

164.

REPUBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DESCONGESTION**

Medellín, veinte (20) de mayo de dos mil catorce (2.014)

MAGISTRADO PONENTE: Dr. GUILLERMO JOSÉ MARTÍNEZ CEBALLOS.

APROBADA POR ACTA No. 57

RADICADO 2013-1401-3

Radicado del juzgado 05-756-31-04-001-2013-0003-00

OBJETO DE LA DECISIÓN

Ha llegado a esta Sala el proceso seguido contra HERLEY ARIAS MORA, JULIO CESAR DURAN RINCON, JHON JANDER ORTIZ HIGUITA, RAMIRO DE JESUS CARVAJAL Y ALFREDO SEGUNDO DIAZ OQUENDO procesados por el delito de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, para que se resuelvan los **Recursos de apelación** interpuestos, por el procesado JULIO CESAR DURAN RINCON y por el doctor FRANKLIN DANILO LAITON ROJAS, defensor de los procesados, contra la sentencia de fecha 28 de mayo de 2013, proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Sonsón, Antioquia, despacho que condenó a HERLEY ARIAS MORA, JULIO CESAR DURAN RINCON, JHON JANDER ORTIZ HIGUITA, RAMIRO DE JESUS CARVAJAL Y ALFREDO SEGUNDO DIAZ OQUENDO por el delito de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, imponiéndoles la pena principal de trescientos setenta y dos (372) meses de prisión, multa de dos mil (2.000) S.M.L.M.V., la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de quince (15) años, se les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena como la

prisión domiciliaria por intramural, debiendo cumplir la sentencia en privación de la libertad, no se condenó en perjuicios.

SUPUESTOS FÁCTICOS:

Están registrados en la sentencia de la siguiente manera:

"Los hechos que generaron la presente investigación se presentaron el Dos (2) de febrero de dos mil cinco (2005), en el sector inicialmente conocido como la Vereda El Pital, que de acuerdo a los mapas corresponde al área rural del municipio de Argelia; sitio donde las tropas de la Compañía Destructor 5 adscritos al batallón de contraguerrilla N° 4 "Granaderos", en cumplimiento de la operación que denominaron Ejemplar-Misión Táctica Epopeya, al mando del Sub Teniente HERLEY ARIAS MORA, informaron de la presunta existencia de un enfrentamiento armado, donde falleció, mediante el cruce de disparos de arma de fuego, un presunto subversivo reportado inicialmente como NN, siendo posteriormente identificado como JHON JAIRO ARANGO, quien según sus familiares era un campesino dedicado a las labores agrícolas; el combate le fue informado, al entonces comandante del batallón Juan del Corral".

ANTECEDENTES PROCESALES.

Mediante oficio 021 BR 4- COMBCG4- CDO 375 e un informe de bajas en combate, fechado en Bello del 2 de febrero de 2005, se comunica al BRIGADIER GENERAL, COMANDANTE CUARTA BRIGADA, de Medellín, de los hechos ocurridos el 02 de febrero de 2005, durante el desarrollo de la Operación militar "EJEMPLAR" misión Táctica EPOPEYA donde tropas del batallón de Contraguerrillas No 4 Granaderos con la compañía Destructor 5. Al mando del ST ARIAS MORA HERLEY sostuvieron contacto armado contra terroristas de las ONT-FARC Frente 47 en zona rural de la vereda PITAL en las coordenadas 05° 40'02" 075°06' 43" jurisdicción del Municipio de Argelia en donde se dio de baja un NN Masculino y se incautó material de guerra.

A su vez, en informe dirigido a la Jueza 24 de Instrucción Penal Militar por parte del Sargento Vice Primero JIMENES SANCHEZ JOSE MARIA, se determina los nombres de los miembros del ejército nacional que participaron en el operativo en donde fue dado de baja un guerrillero NN el 02 de febrero de 2005.

A estos informes se aportaron copia de la NECRODACTILIA, realizada por la Policía Nacional Sijin De Ant., en el municipio de Argelia, Antioquia, el 4 de febrero de 2005, a las 8:30 am, en la morgue municipal, en donde en sus observaciones se dejó la siguiente: "Reconocido por JOSE ALBEIRO JARAMILLO QUINTERO como JHON JAIRO ARANGO cc 18.615.638" además se aportó copia de fotografías del occiso (f57-64), también se anexó copia del Certificado de Defunción D456457 correspondiente a JHON JAIRO ARANGO (f114)

En la misma forma el oficio firmado por el secretario de Gobierno Municipal, en el cual se comunica al Comandante del batallón Contraaguerrilla Nro. 4 "Granaderos" la imposibilidad de desplazarse para realizar la inspección a cadáver en el sitio de los hechos, (vereda El Pital) por la situación de orden público, y se solicita sea transportado el mismo hasta la cabecera municipal del Municipio de Argelia.

Informe de operaciones de los hechos sucedidos en la vereda la Quebra de Argelia, rendido por parte del ST HERLEY ARIAS MORA, en el cual sobresale que dicha actividad fue realizada con la participación de guías quienes según identificaron al occiso, existió interceptación de comunicación, la participación de un grupo especial antiexplosivos, además se narró los hechos de la siguiente manera:

"El día 02 de febrero siendo las 04.00 am se inicia desplazamiento táctico en infiltración de la Vda la Quebra hacia el guamal, siendo las 06:00 se notan movimientos extraños hacia la Vda el indial y se dejan los equipos con "06" u procedemos con "05" siendo las ...la compañía Alcatraz desarrollo contacto armado en la Vda el Guamal, se logra tomar una comunicación de los bandidos en la cual informaban q' estaba un grupo perdido y al tomar dirección al

punto colgante sobre el río negro, razón por la cual monte emboscada sobre este sector; al estar emboscado por razón de 4 horas siendo las 15:00 aproximadamente se nota la presencia de 03 bandidos con armas largas en dirección del punto colgante por el mismo margen del lugar de la emboscada; se pierden de vista alrededor de 5 a 10 minutos; razón por la cual se ordena movernos en dirección a los bandidos vistos anteriormente con distancia entre 100 y 150 metros entre sí uno de ellos detecta la presencia de la tropa y abre fuego de inmediato y comienza el intercambio de disparos el cual se prolonga x espacio de 5 a 10 minutos en el cual nos aferramos al terreno desde una parte alta.....de nuestra posición. Una vez controlada la situación se procede con el registro del área (sic) y se visualiza a terrorista en posición de cubito dorsal, al hacer carnos (sic) al cuerpo son hallados 02 minas de precisión recién instaladas y un faro amarillo x tensión sin ser instalado aun (sic); se ordena al CS Ortega del Biosp verificar las minas y son destruidas, al llegar al cuerpo se notan q' el cuerpo presenta rastros de haber sido arrastrado pero no se encontró su arma de dotación se pudo encontrar 01 granada de fragmentación y un radio en la maraña Motorola Op 68"

Acta de inspección a cadáver, realizada el 4 de febrero de 2005, a las 8:30 am, por la Secretaria de Gobierno Municipal de Argelia, el cuerpo presentaba camuflado, camiseta verde oscura, botas pantaneras, heridas en la región del pecho, en el brazo y en la pierna. ,

Informe de operaciones de los hechos sucedidos en la vereda la Quebra de Argelia, rendido por parte del OSCAR ENRIQUE DUEÑAS BARRERA, en el cual sobresale que dicha actividad fue realizada con la participación de guías quienes señalaron a la tropa que guerrilleros realizan movimientos en el sector del Rosario, el Diagal, la Quebra, El Guamal llegando al sector de mesones y cristales, en esa fecha se apoyaron de los guías quienes conocen en el terreno y reconocieron al occiso, la participación de un grupo especial antiexplosivos, además se narró los hechos de la siguiente manera:

"El día 02 de febrero del 2005 se inicia movimiento del sector de la Quebra dirección de Guamal, a las 06 h aprox se observan movimientos extraños en la Vía el Indial, destructor 5 inicia movimiento dirección el Pital Destructor 6 deja un personal con los equipos de combate y asegura las partes altas, las dos unidades colocan seguridad escalonada. A las 07:30 aprox. Destructor 5 se encuentra en el cañón del Pital, observa un grupo pequeño de

bandidos a gran distancia y se realiza un intercambio de disparos, a las 10 h aprox. La compañía A entra en combate en el sector del guamal, de acuerdo a las comunicaciones que se escanean a los bandidos se ordena montar emboscada sobre el río negritos y el sector del Pital. A las 15 horas aprox. Informa por radio destructor 5 que se encuentra en combate, las unidades que estaban la parte alta apoyan al personal que se encontraba más en el cañón, 20 minutos aprox. Informa destructor 5 tener un bandido dado de baja, solicita el grupo Exde y se envía, este grupo destruye un campo minado que se encontró (sic) cerca del bandido abatido. Se ordena tomar las fotos correspondientes y por las características de4l terreno se solicita salir hacia el sector de la Quiebra recuperando 01 radio scanel Motorola, 01 granada de mano, no se encontró arma larga ni corta."

"

Se aportó la necropsia número 002, de fecha 4 de febrero de 2005, realizada en el Hospital San Juan, por el médico Legista, de la persona identificada inicialmente como NN y quien luego se supo que correspondía a JHON JAIRO ARANGO, así como fotografías del cadáver en el lugar de los hechos.

Con fundamento en esas piezas procesales el Juzgado 27 de Instrucción Penal Militar ante la Cuarta Brigada, el 9 de marzo de 2005, procede a iniciar investigación previa en averiguación de responsables del delito de Homicidio.

Se anexo al proceso la constancia de fecha 4 de febrero del 2005, en la cual se señala que ante la Secretaria de Gobierno del Municipio de ARGELIA se presentó en esa fecha MARIA ORFARY ARCILA OROZCO con el fin de manifestar que el cadáver que se encontraba en la morgue pertenecía a su esposo, quien en vida respondía al nombre de JHON JAIRO ARANGO, identificado con la cédula de ciudadanía número 18.615.638 expedida en Santa Rosa de Cabal además se anexo registro civil de nacimiento.

Declaración de reconocimiento de cadáver rendida por JOSE ALBEIRO JARAMILLO QUINTERO, quien en esa declaración manifestó que el 1 de febrero de 2005 desapareció de la vereda El Pital una persona de 32

años, quien trabajaba de la agricultura, vivía en el indial, tenía que ir a la Quebra, para quemar un rozaio y no llegó a su sitio, que los únicos que habían eran gente del ejército, que él se encontró con ellos y le dijeron "tranquilo que somos Ejército (sic) Nacional.

Anotaciones que registraba el occiso en la Fiscalía general de la Nación, como antecedentes penales.

Se escuchó la declaración del Sub Teniente HERLEY ARIAS MORA, JHONNY ALEXANDER AMAYA MORALES, sobre la existencia de un combate y el deceso en ese enfrentamiento de un guerrillero, así como la declaración el soldado profesional RAMIRO DE JESUS CARVAJAL, y declaró el soldado profesional JHON JANDER ORTIZ HIGUITA, sobre un combate y en el mismo sentido las declaraciones del cabo tercero JULIO CESAR DURAN RINCON, el soldado profesional ALFREDO SEGUNDO DIAZ OQUENDO, y del guía del Ejército reinsertado IVAN DARIO ARANGO GIRALDO.

El señor ASDRUBAL QUIROGA, Coordinador del área de Atención y Prevención del Programa Presidencial de Derechos Humanos y derecho Internacional Humanitario, envió correspondencia a la Fiscalía General de la Nación, enviando copia de la comunicación enviada por ONG, de Derechos Humanos, en la cual se informa que JHON JAIRO ARANGO, fue retenido ilegalmente por el ejército y luego dado de baja en combate.

A su vez, la Defensoría del Pueblo, el 7 de marzo de 2005, envía copia de correo electrónico que en donde se denuncian los hechos sobre una ejecución extrajudicial cometida por integrantes del Ejército Nacional en contra del señor JOHN JAIRO ARANGO.

Se presentó demanda de constitución de parte civil por la señora MARIA ORFARI ARCILA OROZCO.

Mediante auto de fecha 22 de junio de 2005, el Juzgado 24 de Instrucción Penal Militar, inició la investigación penal por el delito de homicidio en contra de HERLEY ARIAS MORA, JULIO CESAR DURAN RINCON, JHON JANDER ORTIZ HIGUITA, RAMIRO DE JESUS CARVAJAL Y ALFREDO SEGUNDO DIAZ OQUENDO.

Se aportó a la investigación el estudio de Balística Forense de fecha agosto 12 de 2005, Dictamen B.F. N| 1152, de la Fiscalía General de la Nación, en el cual se determinó que de acuerdo a las heridas que presentaba el occiso, **"las trayectorias de los disparos que causó las lesiones al hoy occiso fueron Postero-anterior (de atrás hacia adelante), Infero-superior (de abajo hacia arriba) y de izquierda a derecha, teniendo en cuenta la posición anatómica del cuerpo, con una dirección marcada diagonal-posterior izquierda"** a su vez se aportó al proceso el formato de descripción de trayectorias, balística y explosivos, de la Fiscalía General de la Nación.

Se hizo llegar copia de la sentencia dictada por el delito de Tráfico, Fabricación y Porte de Estupefaciente, de fecha 29 de septiembre de 2003 y otros elementos de esta naturaleza.

