**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA DE CASACIÓN PENAL**

**FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO**

**Magistrado Ponente**

AP2211-2014

Radicación n° 43248

(Aprobado Acta No. 119)

Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de dos mil catorce (2014).

**V I S T O S**

Decide la Sala sobre la admisibilidad de las demandas de casación presentadas por los defensores del Cabo Juan Carlos Cortés Rojas y de los Soldados Profesionales Lewis Américo Palacios Copete, José Berardo Guzmán y Enor Enrique Rodríguez Moreno, miembros del Ejército Nacional, contra la sentencia dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, por cuyo medio confirmó la proferida por el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de la misma ciudad, que los condenó como coautores del delito de homicidio en persona protegida.

**HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL**

 **1.** Los primeros fueron sintetizados por el ad quem de la siguiente manera:

*En horas de la mañana del día 18 de mayo de 2004, tropas del grupo de Caballería Mecanizado No.4 “JUAN DEL CORRAL” y del Batallón No. 10 “ATANASIO GIRARDOT”, reportaron la muerte en combate de dos presuntos milicianos de las FARC que a la postre fueron identificados [como] JOSÉ NEFTALÍ POSADA ÚSUGA y FABIO DE JESÚS PIEDRAHITA BETANCUR. Pese a la versión oficial, testigos señalaron que tanto POSADA ÚSUGA como PIEDRAHITA BETANCUR, eran campesinos de la región y que esa mañana fueron abordados por efectivos del Ejército Nacional, quienes luego de golpearlos y tildarlos de guerrilleros, procedieron a darles muerte en cercanías a la finca en la cual trabajaban.*

**2.** El 20 de mayo de 2004, el Juzgado Veintidós de Instrucción Penal Militar de Medellín inició indagación preliminar por la muerte violenta de José Neftalí Posada Úsuga y Fabio de Jesús Piedrahita Betancur, en la que dispuso practicar, entre otras pruebas, el testimonio de los militares que participaron en la respectiva operación.

**3.** Posteriormente, habiendo asumido la investigación el Juzgado Veinticinco de Instrucción Penal Militar ante la Cuarta Brigada del Ejército Nacional, se vinculó mediante indagatoria al Mayor de esa fuerza John Alexander Sandoval Díaz, a quien en proveído adiado 28 de enero de 2006, se abstuvo de afectarlo con medida de aseguramiento por el delito de homicidio del que fueron víctimas los supranombrados.

Asimismo, se recibió indagatoria a los Soldados Profesionales José Berardo Guzmán y Lewis Américo Palacios Copete, y al Sargento Carlos Medardo Cuesta Pizarro, miembros del Ejército Nacional.

**4.** Por solicitud de la Procuraduría General de la Nación el proceso fue remitido a la Fiscalía, cuyo conocimiento avocó la Fiscalía 10 Especializada de la UNDH y DIH el 9 de febrero de 2009, que recibió ampliación de indagatoria a los sindicados Guzmán, Palacios Copete, Sandoval Díaz y Cuesta Pizarro, y vinculó a través del mismo medio al Teniente del Ejército Nacional Edwin Leonardo Toro Ramírez.

**5.** Mediante resolución fechada 17 de septiembre de 2010, fue definida la situación jurídica de los antes mencionados con detención preventiva sin beneficio de libertad, como coautores del delito de homicidio en persona protegida.

 **6.** En resolución calendada 8 de marzo de 2011, la Fiscalía modificó la calificación jurídica por la cual había afectado con medida de aseguramiento a los incriminados José Berardo Guzmán y Lewis Américo Palacios Copete, de homicidio en persona protegida a favorecimiento respecto de la conducta punible de homicidio, manteniendo la detención preventiva sin beneficio de excarcelación impuesta. Posteriormente, mediante resolución de 1º de septiembre de la misma anualidad, revocó dicha determinación, dejando vigente la primigenia calificación jurídica.

 **7.** El 8 de marzo de 2011, se declaró cerrada parcialmente la investigación en relación con los sindicados John Alexander Sandoval Díaz, Edwin Leonardo Toro y Carlos Medardo Cuesta Pizarro.

 **8.** El 1º de abril de 2011 la Fiscalía 17 Especializada UNDH y DIH, acusó a los procesados antes mencionados como coautores del delito de homicidio en persona protegida (art. 135 del C.P.).

 **9.** Materializada la orden de captura librada contra el Soldado Profesional Enor Enrique Rodríguez Moreno y el Cabo Juan Carlos Cortés Rojas, miembros del Ejército Nacional, y escuchados en indagatoria, mediante resoluciones adiadas 1 y 3 de agosto de 2011, respectivamente, les fue resuelta la situación jurídica con detención preventiva sin beneficio de libertad como coautores del delito de homicidio en persona protegida.

 **10.** En resoluciones calendadas 2 de septiembre, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 2011, la Fiscalía dispuso la libertad de los sindicados Guzmán, Cortés Rojas y Rodríguez Moreno, respectivamente, por vencimiento de términos.

 **11.** Clausurado el 5 de octubre de 2011 el ciclo instructivo en relación con los aquí procesados Juan Carlos Cortés Rojas, Lewis Américo Palacios Copete, José Berardo Guzmán y Enor Enrique Rodríguez Moreno, mediante resolución fechada 6 de marzo de 2012, la Fiscalía 17 Especializada UNDH y DIH acusó a los citados como coautores del delito de homicidio en persona protegida (art. 135 del C.P.), y dispuso librar en su contra sendas órdenes de captura; decisión que apelada por la defensa, fue confirmada en proveído de **14 de mayo de 2012** por la Fiscalía 40 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, fecha en que cobró ejecutoria.

 **12.** Los días 22, 26 y 28 de marzo 2012, fueron capturados y puestos a disposición de la presente actuación, los acusados Rodríguez Moreno, Guzmán y Cortés Rojas, en tanto que el procesado Palacios Copete, se encuentra privado de la libertad por cuenta de otra autoridad judicial.

 **13.** La etapa del juicio correspondió al Juzgado Promiscuo del Circuito de Ituango (Antioquia), a donde inicialmente se envió el proceso, pero a instancia de la Fiscalía, esta Corporación en auto fechado 29 de agosto de 2012, ordenó el cambio de radicación y la remisión del expediente al funcionario de igual categoría de Medellín.

 **14.** Repartido el proceso al Juzgado 21 Penal del Circuito de Medellín, y agotadas las audiencias preparatoria y pública de juzgamiento, el 21 de junio de 2013 dictó sentencia, en la que condenó a los procesados como coautores del delito de homicidio en persona protegida (art. 135 del C.P.), de la siguiente manera:

 (i) Juan Carlos Cortes Rojas a las penas principales de 384 meses de prisión y multa de 2.133 SMLMV, y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 20 años.

 (ii) Lewis Américo Palacios Copete, José Berardo Guzmán y Enor Enrique Rodríguez Moreno a las penas principales de 380 meses de prisión y multa de 2.133 SMLMV, y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 20 años.

 De igual forma, les negó los mecanismos sustitutivos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, y condenó a los acusados solidariamente al pago de perjuicios morales en cuantía equivalente a 200 SMLMV.

 **15.** Apelado el fallo por los defensores de los procesados, la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, mediante sentencia calendada 16 de septiembre de 2013, lo confirmó integralmente

 **16.** Los defensores de todos los implicados interpusieron en la oportunidad legal el recurso de casación.

**SÍNTESIS DE LAS DEMANDAS**

 **1. Demanda formulada en nombre de Juan Carlos Cortés Rojas.**

 Con fundamento en las causales primera –cuerpos primero y segundo–, y segunda, previstas en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000, el demandante propone dos glosas contra la sentencia del Tribunal, una principal por violación directa e indirecta de la ley sustancial, y otra subsidiaria por incongruencia con los cargos formulados en la resolución acusatoria.

 **Primer cargo**. Denuncia que el fallador de segundo grado incurrió en violación directa de la ley por falta de aplicación de los artículos 7º inciso 2º y 232 inciso 2º de la Ley 600 de 2000, así como del artículo 6º inciso 2º, literal b), del Protocolo II adicional de los Convenios de Ginebra; lo cual conllevó a la aplicación indebida del artículo 135 del Código Penal.

 Agrega el censor que los falladores de instancia reconocieron que había duda sobre quiénes habrían sido los autores de los homicidios de José Neftalí Posada Úsuga y Fabio de Jesús Piedrahita Betancur, y al efecto cita los apartes de las sentencias de primer y segundo grado donde considera que se plasmó la situación anotada.

 Luego, afirma, lo correcto era aplicar la duda a favor de su representado, de conformidad con los artículos 7º y 232 del Código de Procedimiento Penal de 2000, y el canon 6º inciso 2º, literal b), del Protocolo II adicional de los Convenios de Ginebra, absolviéndolo de los cargos formulados en la acusación, no obstante lo cual fue condenado a título de coautor por el mero hecho de pertenecer al Ejército Nacional y haber estado presente en el lugar del suceso, por lo tanto los sentenciadores incurrieron en la exclusión evidente de dichas normas.

 Añade que correlativamente los jueces de instancia aplicaron indebidamente los artículos 29 y 135 del Estatuto Punitivo, puesto que si no tenían certeza sobre quién era el autor o autores de la muerte violenta de Posada Úsuga y Piedrahita Betancur, no era procedente emitir condena en contra de su defendido como coautor del delito de homicidio en persona protegida, «*puesto que es requisito, de la esencia, tener autor individualizado y el no tenerlo, como en este caso, no permite dar aplicación a dichas normas*».

 Yerro cuya trascendencia estima el recurrente, radica en que de haber aplicado las normas llamadas a regular el caso, a consecuencia de haber reconocido la duda sobre la responsabilidad penal de su representado, éste no habría sido condenado, sino absuelto del cargo formulado en la acusación.

 Dentro de la misma censura, el libelista propone un «*cargo subsidiario al cargo principal, dentro del grupo principal*», por violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho, determinado por falso raciocinio, en relación con dos aspectos, a saber: (i) las reglas de la experiencia que aplicó el Tribunal en la valoración de la indagatoria del procesado Cortés Rojas; y, (ii) las reglas «*de la hermenéutica para determinar la coautoría*».

 En cuanto a lo primero, señala que los falladores de instancia no creyeron la versión de los hechos investigados, narrada por su prohijado en la última salida procesal, simplemente porque calló la verdad durante seis años y nada dijo en sus primeras declaraciones.

 Asegura que el juez colegiado desconoció la «*regla de raciocinio y de la experiencia*», según la cual callar por un tiempo la verdad y posteriormente decidirse a revelarla, en nada resta credibilidad a lo que se narra, en apoyo de lo cual cita jurisprudencia de la Corte Constitucional (C-621/98) y de esta Corporación (Rad. 33118 de 15 de mayo de 2013), concluyendo que de acogerse tal manera de razonar se desconocerían las reglas de la experiencia y se establecería otra en el sentido de «*nunca poder creer a los desmovilizados de justicia y paz*», amén que lo que hizo su defendido al dar su propia versión sobre los hechos fue ejercer el derecho de defensa, garantía constitucional que le asiste a todo procesado.

 Con relación al segundo aspecto, manifiesta que los sentenciadores de instancia acudieron a la jurisprudencia como criterio auxiliar, basándose en el fallo de tutela SU-1184 de 2001 de la Corte Constitucional y en el salvamento de voto expresado por una de las Magistradas que integran esta Sala, en la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2012 dentro del radicado No. 32636, para concluir que como el «*Ejército Nacional tiene posición de garante*» y el acusado Cortés Rojas es uno de sus miembros, debía responder penalmente como «*coautor por posición de garante institucional*», en relación con la muerte de los ciudadanos Posada Úsuga y Piedrahita Betancur.

