, pues sólo contenían los lineamientos operacionales generales de la fuerza pública ante situaciones graves de orden público⁸⁰.

Sobre el tema, es la misma línea conceptual del Estatuto de Roma la que determina cual es el contenido de la caracterización de “generalizado y sistemático”, tal como lo precisó la Corte Constitucional en el análisis de exequibilidad de la ley que incorporó dicho estatuto a la normatividad interna:

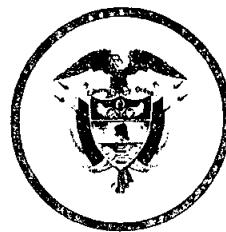
El “carácter sistemático o generalizado del ataque a la población civil”, ha sido interpretado por los Tribunales Internacionales Ad Hoc. Por ejemplo, el Tribunal Internacional para Ruanda estableció en el caso Akayesu (sept. 2 de 1998) que: “El concepto de “generalizado” puede ser definido como masivo, frecuente, acción en gran escala, llevada adelante en forma colectiva con seriedad considerable y dirigida contra una multiplicidad de víctimas. El concepto de “sistemático” puede ser definido como bien organizado y siguiendo un plan regular sobre la base de una política concertada que involucre recursos sustanciales públicos y privados”⁸¹

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia, analizando el mismo precedente del caso Akayesu, delimitó tales conceptos constitutivos del delito de lesa humanidad:

“En el caso Akayesu el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en cuanto a las particularidades del ataque, precisó que el carácter generalizado implica que debe ser: frecuente, ejecutado colectivamente, de gravedad considerable y dirigido contra

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ Corte Constitucional, sentencia C-578 del 30 de junio de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 63 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

*multiplicidad de víctimas; y sistemático significa que debe ser cuidadosamente organizado y que atienda un plan o política preconcebida.*⁸² (Énfasis fuera de texto)

Y es esta Corporación, la que determina que no toda conducta que se adecúe en los preceptos penales contemplados en el artículo 7º del Estatuto de Roma se convierte en forma automática, en un delito de lesa humanidad, pues puede quedarse como una infracción de carácter ordinario:

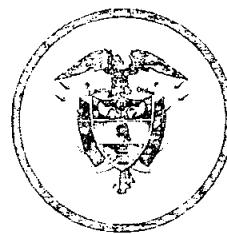
*"(...) para que exista un crimen de lesa humanidad, los actos punibles específicos que se imputan, no solo deben ser los que recoge el artículo 7.1 del Estatuto de Roma, sino que deben ser parte del ataque general o sistemático dirigido contra una población civil. Si las conductas punibles enunciadas no son parte de dicho ataque, estaremos en presencia de un delito ordinario, no ante un crimen de lesa humanidad.*⁸³ (Énfasis fuera de texto)

En nuestra consideración, la figura de la lesa humanidad no puede convertirse en el comodín para solventar el inexorable paso del tiempo y permitir que se aplique de manera indiscriminada a toda conducta por más censurable que resulte la misma, tal como esta misma Corte Suprema señaló en el auto ya citado:

"La tipificación de los crímenes internacionales debe surgir de la concurrencia de los elementos que caracterizan el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, o los crímenes de guerra, no de las

⁸² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Revisión 34180 del 23 de mayo de 2012. Proceso No. 34180. M.P. José Leónidas Bustos Martínez.

⁸³ Ibíd.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 64 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

*sensaciones o subjetividades que un concreto caso pueda generar al momento de valorarlo.*⁸⁴

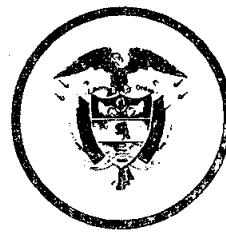
Y destáquese en este punto, como corolario de lo expuesto *ut supra*, que el principio de legalidad debe aplicarse igualmente frente a las conductas susceptibles de tratamiento de imprescriptibilidad del delito internacional, de manera que solo si se trata de una conducta típica legalmente configurada con anterioridad a la entrada en vigencia del Estatuto de Roma, resulta aplicable tal precepto, lo que en este caso, además de la carencia de los elementos de generalización y sistematicidad, impediría su calificativo en tanto no era una situación punible para la fecha de comisión de los hechos y, en consecuencia, resultaría imposible aplicar las características ya señaladas.