Diligencia de injurada del procesado HERLEY ARIAS MORA, en ella narra que luego de realizar operaciones militares en el sector de la vereda La Quiebra, se produjo la existencia de un combate armado, con varios miembros de la guerrilla, y en dicho enfrentamiento se produjo la baja de un subversivo. Que una vez limpiaron el sector de explosivos trajeron a los guías quienes señalaron que el occiso era miembro de la guerrilla, y había hecho curso de explosivos. Señala haber disparado hacia donde le disparaban con su Fusil Galil 0961. En el mismo sentido se escuchó las indagatorias de JULIO CESAR DURAN RINCON, cabo segundo quien narra los hechos señalando que les dispararon cuando se encontraban realizando labores de la operación EPOPEYA y que los que estaban con él eran SL CARVAJAL adelante seguido por SL. ORTIZ HIGUITA, luego le seguía el SL. DIAZ OQUENDO, seguía él y luego el Teniente ARIAS. Bajo los mismos términos del combate la recepción de la injurada de SLP JOHN

JADER ORTIZ HIGITA, SLP RAMIRO DE JESUS CARVAJAL, SLP ALFREDO SEGUNDO DIAZ OQUENDO.

Se hizo llegar la constancia de las Fuerzas militares correspondiendo a los datos de JULIO CESAR RINCO, SLP RAMIRO DE JESUS CARVAJAL, JOHN JADER ORTIZ HIGITA, SLP ALFREDO SEGUNDO DIAZ OQUENDO y las respectivas copias de cédulas de ciudadanía por los que los procesados están individualizados e identificados en sus indagatorias y con sus documentos respectivos. (f. 242-254).

Las declaraciones de HECTOR DE JESUS ARANGO GIRALDO quien no estuvo en el lugar del enfrentamiento pero señala que el occiso era miembro de la guerrilla. Se receptionaron las declaraciones de ROSA ELENA BETANCOURT, MOISES ARANGO GARCIA, personas que conocieron al occiso como campesino y SILVIA HERNANDEZ GIRALDO, funcionaria que realizó la inspección o levantamiento de cadáver. La del cabo Segundo JUAN CARLOS ORTEGA GARAVITO en la cual señala que si se hizo una desactivación de minas personales en la fecha de los hechos.

Mediante resolución de fecha 7 de junio de 2006 se procedió a definir situación jurídica por el juzgado once de instrucción penal militar procediendo a resolver absteniéndose de dictar medida en contra de los procesados. Posteriormente se ordenó la cesación de procedimiento a favor de los procesados, por parte del juzgado 11 de Instrucción Penal Militar mediante auto de fecha 21 de julio de 2006. Oficio solicitando las copias del expediente por la fiscalía general de la nación, recurso de apelación de la Procuraduría General de la Nación sobre la cesación de procedimiento, solicitud de colisión de competencia, envió al Consejo Superior de Judicatura del expediente y su definición por el mismo el 7 de marzo de 2007 otorgando la competencia a la Justicia Ordinaria.

Resolución del 1 de junio del 2007 en el cual se admite la competencia por la justicia ordinaria y se tramita el proceso por la Fiscalía General de

la Nación, unidad nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, fiscalía 22 especializada.

Ampliación de injurada de JHON JANDER ORTIZ HIGUITA quien señaló que ese día vieron varias minas en el camino y no hicieron nada por desactivarlas, solo se desactivaron las que estaban cerca al cadáver. Que el grupo de soldado estaba por debajo de donde estaban los guerrilleros, y cuando los guerrilleros los vieron comenzaron a disparar y respondieron el ataque, que estaban como a diez metros y cuando estaban cerca estaban más bajo pero en lo alto. Que existió un combate y en el resultado muerto un guerrillero. ALFREDO SEGUNDO DIAZ OQUENDO, en su ampliación dijo que lo que hubo fue un combate. En los términos de la existencia de un combate fue la injurada de RAMIRO DE JESUS CARVAJAL.

Ante la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, se hizo presente el señor JESUS ANTONIO OCAMPO GIRALDO, quien conoció al señor JHON JAIRO ARANGO y además la señora MARIA ORFARY ARCILA ORZCO como también DARIO DE JESUS ARANGO ARANGO y MARIA LILIANA ARCILA RAMIREZ

Ampliaron sus injuradas HERLEY ARIAS MORA y JULIO CESAR DURAN RINCON y el 5 de enero del 2012, mediante resolución de esa fecha, la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Fiscalía 22 Especializada, procedió a definir la situación jurídica de HERLEY ARIAS MORA, JULIO CESAR DURAN RINCON, JHON JANDER ORTIZ HIGUITA, RAMIRO DE JESUS CARVAJAL Y ALFREDO SEGUNDO DIAZ OQUENDO procesados por el delito de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, imponiéndose medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin beneficio de excarcelación.

Apelada la decisión, la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Fiscalía sesenta y dos, el 30 de

abril de 2012, confirmó la decisión como coautores del delito de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA

Se decretó el cierre parcial de la investigación el 19 de junio del 2012, el cual afectó la investigación contra HERLEY ARIAS MORA, JULIO CESAR DURAN RINCON, RAMIRO DE JESUS CARVAJAL, JHON JANDER ORTIZ HIGUITA Y ALFREDO SEGUNDO DIAZ OQUENDO procesados por el delito de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA.

La Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Fiscalía 22 especializada, procedió a calificar el mérito del sumario y se formuló acusación contra HERLEY ARIAS MORA, JULIO CESAR DURAN RINCON, JHON JANDER ORTIZ HIGUITA, RAMIRO DE JESUS CARVAJAL Y ALFREDO SEGUNDO DIAZ OQUENDO procesados por el delito de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, en la persona de JHON JAIRO ARANGO, se negó beneficios de libertad provisional. Decisión que fue apelada y confirmada el 14 de noviembre de 2012 por la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Fiscalía sesenta y dos .

En reparto le correspondió el proceso al Juzgado Penal del Circuito de Sonsón, despacho que dejó a disposición de las partes para el art. 400 del c. p. p. luego se realizó la audiencia preparatoria y se celebró la audiencia del Juicio público oral y contradictorio y se dictó sentencia Condenatoria el 28 de mayo de 2013, despacho que condenó a HERLEY ARIAS MORA, JULIO CESAR DURAN RINCON, JHON JANDER ORTIZ HIGUITA, RAMIRO DE JESUS CARVAJAL Y ALFREDO SEGUNDO DIAZ OQUENDO por el delito de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, imponiéndoles la pena principal de trescientos setenta y dos (372) meses de prisión, multa de dos mil (2.000) S.M.L.M.V., la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de quince (15) años, se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena como la prisión domiciliaria por intramural,

debiendo cumplir la sentencia en privación de la libertad, no se condenó en perjuicios.

DE LA SENTENCIA APELADA

Apelación del procesado JULIO CESAR DURAN RINCON.

En su primer escrito, señala que solicita:

- 1) Nulidad de lo actuado por violación a las garantías fundamentales y constitucionales del "El juez competente" y por violación del artículo 29 de la Constitución ya que fue juzgado con base a la ley 600 de 2000, siéndole aplicable para el caso en concreto la ley 906 de 2004, vigente a partir del 31 de enero del 2005 en el territorio nacional,
- 2) De no aceptarse esa nulidad se revoque el fallo emitido en su contra.

Sobre la nulidad señala que los hechos ocurrieron el 1 de febrero de 2005, siendo que el artículo 11 de la ley 600 de 2000 determina la necesidad de ser juzgado por el Juez natural, conforme a las leyes preexistentes al momento del hecho y por el juez o tribunal competente.

Por tanto para el 1 de febrero del 2005, se hallaba vigente la ley 906 de 2004, razón por la cual considerando la fecha de la sanción, promulgación, en el territorio nacional, debió tramitarse este proceso por medio de las normas señaladas en la ley 906 de 2004.

Además que se tramitó este proceso por el Juez del Circuito de Sonsón, quien alegó que tenía competencia residual del artículo 7º literal b y no es así, debió ser juzgado por el juez del circuito especializado de Antioquia, en la medida que los hechos ocurridos fueron posterior a la

vigencia de la ley 600 de 2000 y por ello el Homicidio en Persona Protegida es competencia de dichos jueces especializados.

Que se decrete la nulidad a partir de la resolución de acusaciones, ya que en la ley 906 de 2004 no hay sino escrito de acusación, Oral con mayor claridad, traslado de pruebas, posibilidad de acuerdos y negociaciones. A su vez decrete la invalidez de los actos procesales, inclusive la pruebas.

Con relación a la ratificación de su inocencia, señala que si bien esta probada la muerte de JHON JAIRO ARANGO, pero nunca que esa muerte fuera por las armas de los soldados o de los guerrilleros.

Que en la zona existía abundante presencia del Frente 47 de la FARC, y de las antiguas AUC, quienes permanentemente mantenían combates y existía sometimiento de la población civil y se trataba de vincular a los moradores a dichas organizaciones.

Se probó que dos compañías militares estaban patrullando el sector y a su vez que la muerte de JHON JAIRO ARANGO fue el 1 de febrero del 2005, en la vereda el Pital de Argelia, Antioquia.

Que al occiso le encontraron un radio teléfono para escanear comunicaciones, es decir para saber que estaba haciendo la tropa, además de una granada de fragmentación y minas antipersonales, las cuales se detonaron en presencia de la Policía nacional de Antioquia.

Se probó que el ejército nacional no dio de baja a JHON JAIRO ARANGO, por antecedentes penales y se probó la amistad con algunos moradores de la región.

Sin embargo señala que MARIA LILIANA ARCILA RAMIREZ, se contradice en tres aspectos, no dijo nada en principio de la presencia de JHON JAIRO ARANGO en su vivienda cuando se buscaba por varias personas,

se contradice con lo dicho por los reinsertados de la FARC en cuanto a que hacía el procesado cuando se lo llevaron y su profunda amistad con la víctima. Señala que no tiene lógica que se diga que se amenazó a la testigo y se le diga que se llevan a la persona para que converse con el comandante, ya que quien tranquilizaría a la declarante sería el ejército nacional y no otros sujetos. Que este testigo debe analizarse en debida forma, ya que en la zona existía la injerencia de grupos armados como la guerrilla, por lo que por estrategia les puede ser útil desprestigiar al ejército nacional, por lo que en cuanto a que hacía, según María, la víctima, en ese aspecto mintió esta declarante.

Que la declarante reconoció a uno de los soldados que era de Montenegro, Quindío, y quien le ofreció administrar un bar, que luego la amenazaron, siendo que nada de eso se probó, generándose lastima, temor, y se perturbó la psiquis del juzgador y no se tuvo en cuenta que esta testigo declaró luego de un largo tiempo y por ello tampoco se analizaron las pruebas en conjunto.

Que duda de la existencia de esta testigo en el lugar de los hechos, porque se contradicen lo dicho por JESUS ANTONIO OCAMPO GIRALDO y MARIA LILIANA sobre la distancia y el tiempo que existía entre el sitio de la presunta muerte del occiso y la casa de MARIA LILIANA, así como otros detalles de sus declaraciones.

Que el juez no observó que JHON JAIRO estaba haciendo algunas cosas con otras personas, ya que aplazó la labor que tenía pendiente en esos días, que DARIA ARANGO señaló conocer al encapuchado como JOHNJAIRO ARANGO por los ojos y por los labios, siendo que precisamente el objeto de la capucha es desubicar a la presunta víctima, encegucarla, y a pesar de ello nadie aviso a las autoridades de esos hechos.

Que el juez se equivocó porque los militares no ascienden por resultados, no es regla de la experiencia, por lo que existió un falso juicio de existencia por suposición.

Que varios civiles reconocen la existencia de balaceras antes de los hechos, que eran frecuentes, por tanto no se puede descartar la existencia del combate que señala HERLEY ARIAS MORA.

Siempre se ha señalado que la presunta víctima se señala como una persona decente, lógicamente considerando que era vecina de la zona y que ello debe afectar las declaraciones de los testigos, además que no se individualizó a los militares, en el crimen de la aprehensión.

Que el juez no buscó la verdad de los hechos, nunca analizo en debida forma la retractación de los desmovilizados, y existen contradicciones que generan un falso juicio de existencia por suposición.

Que el juez señalo que no hubo combate, no hubo minas, no hubo granadas ni amras, tood fue imaginario, por lo que prestó mas atención a los alegatos de las partes que a las pruebas siendo nocivo para la sentencia.

Solicita la nulidad de la sentencia o que se revoque la misma.

En su segundo escrito retoma aspectos señalados en el primero y señala que todos los miembros de la compañía DESTRUCTOR 5 y 6 se han declarado inocentes de los hechos que se les sindicó, aun ofreciéndoseles rebajas de penas, ya que no pueden apoyar injusticias que se están cometiendo en su contra producto de la presión periodística y mediática que existe en el país, con el tema de los "Falsos Positivos" donde a muchos guerrilleros los están vistiendo como humildes campesinos y todos los aparentes campesinos que da de baja el Ejército nacional pertenecen a JAL u ONG, entidades que luego corren a financiar las investigaciones penales en contra de los militares, entidades

que nunca apoyan a las víctimas de la guerrilla o de las AUC sino las víctimas aparentes de órganos del Estado.

Que en el recaudo probatorio aportado por los soldados existe coherencia absoluta, ni detalle perverso que permita inferir un complot desbordado de un acto criminal concertado, la existencia de dos guías de la FARC, la existencia de personal de antiexplosivos, similitud en las declaraciones en cuanto al día y hora aproximada de los hechos, concordancia con el lugar y que en la zona había permanente presencia de la guerrilla y que un día antes de la supuesta desaparición de JHON JAIRO ARANGO había existido un ataque de la guerrilla en el que hubo defensa de parte de las Fuerzas del Estado.

Que la primera instancia no tuvo en cuenta lo dicho por estos testigos, sino que se dedicó a prestarle atención a lo dicho por la Fiscalía y la Parte Civil en sus alegatos, e incluso se olvidó de motivar la sentencia probatoriamente, porque no es lo mismo transcribir las pruebas que existen en un proceso, de manera escrita, y decir que eso es una motivación. A entrelazar ese medio probatorio con un método deductivo o inductivo, o si se quiere persuasivo para obtener un resultado tan nocivo como lo es una sentencia CONDENATORIA.