 Inferencia que califica de absurda, puesto que con ella el Tribunal desconoció las reglas de la lógica, amén que la sentencia de tutela mencionada se refiere a una colisión de competencia, en tanto que el salvamento de voto que le sirvió de sustento al juez de primera instancia para condenar a su representado, no es jurisprudencia; luego, afirma el demandante, que de no haberse incurrido en el vicio que denuncia, aquél habría sido absuelto.

 **Segundo cargo**. De forma subsidiaria señala el impugnante que la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación, puesto que si bien la Fiscalía acusó por el delito de homicidio en persona protegida, dicha calificación jurídica fue variada por el representante del ente acusador en la oportunidad establecida en el artículo 404 del C.P.P., a la conducta punible de favorecimiento de homicidio, debido a que consideró que los procesados, excepto Enor Enrique Rodríguez Moreno, no participaron a ningún título en la muerte de los ciudadanos Posada Úsuga y Piedrahita Betancur, sino que se limitaron a entorpecer la investigación.

 Resalta que no obstante lo anterior, los falladores de instancia no acataron dicha variación de la calificación jurídica, optando por emitir condena por el delito de homicidio en persona protegida, con lo cual desconocieron que la Fiscalía sustentó la nueva imputación en que los procesados, excepto Enor Enrique Rodríguez Moreno, no participaron en la muerte de las víctimas, sino que solo contribuyeron a entorpecer la normal marcha de la investigación.

 Estima que de no haberse cometido tal equivocación manifestada, los falladores de instancia habrían condenado a su defendido por el delito de favorecimiento, y no por el de homicidio en persona protegida, que tiene una pena sustancialmente más elevada que el primero.

 Concluye solicitando a la Corte que case la sentencia, para absolver al incriminado Cortés Rojas del cargo formulado en la acusación, y subsidiariamente se le condene por el delito de favorecimiento.

 **2. Demanda formulada en nombre de José Berardo Guzmán y Lewis Américo Palacios Copete.**

 Al amparo de las causales tercera y primera –cuerpo primero–, previstas en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000, el casacionista formula cuatro reproches contra la sentencia del ad quem, uno por nulidad, dos por violación directa de la ley sustancial y el restante por violación indirecta de la norma.

 **Primer cargo.** Manifiesta el actor que la sentencia confutada se profirió en un juicio viciado de nulidad, puesto que los falladores de instancia tipificaron la conducta investigada como homicidio en persona protegida, cuando en realidad se trata de un homicidio «*ordinario*».

 Luego de referirse a las exigencias del tipo objetivo previsto en el artículo 135 del Código Penal, así como a las características que definen el conflicto armado de carácter interno, el demandante señala que en el presente caso no se dan tales requisitos, amén que anota, el día de los hechos la labor de sus defendidos como miembros de la patrulla militar «*Corcel II*», consistía en verificar la presencia de personas en un sector de la vereda Chontaduro del municipio de Ituango (Antioquia), lo que efectivamente realizaron, retirándose del lugar por orden de su superior, quedando en el sitio el Cabo del Ejército Nacional Cuesta Pizarro en compañía de las personas retenidas, las que posteriormente aparecieron muertas.

 Expresa que el yerro en la adecuación típica de la conducta afecta todo el proceso por violación del artículo 29 Superior, pues ello tiene incidencia en la pena a imponer y los subrogados penales, por lo cual la única manera de sanear tal irregularidad es a través de la declaratoria de nulidad a partir de la resolución que resolvió la situación jurídica de sus defendidos por el delito de favorecimiento, pues considera el actor, que el caso concreto «*encuadraría en todas las causales de que trata el artículo 306 del C.P.P.*», aunque pide a la Corte tener en cuenta solo la causal segunda de nulidad.

 **Segundo cargo.** Por la senda de la violación directa de la ley, el demandante acusa al Tribunal de haber interpretado de manera errónea los artículos 9, 12, 22, 25 y 29 del Código Penal, vicio que dice lo llevó a considerar a sus defendidos como coautores de delito de homicidio en persona protegida, en la modalidad de comisión por omisión u omisión impropia.

 Después de referirse al concepto de posición de garante en los delitos de comisión por omisión, así como a los elementos que estructuran esta modalidad de realización de la conducta punible, afirma el censor, que en el caso de los procesados Guzmán y Palacios Copete no se cumplen tales exigencias típicas, puesto que éstos no tenían mando sobre el Cabo del Ejército Nacional Carlos Medardo Cuesta Pizarro y los soldados que integraban la patrulla «*Atacador I*», quienes inicialmente retuvieron a los hoy occisos; además que en razón del «*principio de confianza*» que rige la actividad castrense, cada quien debe hacer lo que le corresponde y no se puede cuestionar una orden superior, como la recibida ese día del Capitán Jhon Alexander Sandoval Díaz para se retiraran del lugar, no empece haberle informado sobre lo que sucedía con los civiles.

 Añade, que a pesar de ostentar sus defendidos posición de garante de la vida de los ultimados Posada Úsuga y Piedrahita Betancur, las circunstancias anteriormente anotadas denotan que no tenían capacidad de evitar el resultado.

 El recurrente lanza criticas personales al fallo recurrido en aspectos relativos a la imputación al tipo subjetivo, pues afirma, sus defendidos no actuaron con dolo, toda vez que no tenían «*condiciones de elegibilidad*»; como tampoco se les puede considerar coautores impropios; y, por el contrario, se les derivó responsabilidad penal por la mera circunstancia de hacer parte del escuadrón militar que estuvo en el lugar de los hechos, pero antes de que éstos acaecieran, con lo cual el Tribunal quebrantó el principio de culpabilidad.

 **Tercer cargo.** Acudiendo de nuevo a la violación directa de la ley sustancial, el libelista denuncia que el juez colegiado incurrió en la falta de aplicación o exclusión evidente del artículo 7º de la Ley 600 de 2000 que consagra el principio de *in dubio pro reo*, según el cual toda duda debe resolverse a favor del procesado.

 A continuación se dedica el libelista a analizar la capacidad demostrativa de las indagatorias rendidas por Enor Enrique Rodríguez Moreno y José Berardo Guzmán, de las cuales concluye que existe duda probatoria sobre la responsabilidad de sus prohijados en el doble homicidio investigado, la misma que afirma, reconoció el ad quem en la sentencia recurrida, ocupándose de citar los apartes pertinentes.

 De donde colige «*con gran nitidez el error de hecho por falso juicio de identidad, respecto a la valoración de los testimonios mencionados anteriormente, falso raciocinio en que incurrió el Tribunal Superior de Medellín*».

 En ese orden, pide a la Corte casar la sentencia, para absolver a los procesados José Berardo Guzmán y Lewis Américo Palacios Copete del cargo formulado en la acusación, y subsidiariamente anular el proceso «*desde la adecuación típica o jurídica provisional*».

 **Cuarto cargo.** Formulado como reproche «*único*» en demanda presentada por el impugnante antes del vencimiento del término legal, complementaria del primer libelo, propone la violación indirecta de la norma sustancial, determinada por un error de hecho por falso raciocinio en la valoración probatoria.

 Luego de trascribir apartes de la sentencia de segundo grado adiada 16 de septiembre de 2013, proferida dentro de la presente actuación, así como del fallo de segunda instancia calendado 13 de diciembre de dicha anualidad, emitido dentro del proceso adelantado por los mismos hechos contra John Alexander Sandoval Díaz, Edwin Leonardo Toro y Carlos Medardo Cuesta Pizarro, ambos dictados por el Tribunal Superior de Medellín; el casacionista afirma la existencia de una «*interpretación falsa por falso juicio de convicción*», pues el mismo juez colegiado razonó de manera opuesta al determinar la capacidad de persuasión de las indagatorias de los procesados Cortés Rojas, Palacios Copete, Guzmán y Rodríguez Moreno, toda vez que en la primera decisión no les asignó ningún crédito, mientras que en la segunda le dio plena credibilidad a sus versiones, al punto que con fundamento en ellas condenó a los allí acusados.

 Estima el actor que si el juez de segundo grado hubiera aplicado correctamente las reglas de la sana crítica, habría concluido la ausencia de responsabilidad de sus defendidos en el delito de homicidio en persona protegida, con la consecuente absolución.

 Finaliza reproduciendo algunos apartes de la demanda inicial, y reitera la petición de casar la sentencia para absolver a los incriminados Palacios Copete y Guzmán.

 **3. Demanda formulada en nombre de Enor Enrique Rodríguez Moreno.**

 Acudiendo a las causales tercera y primera –cuerpo primero–, previstas en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000, el casacionista formula tres censuras contra la sentencia del ad quem, una por nulidad y las dos restantes por violación directa de la ley sustancial.

 **Primer Cargo.** Lo sustenta el actor en que la ruptura de la unidad procesal ordenada por la Fiscalía en la fase de instrucción, a consecuencia de la cual se juzgó en forma separada, de una parte, a los procesados John Alexander Sandoval Díaz, Edwin Leonardo Toro y Carlos Medardo Cuesta Pizarro; y, de otro lado, a los aquí acusados Cortés Rojas, Palacios Copete, Guzmán y Rodríguez Moreno, afectó las garantías fundamentales debidas a su representado.

 Afirma que la anotada situación procesal le cercenó a la defensa la oportunidad de controvertir las pruebas allegadas al primer proceso en mención, y se desconoció el principio de investigación integral, por lo cual procede la declaratoria de nulidad desde la resolución de cierre de investigación, de conformidad con el numeral 2º del artículo 306 del C.P.P., para que «*reabierto el ciclo instructivo se practiquen las pruebas que fueron omitidas*».

 **Segundo cargo**. De manera subsidiaria el demandante denuncia la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 135 del Código Penal, en la que dice incurrió el Tribunal por error en la calificación jurídica de la conducta, que conllevó a la exclusión del artículo 103 ibídem.

 Aduce que los juzgadores de instancia consideraron que la muerte violenta de José Neftalí Úsuga Posada y Fabio de Jesús Piedrahita Betancur, se produjo con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado, elemento normativo del delito de homicidio en persona protegida, pero se abstuvieron de explicar el sustento de tal aserto.

 Afirma que no basta con que la víctima haga parte de la población civil y el sujeto activo que realiza la acción de matar pertenezca a un grupo armado, para encontrar configurado el delito en cuestión, sino que es necesario que la muerte de la persona protegida por el DIH ocurra en desarrollo de un conflicto armado, interno o internacional, y tenga relación directa con éste, o como dice la norma, con ocasión del mismo.

 En sustento de su tesis cita jurisprudencia de esta Corporación –radicados No. 29753 de enero 27 de 2010 y No. 35099 de marzo 23 de 2011– y de la Corte Constitucional –C-048 de 2001 y C-291 de 2007–, así como importante doctrina sobre el tema, para concluir que las citadas decisiones solo han abordado el estudio del ingrediente típico del artículo 135 del Código Penal, referido a que la muerte de persona protegida por el DIH ocurra en desarrollo de un conflicto armado, dejando de lado el análisis de otro elemento típico relacionado con que aquella se presente con ocasión de contienda de tal naturaleza.

 Indica que la expresión «*con ocasión de un conflicto armado*» comporta un vínculo entre la conducta y la anotada circunstancia, de manera que a falta de dicha relación, que el censor califica de «*directa y necesaria*», no es posible afirmar la existencia de un crimen de guerra, sino de un delito ordinario cometido en tiempos de guerra, que para el caso sería el tipificado en los artículos 103 y 104 del Estatuto Punitivo.