Consideramos entonces que, la calificación impartida en este caso a la conducta para ser considerada como delito de lesa humanidad, con independencia de lo que otros estamentos en materia de responsabilidad del Estado hayan determinado, desconoce los elementos configurativos desarrollados tanto en el instrumento supranacional como en las posiciones jurisprudenciales que esta misma Corporación, así como el máximo tribunal constitucional, han establecido para que la conducta se convierta en un crimen de tales características.

C. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA Y DERECHO DE DEFENSA

En el caso en estudio, desde la acusación hasta la sentencia proferida por la Sala de Casación Penal, el General (r) Arias Cabrales fue pasado por las diferentes formas de autoría y coautoría tanto por vía de acción u

⁸⁴ Ibídem.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 65 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

omisión, como si dogmáticamente fueran las mismas, lo cual termina generando consecuencias complejas frente al derecho de Defensa.

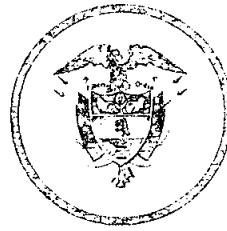
Inicialmente la Fiscal Cuarta Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, en providencia calendada el 09 de marzo de 2009, profiere Resolución de Acusación como autor responsable del delito de Desaparición forzada agravada, artículos 165 y 166.

Posteriormente el Juzgado 51 Penal del Circuito de Bogotá, mediante providencia de 28 abril de 2011, condenó al acusado, como autor responsable del punible de desaparición forzada agravada. Apelada la Sentencia, el Tribunal Superior de Bogotá, condena al General Arias Cabrales como Coautor mediato, en comisión por omisión en aparatos organizados de poder, a través de una estructura ilícita conformada dentro de la Brigada XIII, por el delito de desaparición forzada prevista en los artículos 165 y 166.

Finalmente la Sala de Casación Penal, condena al General Arias Cabrales como coautor del delito de Desaparición forzada bajo una modalidad de acción.

Como se puede observar, la Judicatura se movió sobre tres estructuras autor, coautor mediato por vías de aparatos organizados de poder bajo la modalidad de omisión y finalmente coautor del delito de Desaparición forzada.

Sea lo primero señalar que haber acusado por un comportamiento a título de autor y condenar como lo hizo el Tribunal por vía de omisión, implica romper la estructura fáctica y jurídica del comportamiento, lo que claramente



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

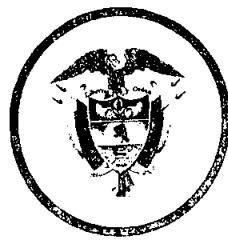
Sala de Casación Penal

Página 66 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

genera un error de estructura que se conoce como incongruencia entre Resolución de Acusación y Sentencia.

Yerro que busca ser corregido por la Corte, en la medida que dicta sentencia determinando la responsabilidad del General como Coautor bajo la modalidad de acción, pero a la vez con ello se termina afectando al procesado, en la medida que cuando se presentan las demandas de casación tanto por parte de la Defensa como de la Procuraduría General de la Nación, las mismas necesariamente se estructuran buscando romper la presunción de acierto y legalidad que precede el fallo del Tribunal, encaminado a desvirtuar que el General Arias Cabrales no era responsable como coautor mediato por vía de aparatos de poder en la modalidad de omisión, quedando en consecuencia sin posibilidad de controvertir la responsabilidad penal por vía de acción en la medida que esta no fue la modalidad por la que fue condenado.

No se puede desconocer que las demandas aquí presentadas, tanto la de la Procuraduría General de la Nación, como la de la defensa se estructuran en contra de la sentencia de segunda instancia, que había determinado la responsabilidad del General Arias Cabrales como coautor mediato por vía omisiva, y por lo mismo en los cargos construidas en punto de obtener una absolución, nunca se construyó alguno alegando, que no era coautor del ilícito a partir de su participación activa en los hechos, lo que incluso trae como consecuencia que si al momento de construir la demanda de casación, se hubiese presentado algún cargo para desvirtuar la posible responsabilidad por vía de un comportamiento activo, ello habría generado de forma inmediata que el mismo hubiese sido inadmitido, en la medida que no sería posible atacar una sentencia encaminada a demostrar una



modalidad de responsabilidad distinta a la que fue probada, lo que implica que en este punto, la defensa se queda sin poder controvertir las razones que finalmente llevan a la Sala de Casación Penal a determinar la responsabilidad del procesado.