Que el juez no argumentó su sentencia bajo ninguna de las prueba, le prestó mérito solamente a las más nocivas y en tan solo media página, consideró las declaraciones de los retractados ex guerrilleros de las FARC -EP-F 47 IVAN Y HECTOR ARANGO quienes tiñen de negro el caso y con sus declaraciones que están viciadas por tener razones de sobra ya que fueron enemigos de sus causas.

Realizó argumentos estúpidos y vagos el Juez de primera instancia, violentando las reglas de la sana crítica, como por ejemplo que llevaban la ropa que le iban a poner al occiso cuando esta presentaba impactos de bala y orificios en ella, que las declaraciones retractadas en la audiencia de los exguerrilleros de las FARC, concuerdan aun en datos

que suministraron anteriormente, y se les cercenó al valorarlas, por lo que se incurrió en falso juicio de existencia por cercenamiento, porque cogio pequeños y confusos apartes de dichas declaraciones y no aplicó un análisis y raciocinio detallado y no se apegó a las reglas de la sana crítica.

Que la sentencia describe el móvil de la conducta con análisis propios de un blog de periódico o con verdaderos "imaginarios jurídicos" donde se abandona la norma y se aplica las vías de hecho o los pensamientos judiciales, donde no es la constitución vigente, sino, el pensamiento perverso del más fuerte.

Que las declaraciones de MARIA LILIANA ARCILA RAMIREZ, y otros testigos, son contradictorias en cuanto al momento y la forma como fue llevado, según esos testimonios, JHON JAIRO ARANGO, del lugar donde fue retenido primariamente y además nadie sabía que hacia esa persona en esas tierras, sin que se pudiera desmentir la calidad de guerrillero.

Solicita se revoque su sentencia.

Apelación del defensor de los procesados

Establece que:

El fallo debió ser absolutorio, debido a que todos los elementos probatorios y las contradicciones surgidas evidencian que la presunción de inocencia no se desvirtuó.

No corresponde a la realidad que se haya desistido del testimonio del señor JUAN CARLOS ORTEGA GARAVITO.

Se hace una imprecisión en el sentido que JULIO CESAR DURAN RINCON ascendió al grado de capitán, pues un sub oficial no puede llegar en ese ascenso sino en los grados de sub oficiales y no de oficiales, por lo que se desconoce la carrera militar y el trasegar militar.

No se dio la palabra al señor JHON JANDER ORTIZ HIGUITA para fines de responsabilidad, en la audiencia pública, por lo cual fue un acto irregular, aunque no intencional, lo cual no garantiza el derecho a la defensa.

Se señaló que HARLEY ARIAS MORA hizo narraciones que no corresponden a la verdad, sin embargo no se consideraron declaraciones de civiles que indican la existencia de un combate armado.

Las manifestaciones de la defensa en nada pueden sustentar una condena, y menos determinación de responsabilidad, así como lo que se diga o deje de decirse sobre pruebas, tales como el análisis de trayectoria de las balas en el occiso, ya que las afirmaciones o negaciones sobre ese aspecto deben analizarse bajo la dinámica de los cuerpos en actitud de combate lo que se llama fuego y movimiento.

Que se deriva del testimonio de la señora ARCILA RAMIREZ, identificación de un soldado, conclusión que se arriba en forma ligera por cuanto el reconocimiento fotográfico o en fila de personas nunca se hizo, por lo que pretender derivar certeza que el soldado sea RAMIRO CARVAJAL caen en muchas imprecisiones.

Que también sobresalen incertidumbres del testimonio de DARIO DE JESUS ARANGO e IVAN DARIO ARANGO, ya que afirmaron algo antes del juicio y luego variaron su dicho, por lo que también deben ser juzgados en la coparticipación en los hechos.

La retractación de IVAN DARIO ARNAGO es curiosa y sobre todo en cuanto a la forma como conoció al occiso.

La declaración de la señora ARCILA RAMIREZ sobre la existencia de amenazas nunca se probó y se contradice en la forma como fue retenido el occiso porque esta señala que se fue con miembros del ejército y en otras declaraciones como la de IVAN DARIO ARNAGO GIRALDO ya que este señaló que los miembros del ejército nacional e hicieron pasar por miembros de la guerrilla.

Que el testigo DARIO DE JESUS ARANGO ARANGO señaló haber visto con vida a JHON JAIRO portando capucha negra, y no se tuvo en cuenta que los informantes también se ponen capuchas para no ser reconocidos, por lo que no pudo ser el occiso quien llevara esas prendas. Debe recordarse que IVAN DARIO ARANGO señaló llevar un camuflado, además que IVAN DARIO, debe ser un declarante que actúa de buena o mala fe cuando su intención es recibir beneficios del ejército, y al no cumplírsele busca prebendas en la fiscalía.

Que se desistió del testimonio del hermano de IVAN DARIO ARNAGO por la fiscalía lo que resulta sospechoso.

Que porque durante casi cuatro días que estaba el occiso desaparecido, no se buscó a ver dónde estaba.

Se analiza el hecho que el occiso recibió disparos desde la espalda, y que existieron contradicciones en las distancias en donde estaban enfrentados el ejército y la guerrilla, sin embargo no se realizó una inspección al lugar de los hechos, con peritos para determinar distancias, dispositivos, movimientos, y posiciones de tiro de acuerdo a la topografía del terreno, tendientes a demostrar el contacto armado.

Sostiene el despacho que no hubo minas ni radio, no hubo confrontación, pero no se demuestra con pruebas esas afirmaciones,

cuando si se certificó sobre la información de la existencia de campos minados, y el médico legista así también señaló sobre esa existencia.

Señala que no existe certeza en este caso, que las fallas en la administración de justicia no puede ser el óbice para condenar a unos inocentes.

Afirma el juez que no hubo combate y para justiciar se hizo gasto de munición, que tampoco hubo lesionados por parte de los militares, se pregunta la defensa ¿si lo que se requiere para reconocer un combate es la existencia de muertos o heridos por los militares? Además como se supo del control del área por parte del ejército, no se demostró ese hecho.

Que la fiscalía y el juzgador no consultaron los manuales militares sobre combates, emboscadas, operaciones militares, guerra regular o irregular y muchos más aspectos lo que demuestra desconocimiento de la realidad militar y el despacho tampoco hizo análisis probatorio de las alegaciones de los sujetos procesales, solo se hizo una sinopsis de ellas, sin sopesar cada argumento, cada prueba como obliga esa clase de decisiones de tan gravas y delicadas consecuencias, por ello solicita se dicte sentencia absolutoria a favor de los procesados, ya que en este caso se dio un legítimo contacto armado que hace obligatoria esa absolución.

Indica que la certeza señalada por el A-quo no está acreditada, por lo que más allá de toda duda razonable no ha podido ser desvirtuada la presunción de inocencia de sus defendidos e igualmente los militares encausados están amparados por causales eximentes de responsabilidad, como lo son las causales señaladas en el artículo 32 de la ley 599 de 2000, como son se obre en estricto cumplimiento de un deber legal; en cumplimiento de una orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades propias, se obre en legítimo ejercicio de un derecho y se obre por necesidad de defenderse y se

los mismos testimonios, en detalles que no tiene relación con los hechos investigados.

A su vez señala que existen pruebas directas e indirectas, como las trayectorias de balística, antes de la declaración del desmovilizado IVAN DARIO ARANGO, como para dictar sentencia condenatoria.

CONSIDERACIONES DE LA SALA.

COMPETENCIA

De acuerdo con el Estatuto Procesal Penal que gobernó el presente asunto (Ley 600 de 2000, artículo 204), en la apelación la competencia del superior funcional se halla limitada al objeto de la impugnación y a los aspectos que resulten inescindiblemente ligados o vinculados al mismo.

SOBRE LAS NULIDADES

En primer lugar, se debe clarificar al procesado, quien no es abogado, que no se tendrá en cuenta ninguna formalidad para estudiar su recurso presentado, **de apelación**, de la sentencia emitida por el Juzgado Penal del Circuito de Sonsón, Antioquia, despacho que condenó a HERLEY ARIAS MORA, JULIO CESAR DURAN RINCON, JHON JANDER ORTIZ HIGUITA, RAMIRO DE JESUS CARVAJAL Y ALFREDO SEGUNDO DIAZ OQUENDO por el delito de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, imponiéndole la pena principal de trescientos setenta y dos (372) meses de prisión, multa de dos mil (2.000) S.M.L.M.V., la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de quince (15) años, se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena como la prisión domiciliaria por intramural, debiendo cumplir la sentencia en privación de la libertad, no se

condenó en perjuicios, bajo el entendido que la sustentación de este recurso de apelación no se requiere solemnidad alguna.

Lo anterior a pesar que el procesado JULIO CESAR DURAN RINCON señala en unos de los apartes de su recurso contra la sentencia condenatoria, que se incurrió en falso Juicio de existencia por cercenamiento, terminología propia del recurso de casación, que para su trámite si requiere de algunos requisitos y exigencias que tampoco exige cuando quien la presenta es el procesado es lego en derecho, lo cual si entiende esta Sala se exigen para los defensores.

Ahora bien, entiende la Sala que¹ por principio, la sentencia de primera y segunda instancia se dictan luego de un extenso e intenso proceso, signado por constantes juicios de verificación, comprobación, connotación, todo ello a la par de un permanente ejercicio de la contradicción, de allí que la sentencia de primera instancia que lo condenó por el delito de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA en concurso homogéneo y sucesivo, imponiéndole una pena, es comprensible que se le otorgue presunción de acierto y legalidad.

Por tanto, si cualquiera de los sujetos procesales pretendiera desvirtuar un fallo de primera y segunda instancia, por errores de juicio (*in iudicando*) o de procedimiento (*in procedendo*)², dada la eventual falibilidad de los jueces, si surge para algunos de estos sujetos procesales un procedimiento especialísimo para acusar de tales errores al fallo, como lo es el recurso de casación, el cual tiene su propio objeto, sin pretender repetir lo ya alegado en las instancias ni aspirar a una nueva revisión del caso que fue objeto de juzgamiento.

La razón de la apelación es controvertir lo señalado por la primera instancia, de allí que no se puede sacrificar el derecho sustancial por rendirle excesivo culto a la técnica formalista que para la casación se reclama. Y es que, es el derecho sustancial el que precisamente requiere

¹ Corte Suprema de Justicia radicado 12386 del 2002

² Corte Suprema de Justicia radicado 12386 del 2002

del principio de **culminación** de los procesos, con la adscripción del tránsito a **cosa juzgada** de sus sentencias de primera y segunda instancia, como manifestación indispensable de la **seguridad jurídica** que, como regla de juego propia de un estado de derecho, se erige hoy como **derecho fundamental**.

Por tales razones el recurso de casación deba ser rogado y, además, sustentado, porque el escrito que lo sustenta, no es de libre formulación, requiere claridad, precisión, lógica y conocimiento de los diferentes aspectos jurídicos que se liberan para quebrantar un fallo que reclama firmeza.

Tratándose de un recurso no ordinario, el recurso de casación exige un método específico, que involucra en su postulación no sólo el acierto en el interés de lo pedido, sino el a quién, el cómo y el cuándo se pide, para todo lo cual el demandante como **actor** le corresponde el deber de ejercer sus presupuestos y cargas procesales, entre ellos el denominado "*onus probandi incumbit actori*" y su complemento "*afirmanti non neganti incumbit probatio*".

Como quiera que el procesado es apelante, aunque no lo es único, y como se señaló hace uso de algunas terminologías que son más del Recurso Extraordinario de la casación, y en sus términos utiliza vocabulario del devenir jurídico de un profesional del derecho, podría entender la Sala que comprende muy bien las alegaciones hechas en su escrito pertinente, sin embargo, como para la apelación en segunda instancia no se requiere cumplir los requisitos exigidos en la técnica de la casación, a pesar de ello considera esta Sala hacer algunas precisiones al respecto Sobre el falso juicio de existencia³ la Jurisprudencia ha dicho:

"El denominado error de hecho por falso juicio de existencia, no puede adoptar sino dos características: suposición u omisión; y, es de naturaleza puramente objetiva, pues ocurre en el plano lógico de la aprehensión material de la prueba durante el proceso de construcción de la sentencia, escenario supuesto en el cual el Juez

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal radicado 15754 del 06 de mayo de 2004

olvidando las reglas legales, omite considerar una que está dentro del plenario o incluye en sus consideraciones una que no fue nunca recaudada, esto es, hace uso de su conocimiento privado.

La elaboración de la sentencia por parte de los Juzgadores, es un acto esencial de la función judicial que está estricta y positivamente reglado dentro del sistema judicial nacional, así, el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal señala que "toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación". En armonía con ese precepto, el mismo Estatuto define cuáles son esos medios de prueba (artículo 233) e igualmente indica las reglas de su apreciación (artículo 238), así:

- * En conjunto.
- * De acuerdo con las reglas de la sana crítica. Y,
- * Exponiendo siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

Aunadas todas esas herramientas, finalmente el artículo 170 del mismo Estatuto manda cómo redactar la sentencia, indicándose allí, entre otros requisitos, el de "(...) la valoración jurídica de las pruebas en que ha de fundarse la decisión".

Con vista en esas premisas, una censura de violación indirecta de la ley por falso juicio de existencia en la forma de suposición de prueba, que pretenda ser estimada como correctamente enunciada y adecuadamente fundamentada, debe partir de la identificación exacta de cuáles fueron las pruebas en que se fundó la decisión. Una vez realizado ese ejercicio, debe distinguir de manera clara y precisa, si entre esas pruebas existe alguna que haya sido objeto de suposición por parte de los Juzgadores, en caso positivo, debe identificarla y demostrar cuál fue exactamente su incidencia en la construcción del fallo atacado.