 Resalta que en el asunto particular, los juzgadores de instancia ninguna razón adujeron en relación con el citado elemento normativo del tipo de homicidio en persona protegida, es decir, añade el recurrente, no explicaron por qué el deceso de los ciudadanos Posada Úsuga y Piedrahita Betancur se cometió «*con ocasión*» del conflicto armado, a pesar de reconocer la existencia de este último.

 Agrega que en todo caso, el homicidio de los antes mencionados no «*obedeció ni tuvo relación alguna con el denominado conflicto armado que vive Colombia*», puesto que la mera condición de militar de su defendido no es criterio suficiente para sustentar tal aserto, y de serlo sería tanto como afirmar la responsabilidad objetiva; amén que, dice el libelista, el autor debe tener conocimiento de las circunstancias fácticas que determinan tanto la existencia del conflicto, como la relación entre este último y la conducta de matar, aspectos que no se acreditaron en el presente proceso como lo exige la Ley 1268 de 2008, declarada exequible mediante sentencia C-801 de 2009, pues no se probó que el acusado Rodríguez Moreno conociera que su actuar se desarrollaba en el marco de un conflicto armado, como tampoco que la muerte violenta de los civiles, fuera «*consecuencia directa y necesaria*» de una situación –conflicto armado– que ignoraba se presentaba.

 Concluye señalando que en el asunto de la especie se está frente a una situación aislada de violencia realizada por un grupo de militares, de los que no se logró precisar quiénes ocasionaron la muerte a los dos civiles, ni se probó que actuaron con conocimiento de que su comportamiento podía catalogarse como una infracción al DIH, desatino frente al cual, asevera el impugnante, el Tribunal debió «*variar la calificación jurídica*» y no avalar el fallo del a quo, que conllevó a que su representado fuera condenado por un delito con pena superior, cuando «*la absolución es la que debió corresponder o incluso llegado el caso un encubrimiento o hasta la complicidad por el ocultamiento del hecho que ya conocía*».

 **Tercer cargo**. Acudiendo de nuevo a la violación directa de la ley sustancial, el casacionista manifiesta que el juez colegiado incurrió en error por interpretación errónea del artículo 25 del Código Penal.

 Después de relacionar las consideraciones que al respecto hizo el Tribunal en la sentencia recurrida, así como de referir los elementos que integran el tipo de omisión impropia, afirma el actor que en el caso de su representado no se probó que éste quisiera el resultado muerte y mucho menos que tuviera mando sobre los agresores que pertenecían a otro batallón, luego pese a encontrarse en el lugar de los hechos, no se le podía condenar en la modalidad de comisión por omisión, pues no tenía manera de evitar el deceso violento de los civiles.

 Critica que para sostener la mencionada tesis, el ad quem tuviera en cuenta el informe del Capitán del Ejército Nacional Jhon Alexander Sandoval Díaz, pues sostiene el demandante, dicha prueba no fue analizada por el juez de primer grado, y además se obvió que dicho documento fue elaborado por un mando castrense, sin previa aprobación de los militares que intervinieron en la operación, por tanto no se puede predicar que su contenido sea cierto y, por contera, inferir de él la participación a cualquier título del acusado Rodríguez Moreno en los homicidios investigados.

 Adicionalmente, anota el censor, el Tribunal desconoció «*el análisis de la conformación de las unidades militares*», por lo que se equivocó al considerar que el procesado Cortés Rojas al momento de los hechos comandaba una escuadra integrada por doce hombres, y no una «*unidad mínima*» de combate compuesta por cuatro o cinco soldados; además, afirma que el juez colegiado le dio «*otro sentido*» al testimonio de Donald Eduardo Aguirre, comandante de la escuadra «*Atacador I*», para de él concluir quién llego primero al sitio El Llanón, donde ocurrieron los homicidios de Posada Úsuga y Piedrahita Betancur.

 Seguidamente el recurrente retoma el tema de los delitos de comisión por omisión u omisión impropia, y apoyado en doctrina y jurisprudencia de la Corte Constitucional, señala que su defendido no estuvo en posibilidad de impedir las muertes de los antes mencionados, aspecto que dice, pasaron por alto los juzgadores de instancia, que se abstuvieron de indicar de qué manera aquél habría podido cumplir con el deber jurídico que le asignan, «*cuando no se demostró si tenía la posibilidad de saber que al dar vuelta los integrantes de [la] otra escuadra quitaría (sic) la vida de los conocidos fallecidos*».

 En esa medida, depreca de la Corte casar la sentencia, para absolver al procesado Enor Enrique Rodríguez Moreno del cargo formulado en la acusación.

**CONSIDERACIONES DE LA CORTE**

**1.** Conviene recordar que dado el carácter extraordinario del recurso de casación, al libelista compete elaborar la demanda bajo los estrictos parámetros contemplados en la ley y decantados por la jurisprudencia de la Corte.

Por tanto, no basta con afirmar que se cometió un error *in iudicando* o *in procedendo*, ya que debe demostrarse la existencia del vicio y su trascendencia frente al contenido del fallo.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, es bien sabido que el recurso de casación constituye el medio por el cual se revisa la legalidad de la sentencia. De ahí que el libelo deba cumplir las formalidades estatuidas en el artículo 212 de la Ley 600 de 2000, principalmente enunciar la causal y formular el cargo con el cual se pretende la infirmación del fallo, señalando de manera clara y precisa sus fundamentos y las normas infringidas, igualmente, evidenciando cómo el vicio *in iudicando* o *in procedendo* conduce a resquebrajar la providencia.

Ahora bien, sin desconocer la facultad legal de la Corte para casar la sentencia cuando sea ostensible que la misma transgrede las garantías fundamentales de las partes (art. 216 Ley 600 de 2000), la impugnación extraordinaria no es un mecanismo carente de rigor.

Por tanto, el recurso de casación no puede entenderse como una instancia adicional para debatir aspectos que ya fueron materia de controversia, o como facultad ilimitada para revisar el proceso, ni la demanda puede elaborarse utilizando un discurso de libre composición; por el contrario, dado el carácter extraordinario y rogado del recurso, está ligado a causales taxativas que tienen contenidos propios, referidas a vicios sustanciales o procesales.

Además, en el desarrollo de cada uno de los reparos formulados se deben cumplir unos requisitos mínimos de lógica y adecuada fundamentación, cuyo desconocimiento conlleva a la inadmisión de la demanda, como lo establece el artículo 213 del Código de Procedimiento Penal de 2000.

Así, no resulta atinado solo denunciar la presencia del error que se invoca, sino que al impugnante incumbe demostrar su existencia y cómo el mismo tiene la trascendencia suficiente para romper la doble presunción que cobija a la sentencia de segundo grado y, por lo mismo, la necesidad de que la Corte intervenga como Tribunal de Casación en procura de hacer efectivo el derecho material y las garantías debidas a quienes intervienen en la actuación penal, reparar los agravios ocasionados a las partes con la decisión confutada o unificar la jurisprudencia.

**2.** Previo al estudio de admisibilidad de las demandas de casación, es necesario precisar que de acuerdo con el principio de prioridad, la Sala asumirá en primer lugar el análisis de los reproches de nulidad propuestos como principales por los defensores de los procesados José Berardo Guzmán y Lewis Américo Palacios Copete, y Enor Enrique Rodríguez Moreno, respectivamente.

Así mismo, por razones metodológicas, seguidamente se procederá al análisis conjunto de los cargos de violación directa de la norma por interpretación errónea del artículo 25 del Estatuto Punitivo, formulados igualmente por los defensores de los antes mencionados, y a continuación se referirá la Sala a las censuras que por la misma senda por falta de aplicación del artículo 7º de la Ley 600 de 2000 –presunción de inocencia e *in dubio pro reo*– exponen los defensores de Juan Carlos Cortés Rojas, José Berardo Guzmán y Lewis Américo Palacios Copete; por cuanto tienen el mismo fundamento.

Finalmente se abordara el estudio de las demás glosas sustentadas en (i) falta de congruencia de la sentencia con los cargos formulados en la acusación, (ii) aplicación indebida del artículo 135 –*error en la calificación jurídica*– y (iii) violación indirecta por falsos raciocinios, en su orden.

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

**3.1 De la nulidad.**

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

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

**3.1.1 Primer cargo** por nulidad de la demanda formulada a nombre de los procesados José Berardo Guzmán y Lewis Américo Palacios Copete.

El actor la soporta en un error en la calificación jurídica de la conducta investigada, puesto que los sentenciadores de instancia la tipificaron como homicidio en persona protegida, cuando en realidad se trata de un homicidio «*ordinario*».

 Sea lo primero señalar que el demandante no acierta en la postulación del reproche, pues en vigencia de la Ley 600 de 2000, bajo la cual se cometieron los hechos investigados, un yerro de tal naturaleza genera nulidad solo en aquellos eventos en los que no sea viable a la Corte dictar sentencia de reemplazo, esto es, cuando la nueva calificación hace más gravosa la situación del acusado, o no siéndolo altera el núcleo fáctico de la acusación o implica cambio de la competencia y ésta no se puede prorrogar.

 En caso contrario, como acontece en el asunto analizado, el vicio denunciado debió formularse por vía de la causal primera de casación, por cuanto la conducta de homicidio simple es menos gravosa para los acusados que la de homicidio en persona protegida; no comporta una variación en la imputación fáctica –*matar a otro*–; y, ambos delitos son de competencia de los Jueces Penales del Circuito.

 En ese orden, le correspondía al censor, al amparo de la causal prevista en el numeral 1º del artículo 207 del C.P.P., acreditar si el error en la calificación jurídica de la conducta punible se originó en la violación directa de la ley sustancial –*aplicación indebida, exclusión evidente o interpretación errónea*–, o si lo fue por la violación indirecta de la norma por errores de hecho –*falsos juicios de existencia, identidad o raciocinio*– o de derecho –*falsos juicios de legalidad o convicción*–; evidenciando además la trascendencia del vicio en la declaración de justicia contenida en el fallo confutado.

 Sin embargo, más allá de enunciar la presunta equivocación de los falladores de instancia y expresar su criterio personal en el sentido de que en el asunto examinado no concurren los elementos del tipo objetivo de homicidio en persona protegida, el recurrente se queda corto, por cuanto no explica de manera razonada por qué no se dan éstos, y en cambio sí concurren los que tipifican el delito de homicidio simple; tampoco señala que clase de irregularidad es la que se presenta en el caso particular, no indica las normas que considera infringidas, ni cómo éstas fueron desconocidas por los falladores de instancia, con lo cual deja sin demostración el supuesto en que funda la nulidad.

 En tal medida, no prospera el cargo.

**3.1.2 Primer cargo** por nulidad de la demanda formulada a nombre del incriminado Enor Enrique Rodríguez Moreno.

 Considera el libelista que en la presente actuación se afectaron las garantías debidas a su representado, a consecuencia de la ruptura de la unidad procesal ordenada por la Fiscalía en la fase de instrucción, que determinó que se juzgara en forma separada, por un lado, a los aquí procesados, y de otro, a los también acusados Jhon Alexander Sandoval Díaz, Edwin Leonardo Toro y Carlos Medardo Cuesta Pizarro; lo cual dice, impidió a la defensa del incriminado Rodríguez Moreno controvertir las pruebas aducidas en la actuación adelantada contra estos últimos y se desconoció el principio de investigación integral.