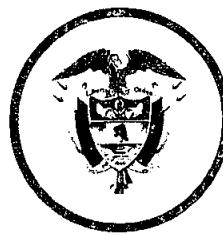
El Tribunal Superior de Bogotá, había estructurado su sentencia, partiendo de la base que se había establecido un aparato organizado de poder, al punto que en la sentencia afirma:

"El caso en estudio demuestra que en efecto se presenta la fungibilidad de ejecutores, con disponibilidad para la realización del hecho en diferentes grados de convicción, elevada en unos y renuente en otros"⁸⁵

Adicionalmente y en punto del General Arias Cabrales, determina el Tribunal:

"No se alegó, ni se probó en este caso, que el General acusado hubiera planeado o establecido personalmente junto con alguno de sus pares o subordinados una política ilícita, o las instrucciones terminantes, o dado la orden específica de que fueran desaparecidos forzadamente quienes fueran sospechosos o probados guerrilleros; pero si está probado que como superior en la cúspide de la brigada militar que reiteró y ejecutó el plan de acción, no contrarrestó o impidió la ejecución de esas instrucciones ilegales – pudiendo hacerlo- por lo que se imputa el resultado, a título coautor mediato en relación con los otros coautores in"

⁸⁵ Folio 268 de la sentencia de segunda instancia.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Página 69 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

Más aún, en su conclusión el Tribunal señala:

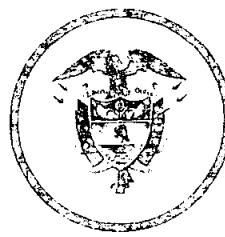
“Es claro entonces que no se le imputa el resultado por el solo hecho de hacer parte de la organización, o porque esta organización se separa momentáneamente o reiteradamente del orden jurídico⁸⁸, sino porque con ese inoportuno silencio permitió la realización del riesgo ilícito creado”

Es decir “ese inoportuno silencio, permitió la realización del riesgo ilícito creado” y a partir de ese inoportuno silencio se establece la responsabilidad penal.

Acorde con lo anterior, a partir de estos hechos que fueron probados por el Tribunal la defensa debía estructurar su demanda, encaminada a demostrar que no era cierto que se hubiese probado la existencia de un aparato organizado de poder y/o que el General Arias Cabrales a pesar de tener Posición de Garante, no evitó pudiendo hacerlo que se realizaran los comportamiento de desaparición forzada realizados por sus hombres.

Siendo ello así, es claro que frente a la casación se establece un límite por parte del Tribunal de segunda instancia, se debe discutir si el condenado es o no responsable penalmente del delito de desaparición forzada como coautor mediato en comisión por omisión, en aparatos organizados de poder a través de una estructura ilícita conformada dentro de la Brigada XIII que comandaba. Límite que establece esta Corporación precisamente al determinar de esta forma la responsabilidad del acusado en la parte resolutiva de la sentencia.

⁸⁸ Folio 275 de la sentencia del Tribunal.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

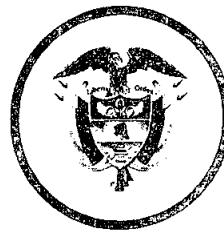
Página 70 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

Si se establece así ese límite y teniendo en cuenta que la demanda de casación se construye para atacar la misma, en consecuencia quien lo haga queda inhibido de construir una a partir de hechos que no fueron establecidos como probados por el Tribunal.

Señalamos hechos porque el Tribunal lo que determinó es que el General (r) Arias Cabrales, nunca dio la orden de realizar los comportamiento de desaparición forzada, sino que su responsabilidad se estructura a partir del hecho de que no dio la orden encaminada a impedir que los comportamientos se realizarasen, es más, la Corporación afirmó que “*ese inoportuno silencio permitió la realización del riesgo ilícito creado*”.

Esto lleva a concluir que era a partir de este hecho dado como probado que se debía construir la demanda y en consecuencia que se tenía la garantía de que la Corte debía estructura su sentencia CASANDO o NO CASANDO la misma, en la medida que la defensa o en este caso el Ministerio Público como recurrente hubiese podido controvertir o no estos hechos probador por el Tribunal.

La Corte, establece que efectivamente el acusado es responsable del delito que se le endilga, pero determina que, “el General Jesús Armando Arias Cabrales, al participar de toda esa compleja operación militar ejecutada por él y sus subalternos, no omitió su deber, sino que actuó como coautor, pues concurren en su caso dos elementos esenciales de este tipo de imputación: un elemento objetivo expresado en el aporte a la comisión de la conducta con dominio funcional del hecho en fase ejecutiva y subjetiva que se refleja en la exteriorización de la voluntad con base en el acuerdo o



decisión común, como se probó (artículos 23 del Decreto 100 de 1980 y 29 de la Ley 599 de 2000)⁸⁹.