En ese proceso deconstructivo —por opuesto al de construcción verificado por el Juez— ha menester que el demandante distinga meridianamente el concepto de prueba, conforme también a la definición legal que de los medios existe en la normatividad nacional, tal como atrás se ha señalado, de modo que no confunda lo probado con la prueba misma, que una cosa es el medio y otra, lo que el Juez concluye de él, temas que se ubican en planos lógicos diferentes y que, por tanto, son demandables en casación de maneras bien diversas, aunque coincidan, en las más de las veces, en su ubicación dentro de una misma causal."

suposición u omisión; y, es de naturaleza puramente objetiva, pues ocurre en el plano lógico de la aprehensión material de la prueba durante el proceso de construcción de la sentencia, escenario supuesto en el cual el Juez olvidando las reglas legales, omite

considerar una que está dentro del plenario o incluye en sus consideraciones una que no fue nunca recaudada, esto es, hace uso de su conocimiento privado.

Como la elaboración de la sentencia, es un acto esencial de la función judicial que está estricta y positivamente reglado dentro del sistema judicial nacional, así, el Código de Procedimiento Penal establece que las sentencias deben fundarse en pruebas legal, oportunas y regularmente allegadas, (artículo 232) y este mismo procedimiento define cuáles son los medios probatorios, el testimonio, el documento, la inspección, el dictamen pericial, el juicio (artículo 233) e igualmente indica las reglas de apreciación de los medios de pruebas (artículo 238), en los cuales para su valoración se deben tener en cuenta:

- * En conjunto.
- * De acuerdo con las reglas de la sana crítica. Y,
- * Exponiendo siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

Cuando el juez relacionó las actuaciones judiciales en su sentencia, relacionó los medios probatorios que se habían recopilado en el proceso, por lo que agrupadas todos ellos, finalmente realizó la valoración jurídica de las pruebas en que se fundaba su decisión, con ello, se mantuvo en el marco de los requerimientos exigidos para ello, recuérdese que la jurisprudencia ha dicho⁴ :

"Así las cosas, en tal planteamiento el impugnante pasó por alto que aunque no se aluda expresamente a una determinada prueba, la misma puede estar comprendida en el análisis efectuado por los falladores, cuando los hechos acreditados a través de ese medio demostrativo son aceptados como una verdad establecida en el proceso o excluidos en su realidad, eventos en los que simplemente se omite la referencia expresa al elemento de persuasión y donde mal puede atisbarse entonces el error de hecho por falso juicio de existencia, que es la situación sin duda aquí configurada, porque si bien el Tribunal no relacionó la susodicha peritación, en todo caso si tuvo por acreditadas las especificaciones a las que se refería y las conclusiones derivadas de ellas, esto es, que los proyectiles recuperados en la diligencia de autopsia no fueron percutidos en la pistola decomisada al procesado."

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, radicado 12386 del 18 de julio de 2002

En segundo lugar se solicita nulidad dentro del proceso por considera aspectos diferentes:

- 1) La no aplicación de la ley 906 del 2004
- 2) El juez natural, es decir que se debió juzgar por un juez penal del circuito especializado y no por un juez penal del circuito.
- 3) Falta de motivación en la sentencia.

Para resolver estos aspectos debemos señalar que conforme al principio de la necesidad de la prueba, toda providencia judicial debe fundarse en los medios probatorios legal, regular y oportunamente allegados a la actuación procesal; de ahí que la comprobación de los presupuestos sobre los cuales ha de estructurarse la respectiva sentencia dentro de un proceso penal, atinentes a la existencia del hecho punible y responsabilidad del procesado, deban tener como soporte las pruebas aducidas que cumplan con las exigencias de ley, sin que el funcionario a quien corresponda valorarlas pueda suplirlas con el conocimiento personal o privado que tenga sobre ellas.

Cabe señalar que contrario al modelo configurado por la Ley 906 de 2004, el juicio de responsabilidad en la ley 600 del 2000 se forma progresivamente y de manera compartida entre fiscal y juez, por cuanto la construcción de la prueba se fundamenta en el principio de permanencia de la prueba, según el cual las pruebas practicadas por la Fiscalía General de la Nación desde la indagación preliminar tienen validez para dictar una sentencia, por aquellos de concentración e inmediación de la prueba practicada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías.

De tal suerte que en la ley 600 del 2000, los testimonios, las inspecciones judiciales, los documentos, las pruebas periciales y todas las pruebas que se practican durante la investigación, sirven de soporte para imponer

medidas restrictivas al ejercicio de los derechos fundamentales, y pueden ser el fundamento de una sentencia condenatoria, decisión que se soportan en pruebas practicadas durante todo el proceso y en la etapa del juicio oral.

En tal sentido, la prueba se encuentra dispersa en varios escenarios procesales, escrita, secreta y valorada por un funcionario judicial que aunque no tuvo incidencia en su recaudo, puede dictar la sentencia, y con todas las garantías procesales, en la medida que su labor lo permite.

Ahora bien, es menester indicar que el proceso penal está conformado por una serie de actos reglados, los cuales obedecen a unos principios que se erigen en garantía de los derechos de los sujetos procesales, sin los cuales estos perderían su razón de ser, dentro de estos principios encontramos el debido proceso, derecho a la defensa entre otros.

El derecho fundamental al debido proceso en materia penal, constituye una limitación al poder punitivo del Estado, en cuanto comprende el conjunto de garantías sustanciales y procesales especialmente diseñadas para asegurar la legalidad, regularidad y eficacia de la actividad jurisdiccional en la investigación y juzgamiento de los hechos punibles, con miras a la protección de la libertad de las personas, u otros derechos que puedan verse afectados.

El artículo 29 de la Constitución Nacional garantiza el cumplimiento de los principios de: Legalidad, Juez natural, Favorabilidad, Presunción de inocencia, derecho a la defensa (derecho a la asistencia de un abogado, a presentar y controvertir pruebas, a presentar nulidad de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso, y a impugnar la sentencia condenatoria), debido proceso público, sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

De allí que el artículo 29 de la Constitución Nacional, establece las autolimitaciones Constitucionales y Legales que el Estado se impone así

mismo, para racionalizar dentro de los marcos infranqueables de la dignidad humana, el ejercicio del *ius puniendi*, que se logra con el establecimiento de una serie de garantías mínimas, que son el escudo protector del ciudadano frente a la arbitrariedad del funcionario o a la omnipotencia del Estado mismo. Reza el artículo citado:

"Debido Proceso. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso"

Por consiguiente, si el Debido Proceso constituye un principio de carácter superior es apenas lógico que las Leyes Procesales Penales que reglamentan la Constitución, deban contemplar las sanciones imponibles a las actuaciones de carácter procesal que se hayan realizado, sin el cumplimiento de las formalidades previstas en la respectiva norma. Por ello el artículo 306 de la ley 600 de 2000 establece taxativamente las causales que invalidan la actuación. Reza el artículo en comento:

"Causales de nulidad. Son causales de nulidad:

1. La falta de competencia del funcionario judicial.

Durante la investigación no habrá lugar a nulidad por razón del factor territorial.

2. La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

3. La violación del derecho a la defensa".

No toda irregularidad es constitutiva de Nulidad, para que esta se configure es necesario que se afecten los derechos sustanciales de los sujetos procesales o la estructura misma del proceso, y además que se

atiendan los presupuestos y principios generales para la declaratoria de la Nulidad establecidos en la Legislación, la Jurisprudencia y la Doctrina. El artículo 310 de la ley 600 de 2000 reza:

"Principios que orientan la declaratoria de las nulidades y su convalidación.

1. No se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho a la defensa.

2. Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento.

3. No puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, salvo que se trate de la falta de defensa técnica.

4. Los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales.

5. Sólo puede decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial.

Quando la resolución de acusación se funde en la prueba necesaria exigida como requisito sustancial para su proferimiento, no habrá lugar a declaratoria de nulidad si la prueba que no se practicó y se califica como fundamental puede ser recaudada en la etapa del juicio; en cambio procederá cuando aquella prueba fuese imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa o cuando se impartió confirmación a las resoluciones que negaban su práctica, a pesar de su evidente procedencia.

6. No podrá decretarse ninguna nulidad por causal distinta a las señaladas en este capítulo"

A este respecto la H. Corte Suprema de Justicia reiteradamente ha dicho:

"El artículo 310 del estatuto procesal penal establecen los principios que rigen la declaratoria de nulidad, los cuales han sido desarrollados por esta Sala, así:

Principio de taxatividad: Para solicitar la declaratoria de invalidez de la actuación es imprescindible invocar los motivos establecidos en la ley.

Principio de protección: El sujeto procesal que haya dado lugar al motivo de anulación no puede plantearlo en su beneficio, salvo cuando se trate del quebranto del derecho de defensa técnica.

Principio de convalidación: La irregularidad que engendra el vicio puede ser convalidada de manera expresa o tácita por el sujeto procesal perjudicado, siempre que no se violen sus garantías fundamentales.

Principio de trascendencia: Quien solicita la declaratoria de nulidad tiene el indeclinable deber de demostrar no sólo la ocurrencia de la

incorrección denunciada, sino que esta afecta de manera real y cierta las garantías de los sujetos procesales o socava las bases fundamentales del proceso.

Principio de residualidad: Compete al peticionario acreditar que la única forma de enmendar el agravio es la declaratoria de nulidad.

Principio de instrumentalidad de las formas: No procede la invalidación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual está destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa.

Principio de acreditación: Quien alega la configuración de un motivo invalidatorio, está llamado a especificar la causal que invoca y a plantear los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya".⁵

Por lo tanto, las normas procedimentales establecen amplio margen para que el funcionario judicial interprete la posible causa cuando se trata de "irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso" y "la violación al derecho de defensa" sin que ellas dejen lugar a dudas, y sin extenderse a situaciones no consideradas expresamente por el legislador, ya que meras irregularidades, no pueden ser consideradas como violaciones graves a las formas propias del juicio, y a las que no se les puede aplicar la máxima sanción procesal como violación de otros principios como la economía procesal, celeridad y finalidad lograda.

Por estas razones, no toda irregularidad debe ser sancionada con la nulidad, en la medida que si no se vulnera ningún principio ni valor constitucional o legal, y en especial no se llega a afectar el proceso de formación del acto procesal en su esencia, ni se desconoce la finalidad con que fue creado, no se genera un vicio en la forma procesal, y a pesar de existir el vicio, este sea convalidado en el proceso de formación del acto procesal, en el curso de la diligencia o en la práctica de prueba, cuando se ha cumplido la finalidad o el propósito de la regla de procedimiento o la irregularidad haya sido expresamente subsanada por la parte con competencia para ese saneamiento, en función de la prevalencia del derecho sustancial.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 03 de marzo de 2004, Ms. Ps. Dra. Marina Pulido de Barón y Dr. Jorge Luis Quintero Milanés. Ver también Providencia del 27 de mayo de 2003. M. P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll, entre otras.

Así, se solicita nulidad por parte del procesado en razón a que no aplicó la ley 906 del 2004 y a su vez, no se tuvo en cuenta el juez natural, es decir que se debió juzgar por un juez penal del circuito especializado y no por un juez penal del circuito.

Con relación a que no se aplicó la ley 906 del 2004 en este caso, debe indicarse que se equivoca el procesado en cuanto a que existe nulidad por no haberse tramitado mediante esas disposiciones el proceso de la referencia, ya que fue el legislador ordinario, que previó la coexistencia, al menos temporal, de dos leyes que regularan la misma materia: la ley 600 de 2000 a cuyo amparo deben rituarse y terminarse todos los procesos penales que se sigan por delitos cometidos hasta el 31 de diciembre de 2004 y la Ley 906 de 2004 aplicable para conductas punibles sucedidas a partir del 1º de enero de 2005, con sujeción a la aplicación gradual progresiva del sistema en todo el territorio nacional, cuando se señaló en la Constitución en el artículo 5º del Acto Legislativo 03 de 2002, por el cual se modificaron los artículos 250 y 251 de la Constitución Política: 'Vigencia. El presente Acto Legislativo rige a partir de su aprobación, pero se aplicará de acuerdo con la gradualidad que determine la ley y únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca. La aplicación del nuevo sistema se iniciará en los distritos judiciales a partir del 1º de enero de 2005 de manera gradual y sucesiva. El nuevo sistema deberá entrar en plena vigencia a más tardar el 31 de diciembre del 2008.'" de allí que la ley 906 de 2005 su aplicación en el territorio nacional fue gradual de acuerdo al artículo 530 se aplicó a partir del 1 de enero del 2005 en los distritos judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira. Una segunda etapa a partir del 1º de enero de 2006 incluyó a los distritos judiciales de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo, Tunja y Yopal. En enero 1º de 2007 entraron al nuevo sistema los distritos judiciales de Antioquia, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán y Villavicencio. Los distritos judiciales de Barranquilla, Cartagena, Cúcuta, Montería, Quibdó, Pamplona, Riohacha, Santa

Marta, Sincelejo y Valledupar, y aquellos que llegaren a crearse, entraron a aplicar el sistema a partir del primero (1º) de enero de 2008, por lo cual para la época de los hechos no era aplicable en esta jurisdicción del Distrito Judicial de Antioquia.

En Sentencia C-801 del 2005, el 2 de agosto de 2005, siendo magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño se señaló la existencia de la manifestación expresa de la voluntad del constituyente, el cual es un mandato ineludible del constituyente que debe cumplirse, en el sentido que el nuevo régimen procesal penal implantado por el Acto Legislativo 03 de 2002, si bien entraría a regir a partir del 1 de enero de 2005, no se aplicaría de manera simultánea en todo el territorio nacional, sino de forma gradual en los distintos distritos judiciales del país, diseñado para que se realizara en diferentes etapas y se dijo los ámbitos territoriales en los que se aplicaría de manera progresiva el nuevo sistema procesal dentro de los límites temporales establecidos en el Acto legislativo, sin que se considerara una violación al derecho de igualdad y debido proceso y sin perjuicio de la aplicación del principio de favorabilidad, además la Corte Suprema de Justicia⁶ en múltiples pronunciamientos ha señalado que :

"2. Es Lógico que ante el tránsito legislativo se presenten innumerables posturas y disertaciones acerca de la aplicabilidad de sus normas, máxime cuando en nuestro caso es radical el cambio de la estructura del sistema de enjuiciamiento penal, motivo por el cual surge la labor de interpretación, a través de la cual se entra a plantear las posibles hipótesis de solución.