 No empece que el fundamento fáctico de la glosa denunciada aparece diáfano en la actuación, el impugnante no demuestra que ello constituya una irregularidad sustancial, mucho menos que se hayan afectado garantías fundamentales –derecho de defensa e investigación integral– de su representado, ni las razones que llevaron a su quebranto, así como tampoco cuál fue la trascendencia del vicio alegado en la declaración de justicia contenida en los fallos de instancia.

 En efecto, habiendo adelantado la Fiscalía la investigación por la muerte violenta de los ciudadanos Posada Úsuga y Piedrahita Betancur, dentro de la cual fueron vinculados como sindicados Jhon Alexander Sandoval Díaz, Edwin Leonardo Toro, Carlos Medardo Cuesta Pizarro, Juan Carlos Cortés Rojas, Lewis Américo Palacios Copete, José Berardo Guzmán y Enor Enrique Rodríguez Moreno; mediante resolución calendada 8 de marzo de 2011, se declaró cerrada parcialmente en relación con los tres primeros.

 Cabe anotar que ello obedeció a que existiendo varias personas vinculadas al proceso, la Fiscalía estimó que en relación con algunas de ellas concurrían las circunstancias –prueba necesaria para calificar– para cerrar la investigación, y así procedió, según lo autoriza el artículo 394 del Código de Procedimiento de 2000, lo cual generó la ruptura de la unidad procesal por la causal prevista en el numeral 2º del artículo 92 ibídem.

 Ahora bien, la anotada ruptura de la unidad procesal *per se* no genera nulidad a menos que se afecten garantías fundamentales, como lo señala el artículo 89 de la normativa procedimental en cita, luego en orden a demostrar la supuesta anomalía que anuncia el casacionista, le correspondía la carga de indicar de qué manera dicha circunstancia procesal afectó el derecho a la defensa de su prohijado, concretamente en cuanto al derecho de contradicción, y cómo con el cierre parcial se desconoció el principio de investigación integral (art. 20 C.P.P.), conforme al cual el funcionario judicial debe investigar con igual celo tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del procesado; labor argumentativa que resigna desarrollar el actor en el libelo, dejando huérfana de demostración la glosa ensayada.

 Agréguese que hasta el cierre parcial de la investigación que cobijó a los procesados Jhon Alexander Sandoval Díaz, Edwin Leonardo Toro y Carlos Medardo Cuesta Pizarro, el defensor del procesado Rodríguez Moreno participó activamente en la petición y práctica de pruebas dentro del proceso hasta ese momento adelantado contra todos los acusados, amén de que tuvo la oportunidad de solicitarlas en la etapa del juzgamiento, como en efecto ocurrió, decretándose en la audiencia preparatoria, a instancia suya, las declaraciones de los militares que participaron en la operación que terminó con la muerte de las víctimas, así como la prueba traslada del proceso radicado No. 2012-0492, originado en la ruptura de la unidad procesal.

 En esa medida, al margen de no haber realizado esfuerzo argumentativo alguno a fin de demostrar el reparo formulado, tampoco le asiste razón al actor, puesto que ni aquél demuestra, ni la Corte advierte que a consecuencia del pluricitado cierre parcial de la investigación y la obligada ruptura de la unidad procesal, se hubiera limitado o restringido a la defensa del incriminado Rodríguez Moreno el derecho a presentar pruebas y a controvertir aquellas aducidas por el ente acusador.

 Igual acontece con el presunto desconocimiento del principio de investigación integral, que el demandante apenas enuncia pero no desarrolla acorde con las exigencias que reclama una glosa de ese jaez, valga decir, como lo tiene decantado la jurisprudencia de la Sala, a saber, indicar el medio o los medios de convicción omitidos, demostrar la procedencia de su práctica, establecer su conducencia, pertinencia y utilidad, señalar cuál es el beneficio que reportan para el acusado y, en punto de trascendencia, evidenciar cómo la prueba o pruebas relegadas por el funcionario judicial, valoradas en conjunto con aquellas que fueron tenidas en cuenta como fundamento de la sentencia confutada, tienen la potencialidad de modificar las conclusiones de tal decisión, pues no cualquier carencia probatoria quebranta el precepto rector en cuestión (CSJ AP, 11 Jul. 2007, Rad. 27778; CSJ AP, 11 Dic. 2013, Rad. 42191; y, CSJ AP, 26 Feb. 2014, Rad. 39035, entre otros).

 Sin embargo, como se anunció, ninguna de estas exigencias cumplió el libelista, pues se limitó a expresar que dicha irregularidad afectó de nulidad la actuación, con la pretensión de que por esa mera afirmación sea tenida como cierta la referida proposición, incurriendo así en el vicio lógico de petición de principio.

 En consecuencia, no prospera la censura.

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

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

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

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

**3.2.1 Segundo y tercer cargo** de las demandas formuladas a nombre de los procesados José Berardo Guzmán y Lewis Américo Palacios Copete, y Enor Enrique Rodríguez Moreno, respectivamente.

 La queja por violación directa de la norma sustancial, la fundan los censores en que el ad quem interpretó de manera errónea el artículo 25 del Código Penal, vicio que lo llevó a concluir que lo procesados realizaron la conducta punible juzgada en la modalidad de comisión por omisión, cuando en realidad en el caso de sus defendidos no se reúnen los elementos que integran el tipo de omisión impropia, concretamente porque no se probó que éstos quisieran el resultado muerte de los dos civiles y que tuvieran capacidad de evitar el resultado, por el contrario se demostró que no tenían mando sobre el Cabo del Ejército Nacional Carlos Medardo Cuesta Pizarro y los soldados que integraban la patrulla «*Atacador I*» que comandaba el precitado, bajo cuya custodia estaban los hoy obitados, ni materialmente estaban en posibilidad de oponerse a sus propósitos criminales.

 Un primer aspecto a destacar, es que los recurrentes se apartan de las exigencias de lógica y adecuada fundamentación que impone el reproche propuesto, pues sin ambages se dedican a criticar la valoración probatoria hecha por los sentenciadores de instancia, como cuando el defensor de los acusados Guzmán y Palacios Copete afirma que no se probó que éstos actuaron con dolo, ni se demostró que obraron en coautoría o que tenían capacidad de evitar el resultado muerte de los civiles; o cuando el apoderado del procesado Rodríguez Moreno se muestra en desacuerdo con el poder suasorio que en el fallo recurrido se le asignó al informe del capitán del Ejército Nacional Jhon Alexander Sandoval Díaz, y la supuesta distorsión en que incurrió el juez colegiado al estimar el testimonio de Donald Eduardo Aguirre; lo cual resulta suficiente para inadmitir la censura.

 Haciendo abstracción de tales falencias, de entrada observa la Corte que los libelistas parten de un supuesto equivocado, en tanto desconocen la realidad del proceso, toda vez que el ad quem, contrario a lo considerado por el juzgador de primer grado, no encontró que los acusados realizaran el delito de homicidio en persona protegida en la modalidad de omisión impropia, esto es, que el resultado muerte de los ciudadanos Posada Úsuga y Piedrahita Betancur se produjera a consecuencia del no actuar de los incriminados, y que estos tuvieran el deber jurídico concreto y la posibilidad cierta de evitarlo –posición de garante–, dada su condición de miembros del Ejército Nacional cuya obligación constitucional es defender la vida de la población civil (arts. 2º y 217 de la Carta Política).

 En efecto, el Tribunal razonó de manera diferente pues del análisis probatorio concluyó que los militares aquí procesados, quienes conformaban la patrulla denominada «*Corcel II*», fueron quienes con dominio del hecho accionaron sus armas sobre la humanidad de los inermes campesinos ocasionándoles la muerte, es decir, que obraron por acción en la medida que realizaron conducta positiva que cegó la vida de los mencionados, desconociendo con ello la prohibición implícita en el supuesto de hecho previsto en el artículo 135 del Código Penal.

 Así se extrae sin ambages de las motivaciones que sobre el punto se consignaron en la sentencia impugnada, que vale la pena citar para responder al cuestionamiento formulado por los casacionistas. Dijo el juez colegiado:

*Frente al panorama expuesto,* ***encuentra la Sala que hay claros y probados indicios que permiten concluir que los militares juzgados efectivamente participaron en el actuar ilícito****. En primer lugar, su efectiva participación en las actividades operacionales que le (sic) 18 de mayo de 2004 se llevaron a cabo en la Finca El Llanón de la vereda Chontaduro del municipio de Itango (sic) y concretamente, su arribo a dicho lugar como integrantes de la Escuadra Corcel 2 cerca de la vivienda de José Neftalí Posada Úsuga cuando él y Fabio de Jesús Piedrahita Betancur aún estaban vivos.*

*Como segundo hecho, es indiscutible el contenido del informe presentado por el Comandante Sandoval Díaz Jhon Alexander el 19 de mayo de 2004 sobre los resultados de la operación efectuada el día anterior. En dicho informe se anota como personal destacado a cada uno de los procesados relacionando la munición gastada por aquellos. (…) el hecho de que aquél haya destacado allí los nombres de estos cuatro uniformados exclusivamente y la munición gastada, es un indicio concreto de su participación, pues de no ser así, dicho Comandante hubiera relacionado a otro personal, más aun cuando aparentemente éste era conocedor de la oposición que presentó desde un inicio el Cabo Tercero Cortés Rojas, y por su experiencia y grado, debía saber que al consignar estos datos tan específicos [así] como los nombres del personal y las municiones gastadas, ello podría ser objeto de verificación por sus superiores,* ***por lo que no duda la Sala que efectivamente estos datos obedecen a la realidad, es decir que los acusados participaron en el hecho y dispararon sus armas de dotación****.*

*Como tercer punto, las versiones que los procesados dieron cuando decidieron según ellos contar la verdad, deja ver ciertos aspectos que no permiten darles entera credibilidad y por el contrario, nos llevan a concluir que se trata de una coartada que se fue elaborando con el paso del tiempo, nutriéndose de cada aspecto que los declarantes iban agregando con base en las pruebas que recaudaba la Fiscalía. (Negrilla no original)*

 Surge patente, entonces, que la glosa formulada por los recurrentes se soporta en una lectura sesgada del fallo confutado, pues aun cuando es innegable que el ad quem se refirió con amplitud al tema de los delitos de comisión por omisión, así como a la jurisprudencia constitucional y de esta Corporación relacionada con la anotada modalidad de realización de la conducta punible, los argumentos esgrimidos al respecto no fueron el fundamento de la condena –*ratio decidendi*– , sino que se plasmaron en la motivación a manera de un *obiter dicta* o «*dicho de paso*», de naturaleza complementaria de la decisión, sin que el juzgador de segundo grado reconociera bajo ninguna óptica que el delito de homicidio en persona protegida se cometió por la conducta omisiva –omisión impropia– de los militares aquí procesados, según quedó evidenciado con la cita trascrita en párrafos anteriores.

 Y así lo reafirma el Tribunal cuando, previo a referirse a las consideraciones expuestas por el a quo que lo llevaron a estimar probada la responsabilidad de los acusados en la conducta juzgada bajo la modalidad de comisión por omisión, y con la exclusiva intención de mostrar que tal postura jurídica del fallador de primer grado no resultaba irracional en la hipotética situación de que los militares incriminados no hubieran sido los autores materiales de los homicidios, señaló lo siguiente:

***En gracia de discusión****, si se aceptara exclusivamente que los procesados no fueron quienes accionaron sus armas de dotación contra los civiles,* ***y pese a que encuentra la Sala que la conducta de los acusados debe valorarse por acción****, no se apone (sic) esta sustentación a la que acogió el fallador [de primer grado] sobre su responsabilidad derivada de la posición de garante por institución.* (Negrilla fuera de texto)

 En ese orden, las disquisiciones expresadas por los demandantes en torno al delito de omisión impropia resultan inanes en orden a evidenciar el yerro que denuncian pues, se itera, apuntan a derruir la legalidad de la sentencia por interpretación errónea de una norma sustancial –inciso 2º del art. 25 del C.P.- que no fue tenida en cuenta por el ad quem como argumento central de la decisión de confirmar, por las razones allí expuestas, la condena impuesta en el fallo de primera instancia, que sea oportuno recordar, junto al de segundo grado, cuando éste refrenda a aquel, en sede del recurso extraordinario conforman una unidad inescindible.