Es claro que la Casación es un control constitucional y de legalidad frente a la sentencia de segunda instancia, pero también lo es que en la forma como la Sala resuelve el tema, genera para el procesado consecuencias que se concretan que frente a la Corte, se quedó sin poderse defender frente al cargo por el cual fue condenado, en la medida que la forma como la Sala construyó la sentencia no pudo ser discutida ni planteada por los actores en casación, porque no corresponde de ninguna forma a las razones y argumentos así como postura jurídica establecida como probada por el Tribunal en la sentencia, lo que en concepto de quienes aquí disentimos de la posición mayoritaria de la Sala, genera una vulneración al Derecho de defensa, en la medida que no fue frente a un comportamiento de naturaleza activa que se defendió.

El General (r) ARIAS CABRALES no fue condenado por una conducta de naturaleza “activa” por parte del Tribunal y la demanda solo se estructura a partir de lo que establece como probado la Corporación, de lo contrario implicaría poner al actor a imaginar cual será la postura que va a adoptar la Corte, para por esa vía presentar argumentos para desvirtuarla, aunado a que si no ajusta el libelo a los hechos probados por el Tribunal la misma como ya lo indicamos sería inadmitida.

En lo que concierne al derecho de Defensa, se deben tener en cuenta las dos vertientes. No solo es una garantía sino medio de defensa al punto que su vulneración permitió en su momento pensar en una nulidad constitucional por violación del artículo 29 de la Constitución.

⁸⁹ Folio 247 de la sentencia de Casación



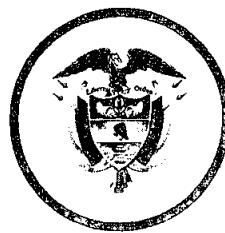
Derecho de Defensa que es pleno en la Constitucional y que además exige como lo señala el artículo 6 del Código penal que la favorabilidad se aplica sin excepción. Ello implica defender de los cargos que se hacen y en el proceso existen diferentes etapas procesales, siendo fundamental la indagatoria, donde se le hace cargo por hacer.

El Código Penal en su artículo 25 señala dos categorías distintas de la Conducta, por hacer y no hacer, y ello envuelve que la estructura de la misma es adversa, lo que implica que los hechos que son materia de defensa son distintos en la acción y en la omisión. Si se condena por unos cargos distintos de los que fueron materia de ella se asalta la posibilidad de defendérse de los mismos.

Además, se olvida cuál es la verdadera naturaleza jurídica del recurso extraordinario de casación que, como ha dicho la doctrina más calificada, "tiene una función predominantemente parcializada en el sentido de que principalmente tiende a defender los intereses y derechos de las partes procesales (*iustitia litigioris*), aunque es cierto que con él se consigue una clara función de protección o salvaguarda de las normas del ordenamiento jurídico (nomofilática) y unificadora de la jurisprudencia en la en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (*iustitia constitutionis*)"⁹⁰.

La falta de congruencia se presenta desde dos puntos de vista, la calificación tiene que ser consecuencia de los hechos. Ese problema de incongruencia es un yerro *in procedendo* que rompe la estructura del proceso y se traduce en el rompimiento del principio de legalidad y en violación del derecho de Defensa y debido Proceso.

⁹⁰ Víctor Moreno Catena y Valentín Cortés Domínguez: *Derecho Procesal Penal*, 9^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pág. 638



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

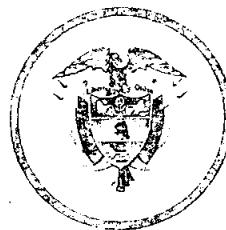
Página 73 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

En el caso en estudio, la Fiscal 4 Delegada ante la Corte Suprema de Justicia profiere Resolución de Acusación, como autor responsable del delito de Desaparición Forzada.