Como antecedente a la expedición de la Ley 906 de 2004, nos encontramos con la aprobación de una reforma constitucional como lo fue el Acto Legislativo 03 de 2002, al cual, entre otros instrumentos de la hermenéutica jurídica, debe acudirse cuando se trata de solucionar puntuales problemáticas, como la prevalencia de las reglas de competencia.

Es cierto que la Ley 153 de 1887 entrega fórmulas de hermenéutica sumamente valiosas, dentro de las cuales no se puede olvidar el respeto por la especialidad que el propio legislador haya querido

⁶ Corte Suprema Radicado 23306 del 6 de abril del 2005 Jorge Luis Quintero Milanés

dar a las normas, bien sea en su totalidad o a una parte de ellas, siempre sujeta a los criterios racionales, ponderados y coherentes a la expedición de un estatuto de procesamiento judicial que amerite una cierta e innegable implementación progresiva y gradual, cosa que no puede desarticularse por el simple capricho del intérprete, sino por razón justificable como sucede con la Ley 906 de 2004, pues, como se indicó, comporta un cambio radical en la naturaleza del sistema anterior y el amplio despliegue logístico que para su implementación debe hacerse.

Consecuencia de lo anterior, si bien es cierto que en materia de competencia es clara la nueva normatividad y que sus postulados se aplicaran irrestrictamente a partir del 1º de enero de 2005, también lo es que ellos merecen el debido acatamiento, como lo es la gradualidad en su implementación y aplicación.

Por tratarse de aspectos de similar connotación, valga consignar lo que en reciente oportunidad señaló la Sala:

"2. En orden a definir la problemática planteada por los Jueces trabados en la colisión, oportuno se ofrece acudir al contenido del artículo 533 de la Ley 906 de 2004, disposición que al definir las reglas de vigencia de dicha codificación prescribe que ellas rigen, de manera exclusiva, para delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero de 2005; a su turno, el artículo 530 ejusdem, establece la gradual implantación del sistema acusatorio allí inmerso.

"Y tales previsiones legislativas, determinantes de la vigencia restringida de la Ley 906 de 2004, encuentran fundamento mediato en lo ordenado por el Constituyente en el artículo 5º del Acto Legislativo 03 de 2002, por el cual se modificaron los artículos 250 y 251 de la Constitución Política, cuyo texto es del siguiente tenor:

'Vigencia. El presente Acto Legislativo rige a partir de su aprobación, pero se aplicará de acuerdo con la gradualidad que determine la ley y únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca. La aplicación del nuevo sistema se iniciará en los distritos judiciales a partir del 1º de enero de 2005 de manera gradual y sucesiva. El nuevo sistema deberá entrar en plena vigencia a más tardar el 31 de diciembre del 2008'.

"3. Consecuente con lo anterior, se infiere que tanto la vigencia restringida de la Ley 906 como su gradual aplicación, dispuesta por el constituyente y luego acatada por el legislador, resulta predicable del nuevo modelo que gobierna la actuación procesal, quiere decir, de las diferentes etapas y las formas en que éstas se llevan a cabo, contempladas para ejercer la acción penal ante los Jueces de la República.

"En dicha dirección véase cómo el nuevo Código de Procedimiento Penal, consecuente con la decisión política de restringir su radio de acción a delitos cometidos después del

1º de enero de 2005, introdujo una importante modificación al contenido del principio de legalidad, llamada a tener repercusiones en materia de las normas meramente adjetivas que lo componen, al disponer en el artículo 6º:

'Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio....'

'Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia'.

"Como se ve, la fórmula según la cual la ley procesal aplicable a cada caso es la vigente al momento de los 'hechos', representa una notoria variable frente al texto adoptado en el artículo 6º de la Ley 600 de 2000, en el que se prescribía que nadie podría ser investigado ni juzgado sino 'conforme a la ley procesal vigente al tiempo de la actuación procesal', criterio último que a más de hallar arraigo en disposiciones legales de notoria aceptación y vigencia, no empecé estar inmersas en un cuerpo normativo que data del siglo XIX -Ley 153 de 1987, artículo 40-, ha informado múltiples decisiones en las que esta Corte se ha pronunciado sobre el alcance del 'juez natural' y, en muchas otras, con ocasión a los criterios aplicables en tránsitos de legislaciones penales.⁷

"Ciertamente, el entendimiento según el cual la competencia del juez y las reglas de procesamiento han de estarse a las leyes vigentes al momento en que se cometió el delito, traduce en la prolongación en el tiempo los efectos de normas adjetivas, sin que ante tal previsión legislativa, resulte determinante de su vigencia el que sean reemplazadas por otras también instrumentales.

"4. Visto lo anterior, considera la Corte que la modificación introducida por el legislador de 2004 al contenido del principio de legalidad, encuentra explicación en la decisión del constituyente de que la nueva forma de enjuiciamiento a que es sometido el sujeto pasivo de la acción penal, regida por la oralidad, no opere de manera inmediata, no empecé su marcado carácter instrumental, sino que se verifique paulatinamente en procura de ir proveyendo a los órganos de la jurisdicción de la infraestructura que demanda el modelo implantado.

"En síntesis, tanto el constituyente secundario como el legislador ordinario, previeron la coexistencia, al menos temporal, de dos leyes que regulan la misma materia: la 600 de 2000 a cuyo amparo deben rituarse y terminarse todos los procesos penales que se sigan por delitos cometidos hasta el 31 de diciembre de 2004 y la Ley 906 de 2004 aplicable para conductas punibles sucedidas a partir del 1º de enero de 2005, con sujeción a la aplicación gradual progresiva del sistema en todo el territorio nacional, previsión última apenas entendible en razón de los requerimientos logísticos que

⁷ Valga referir entre los muchos pronunciamientos en esta dirección, los proferidos el 11 de junio de 1985, proceso 1985; 7 de febrero de 1996, proceso 10212; 29 de abril de 1997, proceso 10239; 22 de octubre de 1997, proceso 9772; 6 de marzo de 2002, proceso 18809; 19 de marzo de 2002, proceso 19232; 9 de abril de 2002, proceso 23374; 9 de abril de 2002, proceso 19319; 23 de abril de 2002, proceso 19333; 30 de abril de 2002, proceso 19359; 14 de mayo de 2002, proceso 19415; 15 de julio de 2003, proceso 21036; 15 de julio de 2003, proceso 21131 y 22 de julio de 2003, proceso 21120.

demanda la implementación del nuevo sistema de procesamiento penal". 8.

Por ello, no es aplicable la ley 906 a este proceso, sino la ley 600 de 2000.

Ahora bien, al respecto que no se tuvo en cuenta el juez natural, es decir que se debió juzgar por un juez penal del circuito especializado y no por un juez penal del circuito, para ello debe tenerse en cuenta que los propósitos del proceso penal son los de preservar las garantías, aplicar el derecho sustancial y descubrir la verdad, lo cual tiene sustento en el principio de legalidad de los delitos y de las penas.

De tal manera que el acto legislativo 03 de 2002, que encuentra desarrollo en la ley 906 de 2004, modificó el sistema de investigación y enjuiciamiento criminal, instaurando progresivamente el sistema acusatorio. Por lo tanto, no se trata de una obra en la cual simplemente se indiquen fórmulas de competencia o se reelaboren ciertas instituciones, sino de lo que podría llamarse una ruptura epistemológica con el sistema de investigación y juzgamiento anterior.

En consecuencia, por esas razones, la interpretación de sus normas no se puede abordar desde la perspectiva de la ley 153 de 1887, o del simple hecho de la fecha en que ocurrieron los hechos como pretende el procesado, porque las reglas generales de esa legislación, deben ceder ante las normas especiales que acerca de la vigencia del nuevo estatuto procesal se consagran no solo en la ley 906 de 2004, sino en el acto legislativo 03 de 2002.

Véase que la ley 906 de 2004 contiene una clara redistribución de funciones y de competencias: así, la intervención del Juez de conocimiento, como órgano imparcial entre partes, comienza con la fase del juicio, pues el cuidado de los derechos fundamentales, antes de esta etapa, le corresponde al juez de garantías (artículo 39); el fiscal, por su parte, carece de las amplias potestades relacionadas con la

⁸ Colisión 23353 del 30 de marzo de 2005. M.P. Dra. Marina Pulido de Varón.

afectación de derechos fundamentales (aun cuando conserva bajo tutela del juez algunas) y por lo mismo sus competencias se restringen en esa materia, mientras que en la ley 600 del 2000 no.

Por esas razones, muy ligadas a la función que el nuevo sistema reclama, debe entenderse que este tipo de disposiciones relacionadas con la competencia no se pueden leer aisladamente y con efectos neutros, para conferirles una vigencia que no tienen, pues ellas solo rigen para los delitos cometidos con posterioridad al 1 de enero de 2005 (artículos 5 del acto legislativo y 533 de la ley 906 de 2004), de acuerdo a la implementación gradual y sucesiva del sistema (artículo 528) que con base al artículo 530 el sistema se aplicó a partir del 1 de enero del 2005 en los distritos judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira. Una segunda etapa a partir del 1º de enero de 2006 incluyó a los distritos judiciales de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo, Tunja y Yopal. En enero 1º de 2007 entraron al nuevo sistema los distritos judiciales de Antioquia, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán y Villavicencio. Los distritos judiciales de Barranquilla, Cartagena, Cúcuta, Montería, Quibdó, Pamplona, Riohacha, Santa Marta, Sincelejo y Valledupar, y aquellos que llegaren a crearse, entraron a aplicar el sistema a partir del primero (1º) de enero de 2008.

Por tanto, las normas sobre competencia consignadas en la ley 600 de 2004 se mantienen y por tal razón, de conformidad con el artículo 18 transitorio de la misma, el juzgamiento del homicidio de persona internacionalmente protegida, previsto en el artículo 135 de la Ley 599 de 2000, no tiene asignada una competencia específica, por lo que el factor residual lo coloca en cabeza del juez penal del circuito, porque el numeral 9º del artículo 104 de la Ley 599 de 2000 sólo agrava el homicidio de las personas internacionalmente protegidas, que no está regulado en el Título II del Libro Segundo del Código Penal.

De suerte que si de acuerdo con las consideraciones se cualifica como el de un integrante de la población civil, a la luz de lo determinado por el

artículo 135.1 (que está ubicado en el Título II del Código Penal), esta situación escapa a la competencia asignada al Juzgado Penal del Circuito Especializado

Valga traer a colación el auto de fecha octubre 12 del 2011, emanado de la Corte Suprema de Justicia⁹, que resolvió un conflicto de competencia y señaló:

"3. Solución al conflicto:

El conocimiento del presente asunto corresponde al Juez Penal del Circuito, pues de conformidad con la Ley 600 de 2000 es el funcionario competente para conocer de los dos delitos imputados y aceptados por el implicado en el acto de formulación de cargos para sentencia anticipada.

Así sucede en cuanto al delito de homicidio en persona protegida previsto en el artículo 135 del C.P., distinto del homicidio agravado por la circunstancia prevista en el numeral 9 del artículo 104 del estatuto represor referente a cuando se verifica "en persona internamente protegida diferente a las contempladas en el título I de este libro..." (subraya fuera de texto), traído a colación por el juzgado proponente del conflicto y cuyo conocimiento, sin duda, es de los jueces penales del circuito especializados según lo indica expresamente el numeral 2 del artículo 5º del Capítulo IV Transitorio *ibidem*.

Sin embargo, subráyese que la conducta por la cual aquí se procede, y cuya responsabilidad fue admitida por el procesado, no es la de homicidio agravado sino la de homicidio en persona protegida, de conocimiento de los jueces penales del circuito ordinario, como así lo ha decantado la Sala, en los siguientes términos:

"...la confusión en la que incurre el Juez Segundo Penal del Circuito de Yopal, se origina al interpretar el numeral 2º del artículo 5º transitorio de la Ley 600 de 2000, que asigna la competencia al juez especializado, del homicidio agravado, solo cuando se comete en presencia de alguna de las circunstancias previstas en los numerales 8, 9 y 10 del artículo 104 de la Ley 599 de 2000.

Esto porque pretende dar el mismo alcance competencial del homicidio agravado (por las causales previstas en dichos numerales), al homicidio en persona protegida, que constituye un tipo penal diferente y autónomo, con una riqueza descriptiva

⁹ Radicado 37573

mucho más amplia y por ello con alcances diferentes, dirigidos, precisamente a regular situaciones no previstas en otras normas.

El juzgamiento del homicidio agravado por las causales 8, 9 y 10 de la Ley 599 de 2000, está atribuido por el numeral 2° del artículo 5° transitorio de la Ley 600 de 2000 a los jueces penales del circuito especializados. Entre tanto, el juzgamiento del homicidio de persona internacionalmente protegida, previsto en el artículo 135 de la Ley 599 de 2000, no tiene asignada una competencia específica, por lo que el factor residual lo coloca en cabeza del juez penal del circuito.

Y esto es así, porque el numeral 9° del artículo 104 de la Ley 599 de 2000 sólo agrava el homicidio de las personas internacionalmente protegidas, que no está regulado en el Título II del Libro Segundo del Código Penal. De suerte que si de acuerdo con las consideraciones de la Fiscalía, el asesinato de... se cualifica como el de un integrante de la población civil, a la luz de lo determinado por el artículo 135.1 (que está ubicado en el Título II del Código Penal), esta situación escapa a la competencia asignada al Juzgado Penal del Circuito Especializado" (subraya fuera de texto)¹⁰.