Así las cosas, no prosperan los cargos.

 **3.3 De la violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación.**

 Reitera la Sala lo dicho al abordar el estudio del cargo anterior, valga decir, que cuando el censor opta por la senda de la violación directa de la ley a fin de derruir la legalidad de la sentencia, en este caso por exclusión evidente del artículo 7º de la Ley 600 de 2000, que consagra el principio de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, y la correlativa aplicación indebida del artículo 135 del Código Penal, debe aceptar los hechos declarados y abstenerse de cuestionar la valoración probatoria realizada por los sentenciadores de instancia, pues se trata de un juicio sobre la aplicación del derecho donde, dadas las exigencias de lógica y adecuada fundamentación del reproche, no tienen cabida elucubraciones relacionadas con la prueba.

 Conviene rememorar lo que ha dicho esta Corporación cuando a través del recurso extraordinario se pretende atacar la sentencia de segundo grado por desconocimiento del principio anotado, así:

*En el segundo cargo, la defensa postula la violación directa de la ley que recoge el principio y derecho fundamental de la presunción de inocencia.*

*(I) La infracción de ese postulado puede hacerse por una de dos vías: la violación directa, caso en el cual debe acreditarse que dentro de las argumentaciones de los jueces se reconoció el instituto, pero no se aplicó la consecuencia en el derecho.*

*Si bien el impugnante escogió este motivo de casación, lo cierto es que no lo desarrolló ni, menos, lo demostró, en tanto no verificó con las citas textuales respectivas, que dentro de los argumentos de los fallos de instancia los jueces dieron por sentado que, finalizado el debate público, aquel postulado no fue desvirtuado por la Fiscalía, lo cual, además, la defensa no podía hacer, como que, por el contrario, las razones probatorias y jurídicas de los fallos censurados apuntan a lo contrario, esto es, a que aquella presunción fue desvirtuada y con certeza se acreditaron la tipicidad del delito y la responsabilidad el acusado.*

*(II) La segunda vía, que no fue la escogida por el recurrente, es la de la violación indirecta, pero ello comporta la carga de demostrar a la Corte que los jueces de instancia dejaron de aplicar el principio señalado a través de una apreciación errada de los medios de prueba.*

*Ello exige, además, indicar la prueba o pruebas valoradas erróneamente y, para cada una de ellas, precisar si el yerro cometido fue de hecho o de derecho y la especie de falso juicio en que se incurrió: si de existencia, identidad o raciocinio (en el caso del error de hecho), o de legalidad o convicción (para el yerro de derecho).* (CSJ AP, 3 Jul. 2013, Rad. 41602)

En esa medida, como en el asunto de la especie la trasgresión del pluricitado principio se postula por la senda de la violación directa, corresponde al recurrente objetivizar en la decisión de segundo grado aquellos apartes en los que el Tribunal concluyó que la prueba allegada al proceso no derruye la presunción de inocencia del acusado, o en los que reconoció la duda probatoria a su favor, en relación con la existencia del delito o su responsabilidad, no obstante lo cual, el fallador dejó de aplicar la consecuencia legal correspondiente.

**3.3.1 Primer y tercer cargo** de las demandas formuladas a nombre de los procesados Juan Carlos Corté Rojas, de una parte, y José Berardo Guzmán y Lewis Américo Palacios Copete, de otra.

 Si bien en orden a demostrar el vicio denunciado, ambos libelistas se ocupan de citar aquellos apartes del fallo impugnado en los que supuestamente los jueces de instancia reconocen la existencia de duda sobre la responsabilidad de los incriminados arriba mencionados en el delito juzgado, convenientemente lo hacen de manera descontextualizada.

 En efecto, se señala por el abogado de Cortés Rojas que el fallador de primer grado se inquirió sobre quién o quiénes, concretamente, fueron los militares que causaron la muerte a los dos civiles, si los de la escuadra denominada «*Atacador I*» o aquellos que integraban el grupo llamado «*Corcel II*», puesto que en sus diferentes versiones, si bien de manera soterrada se responsabilizaron mutuamente de tal acto violento, no hay una sindicación directa; en tanto que el Tribunal reconoció que era motivo de discusión la específica participación que tuvieron los acusados Cortés Rojas, Palacios Copete, Guzmán y Rodríguez Moreno en tales hechos.

 Por su parte, el defensor de los procesados Guzmán y Palacios Copete además de citar los mismos apartes del fallo de primera instancia señalados en precedencia, se concentra en estimar desde su particular óptica la capacidad de persuasión de las versiones injuradas de los incriminados Rodríguez Moreno y Guzmán, para concluir la existencia de duda probatoria sobre la responsabilidad penal de sus defendidos en el delito juzgado.

 Pues bien, de la revisión objetiva de los fallos de instancia, observa la Corte que en ningún aparte de las motivaciones los juzgadores dieron por sentado que el postulado de la presunción de inocencia no hubiera sido desvirtuado por la Fiscalía, ni reconocieron la existencia de duda en relación con la materialidad del delito o la responsabilidad de los militares incriminados.

 Por el contrario, en una y otra decisión, aunque fundados en razones probatorias y jurídicas diversas, tanto el a quo como el Tribunal concluyeron que había certeza sobre los elementos de la conducta punible y el compromiso penal de los acusados en su realización; y para evidenciarlo basta citar los apartados de las sentencias impugnadas donde se plasma dicho aserto.

Así, el juzgador de primer grado, luego de valorar la prueba a fin de reconstruir el devenir del suceso criminal y referirse a los elementos del delito de comisión por omisión, en particular a la posición de garante que en abstracto tienen los miembros de las Fuerzas Militares, específicamente en lo que concierne a proteger la vida de los ciudadanos, que también encontró demostrada en concreto respecto de los militares procesados, sin ambigüedades señaló:

*Con la anterior claridad conceptual, y teniendo como plenamente acreditado, que en desarrollo de una operación militar se obtuvo información por fuente humana, que en una vivienda cercana a donde estaba la tropa, se encontraban unos presuntos milicianos, en virtud de lo cual a las 5:45 de la mañana del 18 de mayo de 2004, como lo indició (sic) el CT. SANDOVAL en su indagatoria del 8 de julio de 2009, (folio 62 C No. 4), se le dio la orden a dos equipos de combate de ir a registrar al sitio señalado por [alias] “pecho de lata” con el fin de capturar a los milicianos, es a partir de acá, en nuestro criterio, que surgió para comandantes y subalternos su deber de garantizar la vida de quienes como es sabido en efecto fueron privados de su libertad, no otros que JOSÉ NEFTALÍ POSADA ÚSUGA y FABIO DE JESÚS PIEDRAHITA BETANCUR, y si éstos luego de haberse cumplido el cometido inicial de su retención, aparecen luego muertos, es porque los militares omitieron el cumplimiento de su deber, bien porque no impartieron la orden con claridad, no tomaron los controles de rigor para evitar cualquier abuso, o simple y llanamente dejaron que las cosas continuaran su curso y uno o varios de sus pares matase con sus armas de dotación a los dos ciudadanos.*

*Los aquí procesados CORTÉS, PALACIOS, GUZMÁN y RODRÍGUEZ, de acuerdo a sus propias manifestaciones, (…), son los que con el conocimiento pleno de la orden encomendada de ir a verificar una información para dar con la captura de unos presuntos milicianos, llegaron al sitio donde, según ellos, ya se encontraba [el Cabo] CUESTA en poder de dos civiles retenidos ilegalmente, esto es que su presencia allí, lo es antes de su muerte…, en el presente caso, que el conocimiento [de la conducta punible] fue anterior, como vuelve y se insiste, al punto que los procesados con su actitud omisiva permitieron de manera efectiva esa consumación, de tal manera que frente a los homicidios les cabe responsabilidad por lo que dejaron de hacer o permitieron que otro u otros hicieran, responsabilidad que de igual manera cobija la conducta omisiva de RODRÍGUEZ que estando allí presente omitió su deber de protección a esos ciudadanos.*

 Por su parte, aun cuando el Tribunal consideró que la responsabilidad de los militares incriminados surge de haber realizado por acción la conducta punible de homicidio en persona protegida, valga decir, de haber desplegado conducta positiva que ocasionó el resultado muerte de los civiles, que no en la modalidad de omisión impropia, sus argumentos tampoco dejan resquicio de duda en cuanto a la responsabilidad penal de aquellos, frente a lo cual indicó:

*Ahora, como último punto, el cambio de sus versiones después de seis años, el admitir haber mentido en anteriores oportunidades, cuando incluso [los procesados] habían reconocido haber disparado sus armas de dotación, no encuentra sustento alguno, y por el contrario, unido a los aspectos ya mencionados, solo permite llegar a la conclusión de que siempre han mentido pretendiendo cubrir la participación activa que tuvieron en los homicidios, pues de ser cierta la tesis final que expusieron en la vista pública, no hubieran callado por tanto tiempo, resultando bastante cuestionable que solo hayan decidido decir la verdad cuando toda la prueba recolectada dejaba ver la inexistencia del enfrentamiento y de las bajas en combate.*

*Concluye entonces la Sala que en el homicidio de los dos civiles, participaron las dos escuadras enviadas a registrar la finca El Llanón, es decir, tanto la tropa de Atacador 1, como la de Corcel 2, sin que tenga trascendencia cual (sic) llegó primero, pues lo cierto es que ambas estaban allí.*

Resulta evidente entonces, que en los fallos recurridos los juzgadores de primer y segundo grado no consideraron siquiera remotamente la existencia de duda probatoria a favor de los militares acusados, o la imposibilidad, valorada en conjunto la prueba recaudada, de desvirtuar la presunción de inocencia; de donde el yerro denunciado por los demandantes queda sin sustento.

Cabe destacar, además, que del discurso del defensor de los procesados Guzmán y Palacios Copete surge patente que plantea un debate frente a la valoración de la prueba, pues en el fondo está en desacuerdo con la estimación que de las indagatorias de los incriminados Rodríguez Moreno y Guzmán hizo el Tribunal, ya que considera que de habérsele otorgado credibilidad a sus versiones quedaba demostrada la existencia de duda probatoria sobre la responsabilidad penal de sus representados en el delito juzgado; argumentación que rompe las exigencias de lógica y adecuada fundamentación de la censura que formula, pues debió optar por la vía del error de hecho en la apreciación de la prueba, y no por la senda de la violación directa de la ley.

 Por tanto, no prosperan los cargos.

**3.4 De la falta de congruencia de la sentencia frente a los cargos formulados en la acusación.**

En la sistemática de la Ley 600 de 2000, la acusación delimita los aspectos personal (sujetos), fáctico (hechos) y jurídico (calificación jurídica) a debatir en el juicio, respecto de los cuales la sentencia debe guardar plena concordancia, so pena de desconocer garantías fundamentales del procesado, verbi gratia, el derecho de defensa, luego el juzgador no podrá proferir condena contra persona distinta a la del acusado, ni por hechos diferentes a aquellos que conforman el núcleo fáctico de la imputación, es decir, los que tiene relevancia jurídico penal, como tampoco el juicio de reproche podrá emitirse por delito diverso a aquel por el cual se acusó (CSJ SP, 26 Mar. 2009, Rad. 30936).