Por su parte la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, decide condenar al General como coautor mediato, en comisión por omisión, en aparatos organizados de poder a través de una estructura ilícita conformada en la Brigada XIII y finalmente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, decide condenar como coautor, señalando a folios 242 y 243, concretamente lo siguiente:

“El discurso elaborado por el Tribunal para imputarle al general acusado la desaparición de personas a título de “autor mediato por omisión en aparatos organizados de poder”, deduciéndola de la infracción de un deber a su posición de garante –elemento que no es un supuesto autónomo de autoría–, por haber omitido como jefe de un aparato organizado de poder “ad hoc”, los deberes inherentes a su función frente a la decisión de sus subalternos de ocultar a los sospechosos y retenidos, es equivocada y contraria a la evidencia...la conducta atribuida al general Jesús Armando Arias Cabrales es una manifestación del conflicto armado. Eso, sin embargo, no significa que la única manera de atribuirle el resultado al autor sea recurriendo a la figura de la autoría mediata en aparatos organizados de poder por razón de esa situación”.

A su turno, la Sala de Casación Penal a la luz de su discurso lo entiende como “coautor”, cuando afirma a folio 247:

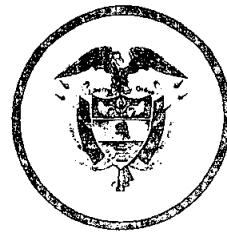


“Todo ello explica que el general Jesús Armando Arias Cabrales, al participar de toda esa compleja operación militar ejecutada por él y por sus subalternos, no omitió su deber, sino que actuó como coautor, pues concurren en su caso dos elementos esenciales de este tipo de imputación: un elemento objetivo expresado en el aporte a la comisión de la conducta con dominio funcional del hecho en la fase ejecutiva y subjetiva que se refleja en la exteriorización de la voluntad con base en el acuerdo o en la decisión común, como se probó (artículos 23 del Decreto 100 de 1980 y 29 de la Ley 599 de 2000)”.

Con ello, sin duda, se varió el supuesto fáctico y vulneró el derecho de defensa, lo que torna en nula la actuación, por lo cual se ha debido casar el fallo y dictar uno de reemplazo. Este cargo interpuesto por la defensa del condenado fue, no obstante, desechado para afirmar que en el caso, como se indica a folio 251, se observa es una verdadera coautoría:

“Al aclarar, entonces, que la condena es como coautor y no como autor mediato por omisión en aparatos organizados de poder, la Corte guarda el necesario equilibrio entre acusación y sentencia, y adjudica la norma que corresponde a la situación fáctica, por lo cual no puede existir ninguna disfunción entre la acusación como acto condición y el fallo que se dicta, sobre todo si la solución que se adopta no desconoce el derecho de defensa del acusado, ni agrava su situación judicial”.

En este punto, quienes aquí disentimos de la posición mayoritaria, estimamos que la Congruencia implica, que el contenido de la sentencia respete el contenido de la acusación, tanto en los facticos, esto es los hechos que son materia de la acusación, deben ser los mismos hechos que son



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

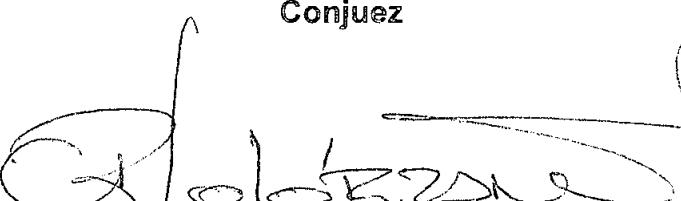
Sala de Casación Penal

Página 75 de 75
Casación N° 46382
JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES

materia de la sentencia, en lo personal o subjetivo, lo que implica que a la persona que se acuse es a la misma que se dicte sentencia y en los jurídico, que implica el respeto a la denominación jurídica que se le da a los hechos, pero además que cuando se acusa por una conducta y se dicta sentencia por otra si se puede desconocer el derecho de defensa, en la medida que los elementos dogmáticos de la autoría, no son los mismos que los de la coautoría.

Resulta discutible que se argumente que no se desconoce el derecho de defensa, ni se agrava su situación judicial, porque los elementos dogmáticos y estructurales de la figura por la que se acuso es distinta a aquella por la que fue condenado, pero además porque, aunque la pena puede ser la misma, no deja de hacer incongruente una sentencia, es cierto que la pena no varía, pero también lo es que la estructura de las figuras es diferente, es decir, la congruencia no está determinada porque se imponga una pena mayor que la que fue materia de acusación, puede ser la misma, pero si la estructura de sus figuras es sustancialmente distinta se rompe con la misma.


JUAN CARLOS PRÍAS BERNAL
Conjuez


CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO
Conjuez