Más claro se infiere la determinación de la competencia frente a la segunda delincuencia atribuida y aceptada por el procesado MERCADO PACHECO por desaparición forzada, cuya consumación y agotamiento, como ya se precisó, se verificó con la Ley 600 de 2000, en tanto no aparece enlistada en el artículo 5° transitorio de esta normatividad como de conocimiento de los jueces penales del circuito especializados y, como en general no se asigna a ninguna autoridad judicial, por virtud de la cláusula de conocimiento residual estipulada en el literal b) del artículo 77 *ibidem*, es de conocimiento de los jueces penales del circuito ordinarios.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, concluye la Sala que asiste razón al Juez Penal del Circuito Especializado de Montería al estimar que la competencia radica en el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de la misma ciudad, máxime cuando la mayor parte de la argumentación expuesta por este último funcionario gira en torno del delito de concierto para delinquir, extraño frente a las imputaciones concretas que obran en esta actuación seguida en contra de DENYS ANTONIO MERCADO PACHECO. A esta última autoridad, por tanto, se remitirán de inmediato las diligencias.

¹⁰ Auto de 2 de diciembre de 2008, rad. 30743. En el mismo sentido, auto de 26 de marzo de 2008, rad. 29414.

Sobre la falta de motivación de la sentencia, debemos retomar el tema que se ha tratado por esta Sala, señalando que la Corte Suprema de Justicia sobre la falta de motivación de una sentencia¹¹ ha dicho que como garantía fundamental del debido proceso contemplada en el artículo 29 de la Carta Política, comprende el deber de los funcionarios judiciales de motivar sus decisiones, explicando los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoyan, en cumplimiento de su función con sujeción al imperio de la ley, tal como se encuentra establecido en el artículo 230 constitucional, para que los asociados aseguren el acceso a la administración de justicia, según lo prevé el artículo 229 ibídem y a los sujetos procesales la posibilidad de conocer el verdadero alcance de las decisiones y ejercer el derecho de contradicción, entendido, según el texto constitucional arriba citado, como la facultad de *"presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria"*.

Estas garantías, fuera de estar señaladas constitucionalmente, se reconocen por los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, tales como: literal a) del numeral 3º del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York (Ley 74 de 1968), y el literal b) del numeral 2º del artículo 8º de la Convención Americana de San José de Costa Rica (Ley 16 de 1972),

Además porque, como lo ha destacado la Sala Penal de la Corte la obligación de motivar las decisiones judiciales cumple un doble papel:

El principio de motivación de las decisiones judiciales desempeña una doble función: (i) endoprocesal: en cuanto permite a las partes conocer el pronunciamiento sirviendo de enlace entre la decisión y la impugnación, a la vez que facilita la revisión por el tribunal *ad quem*; y (ii) función general o extraprocesal: como condición indispensable de todas las garantías atinentes a las formas propias del juicio, y desde el punto de vista político para garantizar el principio de participación en la administración de justicia, al permitir el control social difuso sobre el ejercicio del poder jurisdiccional¹².

¹¹ Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 31490 del 14 de octubre de 2009

¹² Al respecto, MICHELE TARUFFO, citado por GLADIS E. DE MIDÓN en su libro sobre la casación, dice lo siguiente: "La obligación constitucional de motivación nace efectiva del Estado persona, autocrático y extraño respecto a la sociedad civil, y de la consiguiente afirmación de los principios por los cuales la soberanía pertenece al pueblo." Esta transformación del modo de concebir la soberanía significa, en el plano jurisdiccional, "que la providencia del juez no se legitima como ejercicio de autoridad absoluta, sino como el

El derecho de motivación de la sentencia se constituye en un principio de justicia que existe como garantía fundamental derivada de los postulados del Estado de Derecho, en tanto que el ejercicio jurisdiccional debe ser racional y controlable (principio de transparencia), asegura la imparcialidad del juez y resguarda el principio de legalidad.

Para el cabal ejercicio del derecho de contradicción, se demanda del funcionario judicial la motivación de sus decisiones para conocer debidamente sus argumentos que le sirven de sustento y así poder con mejor facilidad emprender la tarea de su contradicción bien sea controvirtiendo la prueba que le sirvió de soporte, allegando nuevos elementos de juicio que le desvirtúen o, en últimas, impugnando la providencia correspondiente.

Las decisiones que tome el juez, que resuelven asuntos sustanciales dentro del proceso –v.gr. una sentencia-, deben consignar las razones jurídicas que dan sustento al pronunciamiento; se trata de un principio del que también depende la cabal aplicación del derecho al debido proceso pues, en efecto, si hay alguna justificación en la base de las garantías que reconocen la defensa técnica, el principio de favorabilidad, la presunción de inocencia, el principio de contradicción o el de impugnación –todos reconocidos por el art. 29 C.P.–, ha de ser precisamente la necesidad de exponer los fundamentos que respaldan cada determinación, la obligación de motivar jurídicamente los pronunciamientos que profiere el funcionario judicial¹³.

Esta garantía fue prevista en una norma positiva expresa en nuestro ordenamiento constitucional anterior¹⁴, ahora el art. 55 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, impone al juez el deber de hacer referencia a los hechos y asuntos esgrimidos por los sujetos procesales, al igual que lo hacen los arts. 3 de la Ley 600 de 2000 que en cuanto a sus normas rectoras establece que el funcionario judicial "deberá motivar" las medidas que afecten derechos fundamentales de los sujetos procesales, y 170 y 171, pues la providencia judicial no puede ser una simple sumatoria arbitraria de motivos y argumentos, sino que requiere una arquitectura de construcción argumentativa excelsa, principal muestra de lealtad del juez hacia la comunidad y hacia los sujetos procesales.

Configura uno de los pilares fundamentales del Estado Democrático y Social de Derecho, al garantizar que una persona investida de autoridad pública y con el poder del Estado para hacer cumplir sus decisiones, resuelva, de manera responsable, imparcial, independiente, autónoma, ágil, eficiente y eficaz, los conflictos que surjan entre las personas en general, en virtud de los cuales se

juez rinda cuenta del modo en que se ejercita el poder que le ha sido delegado por el pueblo, que es el primer y verdadero titular de la soberanía." "A través del control (social difuso), y antes por efecto de su misma posibilidad (con el deber de justificar las decisiones judiciales), el pueblo se reapropia de la soberanía y la ejercita directamente, evitando que el mecanismo de la delegación se transporte en una expropiación definitiva de la soberanía por parte de los órganos que tal poder ejercitan en nombre del pueblo".

¹³ Corte Constitucional, Sent. C-252 de 2001. También, Sents. T-175 de 1997, T-123 de 1998 y T-267 de 2000.

¹⁴ Constitución Política de 1886, art. 161. "Toda sentencia deberá ser motivada"

discute la titularidad y la manera de ejercer un específico derecho, consagrado por el ordenamiento jurídico vigente¹⁵,

De manera que puede que sea concebida desde este enfoque como la contrapartida del derecho constitucional del libre acceso a la jurisdicción efectiva en virtud del cual todas las personas tienen derecho a obtener tutela judicial material que concluya con una decisión final motivada, razonable y fundada en el sistema de fuentes (art. 230 Constitución, Política.), presentando desde luego pretensiones legítimas pues no resulta suficiente la posibilidad formal de llegar ante los jueces con la simple existencia de una estructura judicial lista a atender las demandas de los asociados, porque su esencia reside en la certeza que en los estrados judiciales se surtirán los procesos a la luz del orden jurídico aplicable, con la objetividad y la suficiencia probatoria que aseguren un real y ponderado conocimiento del fallador acerca de los hechos materia de su decisión¹⁶.

Una sana argumentación es la explicación de las razones que conducen a adoptar una determinación y permite el control de la legalidad de la principal manifestación del Poder Judicial propio de todo Estado Democrático.

Así se somete la providencia al escrutinio de los sujetos procesales y de la sociedad pues si bien el pronunciamiento jurisdiccional tiene un efecto inter-partes, también concita el interés general, amén del fin pedagógico que demuestra y persuade que se trata esa de la mejor solución posible, no la expresión cruda del ejercicio de una competencia sino el caro fruto de la lógica y la razón.

Desde otra perspectiva, la respuesta judicial genera un elemento de estudio y doctrina para casos similares, creando jurisprudencia y una fuente de Derecho.

La sentencia judicial es un acto de comunicación del Estado con la sociedad, en ella se da cuenta de cómo se ejerce la autoridad en su nombre, no se trata de sojuzgar o subordinar al ciudadano por la sola investidura que la sociedad ha prestado a órganos accidentales de una misión trascendental para la sociedad. La majestad de la justicia supone un ejercicio magisterial que demanda una preocupación permanente por comunicarse con el individuo, por mostrarse racional y coherente en la decisión, cuando esta no es comprendida por el destinatario, el epílogo del proceso arroja un saldo de agresión y no el plus pedagógico necesario para legitimar la función ejercida¹⁷.

Es decir, como lo afirma OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI, El contenido de la motivación no es otro que resolver con razones que se justifiquen sin esfuerzo dialéctico. Debe existir una ponderación jurídica que acompañe el proceso lógico de aplicación normativa, con el sentimiento implícito de hacer justicia que ésta sea perceptible a quien se dirige y, en dimensión, a toda la sociedad.

¹⁵ Corte Constitucional, Sent. C-242 de 1997.
¹⁶ Corte Constitucional, Sent. C-242 de 1997.
¹⁷ EDGARDO VILLAMIL PORTILLA, *Las falencias en la argumentación judicial*, XXI Congreso colombiano de Derecho Procesal, 2000, pág. 63.

Dicho en otros términos, como lo hace FARELL: la circunstancia de que los jueces deban juzgar de acuerdo con razones excluye también la posibilidad de que ellos decidan con base en la simple expresión de sus preferencias. Los jueces emiten juicios basados en razones, y tratan de alcanzar una "verdad", entendida en este caso como una buena interpretación del Derecho vigente."

En torno a la ponderación del aspecto fáctico y su incidencia en la aplicación del derecho como factores trascendentes de la motivación de la sentencia, debe recordarse que a la fijación del aspecto fáctico se llega a través de la elaboración de juicios de validez y de apreciación de los medios de convicción, orientados éstos últimos por las normas de la experiencia, de la ciencia o de la lógica, o de las reglas que les asignan o niegan un determinado valor. El mandato constitucional impone que la fundamentación de la sentencia debe comprender el correspondiente juicio sobre los elementos probatorios y que el mismo sea expreso y asertivo y no hipotético, toda vez que si el fallo no es explícito o determinante sino que se manifiesta de manera imprecisa, remisa o contradictoria, o se limita a enunciar las pruebas, omitiendo su debida evaluación y discusión y, por ende, el debido mérito persuasivo o conclusivo, necesariamente el acto jurisdiccional es defectuoso en cuanto no es posible su contradicción por parte de los sujetos procesales.

Preñados los hechos prosiguen las consecuencias jurídicas, escenario en el que igualmente la fundamentación se constituye en una exigencia de orden constitucional, pues al juez se le impone el deber de expresar sin ambigüedad tanto los argumentos jurídicos de sus conclusiones como la obligación de responder de manera clara, expresa y suficiente los planteamientos presentados por los sujetos procesales.

Por consiguiente, una propuesta de nulidad en casación por falta de motivación de la sentencia debe encontrarse vinculada a la insuficiente o nula fundamentación del supuesto fáctico que concluyó probado el juez o de su encuadramiento jurídico, que son los aspectos que estructuran la sustancialidad de la sentencia"¹⁸⁸⁻¹⁹⁹.

La Sala al ocuparse de las situaciones que pueden conducir a la anulación de la sentencia por falta de motivación, ha identificado cuatro (4), distinguiendo entre (i) ausencia absoluta de motivación, (ii) motivación incompleta o deficiente, (iii) motivación ambivalente o dilógica y (iv) motivación falsa; las tres primeras como errores *in procedendo* enjuiciables a través de la causal tercera y la última como vicio de juicio atacable por vía de la causal primera cuerpo segundo.

En la primera el fallador no expone las razones de orden probatorio ni los fundamentos jurídicos en los cuales sustenta su decisión; en la segunda, omite analizar uno de los dos aspectos señalados o los

¹⁸⁸ Corte Suprema de Justicia, Ver, entre otras, casación 14647 del 25 de octubre de 2001, casación 21044 de 19 de enero de 2005, casación 23186 de 11 de mayo de 2005.

¹⁹⁹ Corte Suprema de Justicia, Auto Junio 1 de 2006, rad. 25382

motivos aducidos son insuficientes para identificar las causas en las que ella se sustenta; en la tercera las contradicciones que contiene la motivación impiden desentrañar su verdadero sentido o las razones expuestas en ella son contrarias a la determinación finalmente adoptada en la resolutive; y, en la cuarta la motivación del fallo se aparta abiertamente de la verdad probada.²⁰10".

Téngase en cuenta que con las sentencias deben cumplir con lo señalado en el artículo 170 del Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000, cuando en esa norma se consagra unos requisitos como:

- "1. Un resumen de los hechos investigados.
2. La identidad o individualización del procesado.
3. Un resumen de la acusación y de los alegatos presentados por los sujetos procesales.
4. El análisis de los alegatos y la valoración jurídica de las pruebas en que ha de fundarse la decisión.
5. La calificación jurídica de los hechos y de la situación del procesado.
6. Los fundamentos jurídicos relacionados con la indemnización de perjuicios, en los eventos que proceda.
7. La condena a las penas principal o sustitutiva y accesorias que correspondan, o la absolución.
8. La condena en concreto al pago de perjuicios, si a ello hubiere lugar.
9. Si fueren procedentes los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad.
10. Los recursos que proceden contra ella."