 No obstante, la Sala ha reconocido que si bien los aspectos personal y fáctico del pliego de cargos son inmutables, pues no resulta respetuoso de las garantías fundamentales del procesado sorprenderlo con hechos respecto de los cuales no tuvo oportunidad de defenderse, no acontece similar situación con el aspecto jurídico, pues el sentenciador está facultado para proferir condena por conducta punible diferente a la señalada en la acusación, siempre que ésta resulte más favorable al acusado y no desconozca en lo esencial el supuesto de hecho en que se sustenta.

También ha dicho la Corporación que en el procedimiento penal que rigió esta actuación, la acusación es un acto complejo conformado por la resolución acusatoria y el trámite de variación de la calificación jurídica de la conducta punible previsto en el artículo 404 de la normativa en comento, el cual procede a instancia del fiscal o del juez, únicamente cuando estimen que la fijada en la acusación debe alterarse, bien por prueba sobreviniente o por prueba antecedente, advirtiendo que en este último evento la mutación debe estar determinada por un error en la imputación jurídica, ya sea porque se seleccionó mal la norma llamada a regular el caso, se interpretó equivocadamente o se hizo una valoración desafortunada de la prueba, a condición de que se respete, sin excepción, el núcleo fáctico de la imputación (CSJ SP, 8 Nov. 2011, Rad. 34495).

Ahora bien, si la mutación de la calificación jurídica no comporta agravar la situación del procesado porque, por ejemplo, el ente acusador considera que la condena procede por un delito menos grave, se pretende reconocer una circunstancia atenuante de la responsabilidad o degradar la forma de participación en la conducta punible o el tipo subjetivo, no procede acudir al referido mecanismo procesal, sino que así deberá expresarlo el fiscal es sus alegatos de conclusión (CSJ AP, 14 Feb. 2002, Rad. 18457).

Finalmente, si se acude a la variación de la calificación jurídica, el juzgador estará facultado para dictar condena, tanto por aquella especie delictiva deducida en la acusación, como por la conducta punible más gravosa que se propuso en el mencionado trámite, sin que en uno u otro caso ello conlleve al desconocimiento del principio de congruencia (CSJ SP, 8 Nov. 2011, Rad. 34495).

**3.4.1 Segundo cargo** de la demanda formulada a nombre del procesado Juan Carlos Cortés Rojas.

El censor afirma que en la sentencia confutada se desconoció el principio de congruencia, puesto que los falladores de instancia no acogieron la variación de la calificación jurídica planteada por la Fiscalía en la oportunidad señalada en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, cuyo representante mutó de homicidio en persona protegida a favorecimiento de homicidio con el argumento de que los procesados, excepto Enor Enrique Rodríguez Moreno, no participaron a ningún título en la muerte de los ciudadanos Posada Úsuga y Piedrahita Betancur, sino que se limitaron a entorpecer la investigación.

De entrada advierte la Corte que ninguna razón le asiste al recurrente para sostener que entre la sentencia confutada y la resolución acusatoria no se guarda la correspondencia necesaria para predicar su congruencia en el aspecto jurídico, pues conforme a las reglas interpretativas decantadas en la jurisprudencia citada párrafos atrás, el juez está habilitado para acoger en el fallo cualquiera de las calificaciones jurídicas, valga decir, la que se endilgó en la acusación o aquella propuesta en la variación de la calificación jurídica provisional, pues es criterio de la Sala que la consonancia que echa de menos el libelista involucra ambas situaciones.

De otra parte, conviene señalar que atendidos los argumentos expuestos por el fiscal del caso, en orden a sustentar la petición de variación de la calificación jurídica de homicidio en persona protegida a favorecimiento de homicidio, en razón a que, según su apreciación de las pruebas, los acusados no habían realizado la conducta descrita en el artículo 135 del Código Penal, sino la prevista en el artículo 446 ibídem, por cuanto se limitaron a obstruir la investigación; bajo ninguna consideración podía ser acogida por los juzgadores de instancia, por cuanto ello comporta modificar el núcleo fáctico de la imputación, ya que en el plano ontológico no es lo mismo dar muerte a un congénere, que desplegar actos tendientes a encubrir a los autores de una conducta punible.

 Por lo anterior, no prospera el reproche.

 **3.5 De la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida.**

 Como previamente lo expresó la Sala al emprender el estudio de las glosas que los impugnantes formularon acudiendo a la violación directa de la ley sustancial, en tales eventos corresponde al casacionista acoger los hechos y las pruebas, tal cual fueron declarados aquellos y valoradas éstas por el juzgador, pues el debate se da en el plano meramente jurídico, en el caso de la especie, en lo relativo a la aplicación de una norma frente a un específico supuesto fáctico.

 La aplicación indebida de un precepto se origina cuando el sentenciador se equivoca al calificar jurídicamente los hechos o habiendo acertado en su adecuación, desatina al elegir la norma correspondiente a la calificación jurídica impartida, es pues un error de selección (CSJ AP, 26 Feb. 2014, Rad. 42902).

 Ahora, a fin de evidenciar la aplicación indebida de una determinada disposición, el esfuerzo ha de orientarse a constatar la defectuosa adecuación del supuesto fáctico probado respecto de la hipótesis contemplada en el respectivo precepto (CSJ AP, 13 Nov. 2013, Rad. 41683).

 **3.5.1 Segundo cargo** de la demanda formulada a nombre del procesado Enor Enrique Rodríguez Moreno.

 Aduce el actor que el Tribunal incurrió en un error en la calificación jurídica de los hechos declarados como probados en el fallo confutado, pues los tipificó como homicidio en persona protegida (art. 135 C.P.), cuando realmente se estaba frente a un homicidio agravado (art. 104 y 104 ibídem), a un encubrimiento o, incluso, a una complicidad en el delito contra el Derecho Internacional Humanitario.

 Su planteamiento se centra en que el tipo penal por el cual se emitió condena contiene ingredientes normativos que en el caso concreto no se estructuran, tales como que la muerte de persona protegida por el DIH debe acontecer «*con ocasión y en desarrollo de conflicto armado*», y aun cuando los juzgadores de instancia reconocieron la existencia de un conflicto armado en Colombia, nada dijeron respecto de que la muerte de los dos civiles tenga relación «*directa y necesaria*» con dicha contienda.

 Si bien el demandante postula de manera acertada el reproche, no sucede igual con su demostración en la cual se queda corto, puesto que se limita a citar importante jurisprudencia y doctrina, para luego, sin más, concluir que en el caso particular los hechos investigados no se adecúan a la hipótesis comportamental prevista en la norma que estima indebidamente aplicada.

 Adicionalmente, en el desarrollo de su discurso se refiere a una falta de motivación de la sentencia recurrida, como cuando señala que frente a los referidos elementos normativos del tipo nada dijeron los juzgadores de instancia, a pesar de lo cual los dieron por demostrados; y veladamente se refiere a la valoración probatoria, puesto que afirma, no se probó que su defendido conociera que su actuar se desarrollaba en el marco de un conflicto armado, ni que la muerte de los civiles fuera consecuencia directa de un enfrentamiento de esa naturaleza, toda vez que ignoraba que tal situación se presentaba; con lo cual el censor se aparta de las exigencias de lógica y adecuada fundamentación que impone la queja ensayada.

 Al margen de lo anterior, no le asiste razón al recurrente en su pretensión de que en el asunto de la especie los falladores de instancia incurrieron en un error en la calificación jurídica, derivado de considerar el hecho juzgado como homicidio en persona protegida, y no un homicidio común o, en fin, conducta punible distinta a la primera de las señaladas.

 Al efecto resulta conveniente al caso que se resuelve, referir con amplitud el criterio de la Sala plasmado en el fallo CSJ SP, 28 Ago. 2013, Rad. 36460; donde en un caso con similar sustrato fáctico, en el que un civil fue muerto por un grupo de militares que realizaba un patrullaje en el municipio de Bello (Antioquia), haciéndolo aparecer luego como una baja ocurrida en combate sostenido con una banda criminal, al resolver el problema jurídico que gravitaba en torno a si tal homicidio lo era en persona protegida o se trataba de un delito común, expresó lo siguiente:

*A su vez, el artículo 135 de la Ley 599 de 2000 dispone:*

*“Homicidio en persona protegida. El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, ocasione la muerte de persona protegida conforme a los Convenios Internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia, incurrirá en prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años, multa de dos mil (2.000) a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años.*

*“Parágrafo. Para los efectos de este artículo y las demás normas del presente título se entiende por personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario:*

*1. Los integrantes de la población civil.*

*2. Las personas que no participan en hostilidades y (…)*

*8. Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse” (subrayas fuera de texto).*

*Al analizar los elementos estructurales de dicho delito se tiene que se trata de la muerte causada a una persona en un marco específico, esto es, “con ocasión y en desarrollo del conflicto armado”.*

***1. El conflicto armado interno en Colombia***

*Si bien en alguna oportunidad se discutió si en Colombia existía o no un conflicto armado interno en los términos señalados por los cuatro Convenios de Ginebra de 1949[[1]](#footnote-1) y los dos protocolos adicionales de 1977[[2]](#footnote-2), que conforman la más amplia noción de Derecho Internacional Humanitario, hoy en día, en especial con la promulgación de la Ley 1448 del 10 de junio de 2011, se reconoce expresamente la existencia de una tal contienda, según se establece con toda claridad en algunas de sus disposiciones.*

*(…)*

*Así las cosas, sentado está que en Colombia hay un conflicto armado interno, expresamente reconocido por el legislador, así como por esta Colegiatura en múltiples decisiones[[3]](#footnote-3).*

*(…)*

***3. La violación del Derecho Internacional Humanitario***

*Tal como ha sido reseñado a espacio por esta Colegiatura[[4]](#footnote-4), la jurisprudencia internacional ha proporcionado distintos criterios para determinar la existencia de un nexo cercano entre un determinado hecho o situación y el conflicto armado internacional o interno en el que ha tenido lugar, tales como la calidad de combatiente del perpetrador, la condición de no combatiente de la víctima, el hecho de que la víctima sea miembro del bando opuesto, que el acto pueda ser visto como un medio para lograr los fines últimos de una campaña militar, o cuando el acto haya sido cometido como parte de los deberes oficiales del perpetrador, o en el contexto de dichos deberes[[5]](#footnote-5).*

*También ha precisado la jurisprudencia extranjera, en casos de comisión de crímenes de guerra, que es suficiente establecer que “el perpetrador actuó en desarrollo o bajo la apariencia del conflicto armado”[[6]](#footnote-6) (subrayas fuera de texto), y que “el conflicto no debe necesariamente haber sido la causa de la comisión del crimen, sino que la existencia del conflicto debe haber jugado, como mínimo, una parte sustancial en la capacidad del perpetrador para cometerlo, en su decisión de cometerlo, en la manera en que fue cometido o en el objetivo para el que se cometió”[[7]](#footnote-7) (subrayas fuera de texto).*

*(…)*

*Como se declaró en las instancias, conforme a la valoración de las pruebas puede concluirse que la muerte del menor Díaz Galet correspondió a un proceder de las autoridades contrario a su posición de garante, correspondiente a uno de los denominados “falsos positivos”.*

*No hay duda que la oprobiosa práctica de los llamados falsos positivos, en virtud de la cual miembros de las fuerzas armadas causan la muerte a ciudadanos inermes ajenos al conflicto armado, en cuanto carecen del carácter de combatientes por no formar parte de los grupos institucionales y no institucionales involucrados en la contienda interna, ni participar de la misma, para después mostrarlos ante la opinión pública y sus superiores como bajas de un grupo armado ilegal en supuestos escenarios de combate y a partir de ello obtener beneficios como permisos, felicitaciones en la hoja de vida o ascensos, se encuentra íntimamente vinculada con el conflicto armado interno, pues éste es condición necesaria para que tengan lugar tales desmanes.*

*En efecto, es claro que si es en el marco de dicha situación de anormalidad que se exhiben como triunfos los referidos montajes de operaciones bélicas, cuando en verdad se ha ocasionado la muerte de personas civiles, generalmente de escasos recursos, desarmadas, en parajes solitarios, lejos de su contorno y sin la posibilidad de conseguir ayuda alguna que las pueda salvar, sin dificultad se advierte la estrecha relación entre tales graves procederes ilegales y su ocurrencia con ocasión del conflicto armado interno, máxime si los miembros de las fuerzas armadas conocen de las obligaciones que en su condición de combatientes les son exigibles en el ámbito de la estricta guarda del Derecho Internacional Humanitario, y que les prohíbe en forma rotunda involucrar a civiles como objeto de sus acciones armadas.*

 **3.5.2** Conforme a las reglas interpretativas consignadas en la jurisprudencia citada, surge patente que en el asunto de la especie concurren las exigencias típicas del artículo 135 del Estatuto Punitivo, para calificar el hecho juzgado como homicidio en persona protegida.