De ese modo, cuando se advierte que las decisiones judiciales adolecen de defectos en su motivación se consideran vulneradoras del debido proceso y necesariamente se impone su corrección. La Corte ha identificado los siguientes yerros de esa naturaleza:

²⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 12 de diciembre de 2005, radicado 24011.

(i). Ausencia absoluta de motivación, es decir, que el juzgador omite precisar los fundamentos fácticos y jurídicos que sustentan la decisión.

(ii) motivación incompleta o deficiente, la cual se presenta cuando el juzgador omite analizar uno cualquiera de los aspectos antes mencionados o lo hace en forma tan precaria que no es posible determinar sus fundamentos.

(iii) motivación equívoca, ambigua, ambivalente o dilógica, es decir, cuando los argumentos sustento de la decisión se excluyen entre sí impidiendo conocer el contenido de la motivación, o cuando las razones aducidas contrastan con la decisión tomada en la parte resolutive,

y (iv) motivación sofisticada, aparente o falsa, esto es, cuando contradice de manera grotesca la verdad probada. También ha dicho, de manera reiterada, que las tres primeras constituyen errores *in procedendo* y la última uno *in iudicando*.²¹

En orden a la protección y realización de las formas propias del juicio, la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte ha establecido que:

"si la sentencia carece absolutamente de motivación sobre un elemento del delito, la responsabilidad del acusado, o en relación con una específica circunstancia de agravación, o la individualización de la pena, o no empece tener motivación la misma es ambigua o contradictoria, o se fundamenta en supuestos fácticos o racionales inexistentes, y en tal medida las consideraciones del juzgador no podrían ser fundamento legal y razonable de la decisión contenida en la parte resolutive, la nulidad se erige como la única vía plausible de solución."²²

Sin embargo, sobre el mismo tema en oportunidad posterior precisó la Corte Suprema en su Sala de Casación que:

"La irregularidad, sin embargo, como todo defecto que puede conducir a la invalidación del proceso, debe ser de contenido sustancial. No se trata de seleccionar caprichosamente algún segmento de la sentencia para reprocharle su falta de claridad o de profundidad, su ambigüedad o contradicción. El fallo es una unidad que, si permite integralmente su comprensión y explica su contenido, debe tenerse por suficientemente motivado independientemente de pequeños vacíos, incongruencias o contradicciones que pudiera contener"²³. (Resaltado fuera de texto).

²¹ Sentencias de casación del 31 de marzo y 6 de octubre de 2004, radicados 17738 y 15390.

²² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sent. Cas. julio 11 de 2002, rad. 11.862.

²³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sent. Cas. Junio 5 de 2003, rad. 19.689.

106

La Corte Constitucional en sentencia T-105 del 2010 consideró que la sistematización de los criterios o causales a partir de los cuales es posible justificar la procedencia de una acción de tutela contra una decisión judicial, ha generado la obligación del operador de respetar los precedentes y de guardar respeto y armonía entre su discrecionalidad interpretativa y los derechos fundamentales previstos en la Constitución²⁴.

Para ello la Corte Constitucional ha definido e identificado dentro del ejercicio jurisdiccional, la obligación de argumentar suficientemente cada una de sus decisiones y también de ponderar con claridad los derechos fundamentales que se encuentren en disputa y ha señalado distintos requisitos de procedencia de la acción de tutela impetrada contra sentencias judiciales, las que se constituyen en los motivos que ameritarían conceder la acción de tutela que ha sido intentada en contra de una providencia judicial acusada de constituir vías de hecho.

Sobre este asunto, en la Sentencia C-590 de 2005, se vertieron los siguientes conceptos:

"25. Ahora, además de los requisitos generales mencionados, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

"a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

"b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

"c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

"d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales²⁵ o que

²⁴ Sentencia T-1031 de 2001, argumento jurídico número 6.

²⁵ Sentencia T-522/01

presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

"f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

"g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

"h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado²⁶.

"i. Violación directa de la Constitución." (Subrayas fuera del texto original.)

La Corte, en dicha sentencia en comento, explicó que los anteriores vicios, determinan la procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales, porque en ellos se "involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales." En ese orden de ideas, los anteriores criterios constituyen el catálogo a partir del cual es posible comprender de manera excepcional si procede o no, la tutela contra providencias judiciales.

La sentencia recurrida entonces cuenta con

- a) La determinación de cuáles son los hechos, en los cuales narra la razón de la investigación, y ellos se establecieron claramente señalando los hechos que generaron la investigación los cuales se realizaron el 2 de febrero de 2005, en el sector inicialmente

²⁶ Cfr. Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01.

189

conocido como la Vereda El Pital, que corresponde al área rural del municipio de Argelia, en donde según el Sub Teniente HERLEY ARIAS MORA, informara de la presunta existencia de un enfrentamiento armado, donde falleció, mediante el cruce de disparos de arma de fuego, un presunto subversivo reportado inicialmente como NN, siendo posteriormente identificado como JHON JAIRO ARANGO, pero que se ha señalado en días anteriores estaba desaparecido.

- b) Identificar a los procesados en debida forma, se encuentra en la providencia apelada que los procesados corresponde al Sub Teniente HERLEY ARIAS MORA, JULIO CESAR DURAN RINCON, JHON JANDER ORTIZ HIGUITA, RAMIRO DE JESUS CARVAJAL Y ALFREDO SEGUNDO DIAZ OQUENDO debidamente individualizados e identificados y procesados por el delito de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA oficiales, suboficiales y soldados adscritos al batallón de contraguerrilla N° 4 "Granaderos",
- c) Un resumen de las intervenciones de los sujetos procesales se observa que el A-quo desarrollo las ideas de cada una de las partes en cuanto a sus apreciaciones de los hechos y el porqué de sus peticiones. Por la Fiscalía señaló que la muerte de JHON JAIRO ARANGO se produjo por parte de miembros del Ejército Nacional, y de manera particular por parte de integrantes de la compañía Destructor 5 al mando de HERLEY ARIAS MORA. Con relación a la responsabilidad que el deceso de ARNAGO se produjo en estado de indefensión, campesino de la zona, y que no se desvirtuó lo señalado por algunas personas que fue retenido antes de los hechos narrados por los militares y se hizo pasar como si existiera un combate que nunca sucedió. Por la parte Civil que no existió un combate, y por los procesados y la defensa que sí existió un combate y que existen contradicciones en los testigos que señalan lo contrario.

- d) Analizados los alegatos, en su fundamentación, el A-quo estableció que el delito por el cual se procedió fue de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, en la medida que existe un conflicto armado y la muerte de JHON JAIRO ARANGO hacia parte de la población civil, muerte causada en ese conflicto armado y que la muerte se produjo por armas de fuego disparadas por una patrulla militar al mando de HERLEY ARIAS MORA, sin que existiera enfrentamiento ni combate armado.

Considera el A-quo que el relato de los miembros del ejército nacional sobre un fragoso combate armado y escaramuzas, en relativas condiciones de igualdad, se opone diametralmente a lo expuesto por algunos testigos, en donde se establece que la víctima fue retirado de un lugar en donde se encontraba por miembros del ejército, retenido por ellos, y luego apareció muerto como dado de baja en combate. Para ello tuvo en cuenta lo dicho por María Liliana Arcila Ramírez, Darío de Jesús Arango Arango y el testimonio de Iván Darío Arango Giraldo.

- e) Indicó el A-quo, que a pesar que querer demostrarse la condición de guerrillero y muerto en combate por parte de los procesados, el occiso era una persona que desarrollaba labores del campo, por lo cual las informaciones dadas sobre un supuesto combate no eran admisibles, desconociéndose la calidad de no combatientes como lo señala la corte constitucional en la sentencia C-225 de 1995.
- f) Consideró que existía prueba que se realizó una ejecución extrajudicial, por lo tanto la muerte de ARANGO no estuvo en el marco de los señalamientos legales, por lo que no existe causal de ausencia de responsabilidad a la que se refiere el artículo 32 del C. P. se acudió a la ejecución de personas que se encontraban indefensas y desbordando los límites de la autoridad.

Esta Sala ha venido señalando que en materia de fundamentación de un reproche por falta de motivación de la sentencia, no tienen cabida las alegaciones encaminadas a oponerse a los argumentos que suministra el fallador porque se estiman equivocados, sino que debe demostrarse con precisión la carencia absoluta o parcial de contenido o el ambivalente razonamiento que le impide a los sujetos procesales explicarse cómo llegó el juez a la conclusión que finalmente expresa en la parte resolutive de la providencia, aspecto que de ninguna manera evidencia la Sala, advirtiendo en cambio que se trata de una simple inconformidad de la actora con la valoración probatoria asumida en la sentencia.

La sentencia recurrida estableció la calificación jurídica definitiva que consideraba se encontraba probada en el proceso, realizó la dosificación punitiva, para ello tuvo en cuenta que no se tenían antecedentes, señaló que por ello correspondía imponer la pena en el primer cuarto, estableciendo una pena de 372 meses de prisión, estableció la multa, la inhabilitación de derechos y funciones públicas. Señaló sobre los mecanismos sustitutos de la pena y de la prisión domiciliaria, como la no indemnización de perjuicios correspondientes.

Así las cosas en el presente caso, pueden no compartirse los argumentos del A-quo pero simples afirmaciones de inconformidad con la valoración hecha en la decisión o el descontento con los razonamientos del juzgador porque se consideren equivocados, anteponiendo su personal opinión o de la aspiración a que ellos sean presentados de una determinada forma no conducen a determinar la falta de motivación de la sentencia.

Bajo este supuesto, la sentencia determinó, **a)** un resumen de los hechos investigados, **b)** la identidad o individualización de los procesados, **c)** un resumen de la acusación y de los alegatos presentados, **d)** el análisis de cada una de las pruebas, de los alegatos de las partes y la valoración jurídica de las pruebas en que fundó la decisión.

Sobre el caso en concreto:

Si bien el fallo de segundo grado, el juzgador se limita en torno a su competencia, a efectos de desatar la impugnación, ya que solo se puede revisar los aspectos de inconformismos del recurrente, sin que se pueda tocar otros tópicos, no puede pretenderse que en este fallo se cumpla con todas las formalidades, y mucho menos se puede perder de vista que las sentencias de instancias forman una unidad inescindibles en aquellos aspectos que no se contrapongan²⁷.

En consecuencia, para efectos de la demostración de cualquiera de los elementos constitutivos de la conducta punible, el juez podrá sustentarlos en el fallo teniendo como base el caudal probatorio analizado en conjunto, siempre y cuando los razonamientos que efectúe en tales sentidos no riñan con las reglas de la sana crítica"

No debe perderse de vista que la misma jurisprudencia reconoce que si bien el ordenamiento procesal (Ley 600 de 2000) consagra el principio de libertad probatoria (artículo 237), ello no implica que el funcionario judicial esté obligado a recaudar todas las imaginables, pues el mismo estatuto adjetivo (artículo 234) ordena practicar aquellas necesarias para acreditar la existencia de la conducta punible, las que agraven o atenúen la responsabilidad del imputado, o las que tiendan a demostrar su inocencia, y con base en esos mismos fines está facultado (artículo 235) para rechazar las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas.

Desde esa perspectiva, el operador jurídico, dentro de sus facultades de director de la investigación penal, en materia de ordenación de pruebas

²⁷ Corte Suprema de Justicia, sala de Casación penal en el radicado 15932 del 16 de octubre de 2003, siendo ponente Jorge Luis Quirriero Milanés

y en desarrollo de los criterios de economía, celeridad y racionalidad, puede disponer de oficio o a petición de los sujetos procesales la práctica de las pruebas que considere necesarias para acceder a la verdad que se intenta reconstruir a través del proceso, mas, recíprocamente es válido afirmar que la no realización de las que considere razonada y fundadamente inocuas, superfluas o intrascendentes a los fines de la investigación, o de las que a pesar de haber sido decretadas no pudieron ser realizadas por circunstancias ajenas a los administradores de justicia, no puede originar menoscabo de los derechos de quien ha solicitado su realización o insistido en ella.

La Corte también ha señalado que en la valoración de la prueba testimonial, resulta apenas obvio aceptar que las versiones de las personas que tuvieron conocimiento de los hechos no siempre resulten coincidentes en todos los detalles, bien porque percibieron los hechos en distintos momentos o desde diferentes ángulos, o porque cuando rinden una segunda exposición pueden más explícitos en los detalles que por razones completamente atendibles no concretaron en una primera oportunidad.

De acuerdo con el sistema de valoración probatoria consagrado en la ley, el deber de apreciar en su totalidad el conjunto probatorio no puede oponerse a la facultad que tiene el juzgador de desestimar todo aquello que no le dé la certeza de lo que en el proceso se pretende probar.

Es completamente aceptable que en ese ejercicio, el juez tome sólo una porción del testimonio y deseche lo demás, sin que de allí se deriven errores de apreciación probatoria, salvo que se demuestre que las conclusiones a las que llegó no son acordes a la sana crítica.²⁸

Además, es deber del recurrente, señalar con precisión la carencia absoluta o relativa de contenido o el ambivalente raciocinio que le impide a los sujetos procesales explicarse a la conclusión que finalmente

²⁸ (Ver Sentencia Casación del 26/01/2006 radicado 22106)

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

Se enmarca esta manifestación de los países que la suscriben en el Reconociendo de la dignidad inherente a la persona humana, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, sobre la base que debe existir condiciones que permitan a las personas el disfrute de las libertades civiles y políticas, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales, el respeto a los derechos a la vida.

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Suscrita En La Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos de San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969, conocida también como Pacto de San José señala:

Artículo 4. Derecho a la Vida.

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente³⁰.

...