 En efecto, los falladores de instancia declararon probado que la muerte de los ciudadanos José Neftalí Úsuga Posada y Fabio de Jesús Piedrahita Betancur, no se produjo en un combate entre las patrullas del Ejército Nacional denominadas «*Corcel II*» y «*Atacador I*», de un lado, y un grupo de subversivos de las FARC, de otro, como inicialmente lo sostuvieron los militares involucrados en el luctuoso suceso.

 A esa conclusión arribaron luego de estimar los testimonios de Gerardo Areiza, Germán Elías Areiza Piedrahita y Dorian Nicolás Tapias Restrepo, quienes manifestaron que el día de los hechos se hallaban con José Neftalí desyerbando un cultivo, cuando apareció una patrulla del Ejército en la que iba un hombre encapuchado que señaló al mencionado, procediendo de inmediato los uniformados a propinarle golpes y lanzarle amenazas de muerte, luego de lo cual se lo llevaron y al rato escucharon los disparos que le cegaron la vida y la de Fabio de Jesús, quien casualmente se encontraba en la casa de habitación del primero.

 Tampoco hay asomo de duda en cuanto a que las muertes de los arriba citados se produjeron en desarrollo del conflicto armado, puesto que los procesados se encontraban desarrollando una operación militar denominada «*Motilón*», orden táctica «*Marfil*», cuyo objetivo era realizar un registro en la vereda Chontaduro del municipio de Ituango (Antioquia), con el fin de localizar unos milicianos de las FARC que supuestamente se encontraban en una vivienda del sector conocido como El Llanón, según lo declaró el capitán John Alexander Sandoval Díaz, al mando de la maniobra.

 Y en cuanto al nexo que debe existir entre el conflicto y los homicidios, conforme al criterio de la Corte y la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales, es evidente que el caso particular se trata de un montaje bélico que encaja perfectamente en la práctica de los denominados «*falsos positivos*», en los cuales «*el perpetrador actuó en desarrollo o bajo la apariencia del conflicto armado*»*[[8]](#footnote-8)* (subrayas fuera de texto), y dicha situación tuvo incidencia sustancial *en la capacidad del perpetrador para cometerlo, en su decisión de cometerlo, en la manera en que fue cometido o en el objetivo para el que se cometió”[[9]](#footnote-9) (subrayas fuera de texto),* pues fue precisamente este escenario el que posibilitó la ocurrencia de tales desafueros*.*

 En ese orden, determinado el carácter de civiles de las víctimas, en tanto ni eran combatientes, ni participaban en el conflicto armado interno que vive el país y, por ende, objeto de protección por el Derecho Internacional Humanitario, la conducta de los procesados que los ultimaron se adecua al supuesto previsto en el artículo 135 de la Ley 599 de 2000, por el cual fueron condenados.

 En consecuencia, no prospera el cargo.

 **3.6 De la violación indirecta de la ley sustancial por falso raciocinio.**

La Sala reitera que por esta vía se quebranta indirectamente la ley sustancial, cuando existiendo legalmente la prueba y pese a ser valorada en su integridad, se le asigna un poder de convicción que desconoce los postulados de la sana crítica, vale decir, las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o las leyes de la ciencia.

 En consonancia con lo anterior, el censor no puede quedarse en meros enunciados, sino que a él corresponde la carga de indicar el medio de conocimiento sobre el cual recae el yerro, qué dice objetivamente, qué mérito demostrativo le asignó el juzgador en el fallo atacado, cuál o cuáles fueron las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o las leyes de la ciencia desconocidas por el fallador en la apreciación probatoria y cómo debieron ser correctamente aplicadas, así como su trascendencia en la producción de una decisión arbitraria, al extremo que de no haber incurrido en tal error habría determinado un fallo sustancialmente opuesto al declarado en la decisión impugnada, con indicación de la norma de derecho sustancial que consecuencia de ello resultó excluida o indebidamente aplicada (CSJ SP, 23 Nov. 2000, Rad. 10479; CSJ AP, 18 Ago. 2010, Rad. 33919; CSJ AP, 6 Ago. 2013, Rad. 41368; y, CSJ AP, 20 Nov. 2013, Rad. 42344; entre otros).

Sobre el concepto de las máximas de la experiencia, punto medular que se discute en las glosas examinadas, conviene recordar que esta Corporación ha sostenido que:

*En su carácter de tesis hipotéticas por su contenido, de las cuales se esperan que produzcan consecuencias en presencia de determinados presupuestos, se construyen sobre hechos y no sobre juicios sensoriales, cuya cualidad es su repetición frente a los mismos fenómenos bajo determinadas condiciones* (CSJ, SP, 21 Jul. 2004, Rad. 17712).

 De otro lado, en cuanto al contenido y alcance de las reglas de la experiencia, la Sala ha señalado:

*Ahora bien, la experiencia es una forma específica de conocimiento que se origina por la recepción inmediata de una impresión. Es experiencia todo lo que llega o se percibe a través de los sentidos, lo cual supone que lo experimentado no sea un fenómeno transitorio, sino un hecho que amplía y enriquece el pensamiento de manera estable.*

*Del mismo modo, si se entiende la experiencia como el conjunto de sensaciones a las que se reducen todas las ideas o pensamientos de la mente, o bien, en un segundo sentido, que versa sobre el pasado, el conjunto de las percepciones habituales que tienen su origen en la costumbre; la base de todo conocimiento corresponderá y habrá de ser vertido en dos tipos de juicios, las cuestiones de hecho, que versan sobre acontecimientos existentes y que son conocidos a través de la experiencia, y las cuestiones de sentido, que son reflexiones y análisis sobre el significado que se da a los hechos.*

*Así, las proposiciones analíticas que dejan traslucir el conocimiento se reducen siempre a una generalización sobre lo aportado por la experiencia, entendida como el único criterio posible de verificación de un enunciado o de un conjunto de enunciados, elaboradas aquéllas desde una perspectiva de racionalidad que las apoya y que llevan a la fijación de unas reglas sobre la gnoseología, en cuanto el sujeto toma conciencia de lo que aprehende, y de la ontología, porque lo pone en contacto con el ser cuando exterioriza lo conocido.*

*(...)*

*Atrás se dijo que la experiencia forma conocimiento y que los enunciados basados en ésta conllevan generalizaciones, las cuales deben ser expresadas en términos racionales para fijar ciertas reglas con pretensión de universalidad, por cuanto, se agrega, comunican determinado grado de validez y facticidad, en un contexto socio histórico específico.*

*En ese sentido, para que ofrezca fiabilidad una premisa elaborada a partir de un dato o regla de la experiencia, ha de ser expuesta, a modo de operador lógico, así: siempre o casi siempre que se da A, entonces sucede B.* (CSJ SP, 21 Nov. 2002, Rad. 16472)

**3.6.1 Primer cargo** de la demanda formulada a nombre del procesado Juan Carlos Cortés Rojas.

 Con absoluto desconocimiento de los principios de autonomía y no contradicción, dentro de la censura por violación directa de la ley sustancial, el libelista formula un «*cargo subsidiario al cargo principal, dentro del grupo principal*» por violación indirecta por error de hecho derivado de un falso raciocinio en (i) la valoración de la indagatoria de su defendido y (ii) las reglas «*de la hermenéutica para determinar la coautoría*».

 En relación con el primer aspecto se duele que los falladores de instancia no otorgaran credibilidad a la versión de su representado, vertida en su última salida procesal, esto es, en la audiencia pública de juzgamiento, simplemente porque vino a decir la «*verdad*» seis años después de los hechos y la calló durante sus primeras declaraciones.

 Sin embargo, nada más dice el impugnante, con lo cual resigna demostrar la glosa que postula, en cuyo desarrollo le incumbía indicar la regla o reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o las leyes de la ciencia desconocidas por los juzgadores en la apreciación probatoria y cómo debieron ser correctamente aplicadas, así como su trascendencia en la condena proferida contra su prohijado, nada de lo cual asume, limitándose a señalar que mentir o callar la verdad, y posteriormente decidirse a revelarla, no es razón suficiente para demeritar la capacidad suasoria del testimonio, pues si no, afirma, se establecería una regla en el sentido de «*nunca poder creer a los desmovilizados de justicia y paz*».

 Es necesario precisar que el criterio al que se refiere el demandante, expresado por esta Corporación en la decisión CSJ SP, 15 May. 2013, Rad. 33118, en relación con la capacidad de persuasión de la versión del desmovilizado en el marco de la ley de justicia y paz, que inicialmente no acepta su responsabilidad en la actividad delincuencial del grupo paramilitar al que perteneció, ni delata a otros cabecillas y, en general, calla u oculta la verdad durante varios años, para luego develarla en otro proceso judicial, ello no merma su credibilidad, ni la veracidad de su contenido, puesto que:

*Al contrario, la regla de la experiencia indica que no siempre quien ha cometido un delito lo acepta ante la justicia. Es más, generalmente se admite que ante la carga que tiene el Estado de demostrar la responsabilidad, quien está comprometido en un hecho delictual usualmente niega su vinculación con los actos que se le imputan.*

 Cabe anotar que el anterior raciocinio no quebranta las reglas de la sana crítica, puesto que se edifica sobre la base de que la declaración del testigo que ha faltado a la verdad, ocultado o distorsionado, cuando dicha actitud encuentra una explicación razonable y, además, es corroborado en sus atestaciones por otros medios de convicción, no pierde poder de persuasión, como sí lo sería cuando no hay manera de justificar su inicial actitud procesal o ante la ausencia de prueba de corroboración.

 Al contrario de lo sucedido en la actuación que suscitó el fallo de esta Corporación traído a colación por el casacionista, en el caso sub examine el ad quem no encontró prueba que corroborara el dicho de los procesados, en el sentido de que cuando llegaron al lugar de los hechos los dos civiles posteriormente asesinados se encontraban en poder del Cabo del Ejército Nacional Carlos Medardo Cuesta Pizarro, Comandante de la patrulla denominada «*Atacador I*», a quien supuestamente recriminaron cuando les informó que iba a «*dar de baja*» a los campesinos, como tampoco la halló sobre que de ello informaron a su superior, Capitán John Alexander Sandoval Díaz.

 Así se desprende de los razonamientos del Tribunal, que al respecto señaló:

*Sin duda alguna, las pruebas recogidas a lo largo del proceso dejan ver varios escenarios que se oponen entre sí, pues no puede obviarse que pese a la presunta admisión de algunos hechos por los militares aquí juzgados, a quienes ellos señalan como directos responsables, en sus indagatorias niegan cualquier participación, e incluso [el Cabo] Carlos Medardo Cuesta Pizarro, afirma que fue la tropa de Cortés Rojas la que llegó primero al lugar de los hechos y que cuando él y sus soldados llegaron ya estaban las personas muertas.*

*(…)*

*En principio nada se dijo sobre una fuerte discusión entre los Cabos Cortés Rojas y Cuesta Pizarro, ni sobre los reportes que el primero hacía al Comandante Sandoval Díaz por radio, tampoco se explicó el motivo por el cual el soldado Enor Rodríguez había decidido quedarse y sobre la forma como se encontraron con el Comandante para llegar hasta el lugar, no hay uniformidad al respecto ni mucho menos sobre lo que ocurrió después, si efectivamente ellos fueron quienes registraron la vivienda o simplemente se quedaron prestando la seguridad, siendo aún más evidente la construcción de esta coartada cuando en un principio los indagados implicaron directamente al soldado Enor Rodríguez en el homicidio y aseguraron incluso que él se había atribuido una de las bajas, pero ya con posterioridad, trataron de excusar a este uniformado revelando que él se quedó para tratar de convencer a Cuesta Pizarro de que no procediera con la ejecución; última versión que confirma este soldado cuando afirma que por ser paisano del Cabo Cuesta trató de convencerlo, pero que al no ser posible da la vuelta; afirmación esta que es desvirtuada por el mismo Cabo cuando manifiesta no saber quién es esta persona y explica que tampoco resulta creíble que un soldado se haya quedado desobedeciendo la orden de un superior inmediato.*

*(…)*

*Ahora, como último punto, el cambio de sus versiones después de seis años, el admitir haber mentido en anteriores oportunidades, cuando incluso [los procesados] habían reconocido haber disparado sus armas de dotación, no encuentra sustento alguno, y por el contrario, unido a los aspectos ya mencionados, solo permite llegar a la conclusión de que siempre han mentido pretendiendo cubrir la participación activa que tuvieron en los homicidios, pues de ser cierta la tesis final que expusieron en la vista pública, no hubieran callado por tanto tiempo, resultando bastante cuestionable que solo hayan decidido decir la verdad cuando toda la prueba recolectada dejaba ver la inexistencia del enfrentamiento y de las bajas en combate.*

En esa medida, conforme a las anteriores citas, se advierte que la valoración probatoria realizada por el sentenciador de segundo grado no se ofrece caprichosa, arbitraria o absurda y, por el contrario, asoma respetuosa de los postulados de la sana crítica, cuyo quebranto no logra demostrar el actor, de una parte, debido a las graves falencias de lógica y adecuada fundamentación en que incurre al desarrollar la censura ensayada; y, de otro lado, porque su discurso se reduce a afirmar que en el fallo recurrido se desconocieron aquellas máximas, lo cual no resulta acompasado con la realidad del proceso, como quedó atrás visto.

 En cuanto a la infracción a las reglas de la «*hermenéutica para determinar la coautoría*» de los procesados en el delito juzgado, los argumentos que expone el demandante en orden a demostrar el yerro alegado, resultan incoherentes y absurdos, pues no indica cuáles son tales postulados, si reúnen los requisitos de universalidad permanencia y reiteración para ser catalogados como máximas de la experiencia, la lógica o la ciencia; centrándose el censor en hacer una crítica personal a la circunstancia de que los sentenciadores de instancia acudieran a la jurisprudencia constitucional y al salvamento de voto expresado por una Magistrada de esta Sala, a fin de sustentar la tesis de que el delito se cometió en la modalidad de comisión por omisión, pero prescinde de enseñar de qué manera se violó indirectamente la norma sustancial, que tampoco se ocupa de indicar, dejando ausente de demostración el reproche.

 Así las cosas, no prospera el cargo.

**3.6.2 Cuarto cargo** de la demanda formulada a nombre de los procesados José Berardo Guzmán y Lewis Américo Palacios Copete.

 Denuncia el recurrente que el ad quem incurrió en error de hecho por falso raciocinio, por cuanto valoró de manera disímil las indagatorias de los procesados Cortés Rojas, Palacios Copete, Guzmán y Rodríguez Moreno, habida cuenta que en la sentencia proferida dentro de esta actuación el 16 de septiembre de 2013, no les asignó ningún crédito, mientras que en el fallo emitido el 13 de diciembre de la misma anualidad en el proceso que por los mismos hechos se adelantó separadamente contra Jhon Alexander Sandoval Díaz, Edwin Leonardo Toro y Carlos Medardo Cuesta Pizarro, le dio plena credibilidad a sus versiones, al punto que con base en ellas condenó a estos últimos.

 No obstante referirse el libelista a un tema relacionado con la valoración probatoria de determinados medios de prueba, lo cual en principio permitiría calificar de acertada la postulación de la censura por la senda de la violación indirecta de la ley sustancial, originada en un error de hecho por falso raciocinio, es lo cierto que la inconformidad del impugnante radica en que en sendas sentencias proferidas en dos actuaciones adelantadas por los mismos hechos, el fallador estimó de una manera distinta las indagatorias rendidas por los aquí procesados, lo que en últimas tiene más relación con el respeto por el precedente judicial, que con un error en la apreciación de la mencionada prueba por desconocimiento de las reglas de la sana crítica y la persuasión racional.

 Ahora bien, ningún desarrollo hace el casacionista en torno a la glosa ensayada, limitándose a exponer escuetamente que el juzgador de segundo grado incurrió en el yerro alegado porque no aplicó correctamente los postulados de la sana crítica, con lo cual el actor cae en el vicio lógico de petición de principio, pues pretende que con la sola enunciación de la premisa la Corte tenga por cierta su afirmación, cuando le correspondía indicar cuál fue la regla de la experiencia, principio lógico o ley de la ciencia que desconoció el Tribunal al valorar las indagatorias rendidas por los militares, cómo debieron ser correctamente aplicadas, así como su trascendencia en la sentencia emitida en este proceso, que no en el adelantado contra lo demás militares vinculados a la actuación original, pues el presente recurso de casación se contrae a examinar la legalidad de la sentencia de segundo grado proferida dentro de la presente actuación por el Tribunal Superior de Medellín el 16 de septiembre de 2013, y no a otra decisión.

 Si el propósito era alegar el desconocimiento del precedente judicial por parte del juez colegiado, el demandante debió acudir a la causal de nulidad prevista en el numeral 3º del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, pues en el fondo una irregularidad de ese jaez compromete el principio de igualdad –art. 5º ibídem–, el cual exige que supuestos fácticos iguales se resuelvan de la misma manera y, por consiguiente, con la misma consecuencia jurídica; en cuya demostración debía acudir a las reglas de lógica y adecuada fundamentación previstas para la causal primera de casación.

 De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, en orden a demostrar un vicio de la naturaleza anotada, incumbe al censor la siguiente carga argumentativa:

*La lógica casacional indica que cuando se plantea en esta sede un ataque por desconocimiento de un precedente judicial, como el que se propone en esta demanda, es deber de quien lo postula, (i) demostrar la existencia del precedente, (ii) señalar la regla jurídica creada o la interpretación fijada a través del mismo, (iii) probar su carácter vinculante, (iv) acreditar que los supuestos fácticos del nuevo caso son idénticos a los del anterior, y (v), demostrar que no se está ante una situación que justifique su desconocimiento.*(CSJ AP, 9 Oct. 2013, Rad.39346)

 Al margen de que el libelo no reúne ninguna de las anteriores exigencias, agréguese que la sentencia de segunda instancia emitida el 13 de diciembre de 2013 por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso que por los mismos hechos a los aquí juzgados se adelantó contra Jhon Alexander Sandoval Díaz, Edwin Leonardo Toro y Carlos Medardo Cuesta Pizarro, no puede calificarse como precedente judicial.

 En efecto, entre otras razones, aquel pronunciamiento se emitió con posterioridad a la decisión cuya legalidad aquí se cuestiona a través del recurso extraordinario; fue proferido por un Sala de Decisión Penal diferente a la que emitió el fallo de segundo grado en el caso de la especie; y, principalmente, porque las decisiones proferidas en sede de segunda instancia por los Tribunales Superiores no constituyen precedente, condición que solo es predicable de las dictadas por los máximos tribunales de justicia, entre ellos la Corte Suprema (CSJ AP, 11 Dic. 2013, Rad. 39449 y CSJ AP, 9 Oct. 2013, Rad.39346).

Evidenciadas las graves falencias de lógica y adecuada fundamentación en que incurren los recurrentes al desarrollar las censuras ensayadas, ninguna de las cuales tiene la capacidad de derruir la dual presunción de legalidad y acierto que cobija la sentencia confutada, se inadmitirán las demandas de casación.

 **4.** Resta señalar que no se vislumbra vulneración de garantías que imponga superar los defectos de la demanda, en orden a intervenir oficiosamente para asegurar su protección, conforme lo prevé el artículo 216 de la Ley 600 de 2000.

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

**RESUELVE**

**INADMITIR** las demandas de casación presentadas por los defensores del Cabo Juan Carlos Cortés Rojas y de los Soldados Profesionales Lewis Américo Palacios Copete, José Berardo Guzmán y Enor Enrique Rodríguez Moreno, miembros del Ejército Nacional.

 Contra esta decisión no procede ningún recurso.

 Cópiese, comuníquese y cúmplase. Devuélvase al Tribunal de origen.

**FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO**

**JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO**

**JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTINEZ**

**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

**MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ**

**GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ**

**EYDER PATIÑO CABRERA**

**PATRICIA SALAZAR CUELLAR**

**LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO**

**NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA**

**Secretaria**

1. Colombia aprobó tales Convenios mediante la Ley 5ª de 1960, con vigencia desde el 8 de mayo de 1962. [↑](#footnote-ref-1)
2. Colombia adhirió al Protocolo I mediante la Ley 11 de 1992 y entró en vigor el 1º de marzo de 1994. También adhirió al Protocolo II mediante la Ley 171 de 1994. [↑](#footnote-ref-2)
3. Cfr. Sentencias del 21 de julio de 2004. Rad. 14538; 15 de febrero de 2006. Rad. 21330; 12 de septiembre de 2007. Rad. 24448; 27 de enero de 2010. Rad. 29753; y 24 de noviembre de 2010. Rad. 34482, entre otras. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencia del 23 de marzo de 2011. Rad. 35099. [↑](#footnote-ref-4)
5. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002. [↑](#footnote-ref-5)
6. *Ídem*. [↑](#footnote-ref-6)
7. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, casos de *Fiscal vs. Enver Hadzihasanovic y Amir Kubura*, sentencia del 15 de marzo de 2006, y *Fiscal vs. Sefer Halilovic*, sentencia del 16 de noviembre de 2005. [↑](#footnote-ref-7)
8. *Ídem*. [↑](#footnote-ref-8)
9. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, casos de *Fiscal vs. Enver Hadzihasanovic y Amir Kubura*, sentencia del 15 de marzo de 2006, y *Fiscal vs. Sefer Halilovic*, sentencia del 16 de noviembre de 2005. [↑](#footnote-ref-9)