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. ...

En esta carta se señala nuevamente que nadie podrá ser privado de la libertad arbitrariamente, que se le respete su integridad física, síquica y moral, resguardándole sus derechos a la vida, al buen trato, es decir al trato digno.

DE ORDEN NACIONAL

CONSTITUCION POLITICA.

A nivel interno en nuestra legislación existen normas que son conocidas por todos los ciudadanos en general de nuestra república, y

³⁰ Negritas ajenas al texto original

especialmente por quienes ejercer actividades públicas como las que están en **LA CONSTITUCIÓN POLITICA NACIONAL** padrón de normas, que entre otras señala:

"... ART. 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Subrayado y en negrilla fuera del texto

ART. 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades. Subrayado y en negrilla fuera del texto

ART. 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Subrayado y en negrilla fuera del texto

TITULO II.

DE LOS DERECHOS, LAS GARANTIAS Y LOS DEBERES

CAPITULO I.

DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

ART. 11. El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte. Subrayado y en negrilla fuera del texto

...

ART. 217. La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio..."

Nuestra carta política recogiendo todos esos principios, consagrados en los convenios y tratados internacionales señala claramente que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, por lo cual siendo la Constitución norma de normas, su aplicación se encuentra preferencialmente, como en bloque de constitucionalidad con las normas antes señaladas por lo que Es deber de los servidores públicos acatarla siendo responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes como por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Se encuadra entonces el derecho a la vida como inviolable en todas las disposiciones tanto nacionales como internacionales, y en este caso, se ha demostrado con las actas de inspección a cadáveres, con las necropsias y los registros de defunción de la existencia de la muerte de varias personas, en momento en que en nuestro país se vislumbra un conflicto armado reconocido por todos y por las autoridades nacionales.

DEL DELITO POR EL CUAL SE PROCESÓ A LOS IMPLICADOS

El delito por el cual se procedió es el de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA descripción típica de mayor riqueza jurídica frente al compendio fáctico, como la trae del artículo 135 del Código Penal colombiano Ley 599 de 2.000, Libro II, Título I, Capítulo II que consagra:

Artículo 135. Homicidio en persona protegida. El que, con ocasión y en desarrollo de 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.

Entendiéndose por personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario cuando se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer o los integrantes de la población civil.

De acuerdo con este contexto, esta Sala ha reconocido que en Colombia ha existido un conflicto armado que ha desangrado nuestro país, y no es menos cierto que la confrontación se ha presentado entre grupos al margen de la ley, llámese guerrilla o paramilitares, con fuerzas del Estado, lo cual es de vieja data, por ello lo ocurrido en la acción y el resultado correspondiente a los hechos, en donde no existió enfrentamiento armado con grupo de la guerrilla, sino lo que se conoce como una ejecución extrajudicial en persona de la sociedad civil y protegida al tenor de lo señalado en la sentencia C- 291 de 2007.

Mediante informe oficio 021 BR 4- COMBCG4- CDO 375 de bajas en combate, fechado en Bello del 2 de febrero de 2005, se comunica al BRIGADIER GENERAL, COMANDANTE CUARTA BRIGADA, de Medellín, de los hechos ocurridos el 02 de febrero de 2005, durante el desarrollo de la Operación militar "EJEMPLAR" misión Táctica EPOPEYA donde tropas del batallón de Contraguerrillas No 4 Granaderos con la compañía Destructor 5. Al mando del ST ARIAS MORA HERLEY sostuvieron contacto armado contra terroristas de las ONT-FARC Frente 47 en zona rural de la vereda PITAL en las coordenadas 05° 40'02" 075°06' 43" jurisdicción del Municipio de Argelia en donde se dio de baja un NN Masculino y se incautó material de guerra. Así se reportó:

"El día 02 de febrero siendo las 04.00 am se inicia desplazamiento táctico en infiltración de la Vda la Quebra hacia el guamal, siendo las 06:00 se notan movimientos extraños hacia la Vda el indial y se dejan los equipos con "06" u procedemos con "05" siendo las ...la compañía Alcatraz desarrollo contacto armado en la Vda el Guamal, se logra tomar una comunicación de los bandidos en la cual informaban q' estaba un grupo perdido y al tomar dirección al puente colgante sobre el rio negro, razón por la cual monte emboscada sobre este sector; al estar emboscado por razón de 4 horas siendo las 15:00 aproximadamente se nota la presencia de 03 bandidos con armas largas en dirección del puente colgante por el mismo margen del lugar de la emboscada; se pierden de vista alrededor de 5 a 10 minutos; razón por la cual se ordena movernos en dirección a los bandidos vistos anteriormente con distancia entre 100 y 150 metros entre sí uno de ellos detecta la presencia de la tropa y abren fuego de inmediato y comienza el intercambio de disparo el cual se prolonga x espacio de 5 a 10 minutos en el cual nos aferramos al terreno desde una parte alta.....de nuestra

192

posición. Una vez controlada la situación se procede con el registro del área (sic) y se visualiza a terrorista en posición de cubito dorsal, al hacercarnos (sic) al cuerpo son hallados 02 minas de precisión recién instaladas y un tarro amarillo x tensión sin ser instalado aun (sic); se ordena al CS Ortega del Biosp verificar las minas y son destruidas, al llegar al cuerpo se notan q' el cuerpo presenta rastros de haber sido arrastrado pero no se encontró su arma de dotación se pudo encontrar 01 granada de fragmentación y un radio en la maraña Motorola Op 68"

injurada del procesado HERLEY ARIAS MORA, en ella señaló: "El 31 de enero siendo las 2:00 de la mañana, la COMPAÑÍA DESTRUCTOR al mando del señor Te. DUEÑAS BARRERA OSCAR, iniciamos desplazamiento hacia la vereda el GUAMAL, lugar donde se tenía la información de la presencia de bandido del 47 FRENTE DE LA FARC, haciendo el desplazamiento las contraguerrillas de DESTRUCTOR 5 y 6, llegando hasta la vereda VILLETA FLORIDA a las 5:00 de la mañana lugar donde permanecemos durante el resto del día sin dejarnos ver para no ser detectados por la población civil e integrantes de las MILICIAS del sector. El día 01 de febrero se reinicia el desplazamiento a las 2:00 de la mañana, llegando a la vereda la QUIEBRA a la 1:00 de la tarde a este sector se entra por la parte boscosa de difícil acceso, al llegar a la parte alta de la vereda la QUIEBRA se instalan observatorios hacia las siguientes veredas, la QUIEBRA, EL GUAMAL y la parte baja de la vereda EL INDIAL, en este lugar nos quedamos en resto del día, en las horas de la noche aproximadamente siendo las 20:00 horas se hace programa con el señor comandante de BATALLON, señor Mayor HERNÁNDEZ BOTIA JUAN con el resto de la unidades del Batallón, a la compañía GUAMAL; el día 02 de febrero iniciamos en las primeras horas de la mañana, siendo aproximadamente las 6:30 de la mañana se detiene el avance para verificar la presencia de bandidos sobre la vereda el PITAL, lugar por donde la Compañía DESTRUCTOR tenía establecido el eje de avance, en el lugar que se detiene el avance se queda la contraguerrilla de DESTRUCTOR 6 al mando del señor TE. DUEÑAS con sus equipos y los equipos de la contraguerrilla de DESTROCTOR 5 (sic), bajo mi mando, al llegar a la parte baja de la vereda el PITAL se detecta la presencia de aproximadamente 4 bandidos que vestían prendas oscuras y camufladas portando armas largas, en un sector donde se halló un cultivo de coca, estos bandidos nos detectaron y realizaron una serie de disparos hacia la tropa, estos bandidos fueron vistos a una distancia lineal de aproximadamente 800 a 1.000 metros, al querer nosotros iniciar con la persecución de estos bandidos se escuchan simultáneamente un gran volumen de disparos producto de armas de fuego en la parte ALTA de la vereda el

GUAMAL, lugar donde se encontraba la Compañía ALCATRAZ al mando de mi Capitán LOPEZ WANUMEN, este combate dura alrededor de 30 minutos, en el transcurso del combate inicio con la contraguerrilla de DESTRUCTOR 5 a replegarme hacia una parte más alta, la cual me brindara seguridad para mis hombres se obtiene por monitoria técnica suministrada por el equipo de monitoreo ubicado en la base que se encuentra en ARGELIA, de la conversación de terroristas en donde daban la orden de que había un grupo de estos bandidos perdidos que si lo copiaban tomaran dirección hacia le (sic) COLGANTE, que por ese lado no había nada, estos bandidos al referirse del COLGANTE es un puente que comunica la Vereda el PITAL con el GUAMAL sobre el RIO NEGRITO; al encontrarse la CONTRAGUERRILLA DESTRUCTOR 5 a mi mando ubicado en la parte baja de la vereda el PITAL nos ubicamos en inmediaciones al PUNETE (SIC) COLGANTE, lugar por donde se presume que llegarían los bandidos, en este lugar se encontraban el C3 DURAN RINCON JULIO CESAR, el soldado CARVAJAL RAMIRO DE JESUS, ORTIZ JHON Y DIAS OQUENDO ALFREDO. Siendo la una y media (1:00)(sic) de la tarde aproximadamente detectamos la presencia de 3 subversivos quienes portaban prendas de uso privativo del ejército y se les notaba armas largas estos subversivos se desplazaban por un camino que atraviesa la vereda el PITAL con los cultivos de coca hallados en las horas de la mañana por el mismo lugar en donde se encontraron los 4 subversivos en las horas de la mañana, estos bandidos seguían su avance en dirección le (sic) puente COLGANTE y los perdimos de vista por espacio de 15 minutos aproximadamente, al ver que los subversivos no llegaban al puente COLGANTE baje con mis hombres en búsqueda de estos bandidos, nos desplazamos por una mata de monte con el propósito de no ser detectados por estos bandidos, al localizar a estos bandidos solo vimos a dos de los tres que se vieron inicialmente, el último hombre de estos 3 se alerta de nuestra presencia y al detectarnos abre fuego contra las tropas, en estos momentos reaccionamos ante la situación y se produce el intercambio de disparos, que se prolonga por espacios de 10 minutos, al terminar los disparos procedemos a realizar un registro del aérea encontrando el cadáver de uno de los subversivos que se encontraba boca abajo, al llegar al lugar donde se encontraba abatido le (sic) terrorista se detecta dos minas antipersonal de accionar con jeringa, al encontrar estos artefactos explosivos, pido el apoyo del GRUPO EXDE del batallón OSPINA que se encontraba con el resto de la contraguerrilla brindando seguridad en la parte ALTA DE la vereda el PITAL, el grupo EXDE bajo el mando del cabo tercero ORTEGA, se dirigen hasta el lugar de los hechos y proceden a desactivar y destruir el campo minado que se encontraba en el sector en

donde además se encontró una tercera mina de sistema eléctrico sin instalar una vez se despeja el sector se toma fotografía del cuerpo en la misma forma en que fue hallado..."

las indagatorias de JULIO CESAR DURAN RINCON, cabo segundo quien narró: "El día 31 de enero Salló la compañía del municipio de Argelia hacia la vereda La Quebra a cumplir una operación con dos guías que conocían el área hacia donde íbamos, llegando a ese lugar el día primero de febrero montamos la seguridad y colocamos observatorios a los puntos críticos, esa misma noche se recibió la orden que sigiéramos hacia la vereda El Guamal, el día dos por la mañana iniciamos el desplazamiento hacia la vereda El Guamal, a las diez de la mañana aproximadamente la compañía Alcatraz entró en combate con terroristas que se encontraban en el área, después de los combates nos informaron que por monitoreo decían los bandidos que había un grupo de ellos perdidos, nosotros bajamos hacia los lados del puente, por donde podían pasar los bandidos, luego vimos unos bandidos en camuflado y con armas largas, pero los perdimos de vista por un rato, luego tomamos una seguridad escalafonada para evitar ser sorprendidos por los bandidos, en ese momento que nos encontrábamos en el dispositivo fuimos hostigados por los bandidos de la mata de monte que se encontraba en la parte alta de donde estábamos nosotros, eso duro de diez a veinte minutos aproximadamente, luego que ya no se escuchó nada de disparos procedimos a hacer un registro en el área...luego de eso se encontró un cadáver"

El guerrillero dado de baja resultó ser JHON JAIRO ARANGO, persona que por declaraciones recibidas en el expediente había sido detenida, por militares, antes del falso combate y por estas razones no se acepta y se hunde la teoría de un supuesto combate entre fuerzas irregulares de las FARC y efectivos del Ejército Nacional que viene siendo pregonado y sostenido por los procesados.

Un combate, como lo ha entendido la Sala en otros pronunciamientos, y la misma palabra lo indica, es una arremetida entre contrarios, entre enemigos, es un ataque entre fuerzas opositoras, sea cual sea su ideología, son enemigos entre sí, pues nadie se enfrenta de esa manera con un amigo o aliado. Para este caso en concreto, con la

independencia de cada uno de los hechos, se puede concluir que existió la retención de una persona en contra de su voluntad, indefensas, desarmadas, que ante la presencia de las armas, de miembros del ejército nacional, militares que aprovechando las condiciones de la zona, fue llevada a un sitio y posteriormente aparece reportada por estas mismas autoridades como guerrillero dado de baja en combate, incautándose material de guerra.

No se requiere determinar si esa persona era o no guerrillero, por cuanto al ser retenido antes de la simulada acción de un combate armado, debía estar bajo la protección de la Fuerzas Militares y por ende del Estado, no se requiere precisar si existían o no minas en la zona, porque era de conocimiento de los soldados en ese sector si existían minas antipersonales, pero si sirvieron para hacer una pantomima o representación de necesitar a un grupo especializado, que sustentara la presencia de ese tipo de artefacto, cuando algunos de los soldados, como en la ampliación de injurada, JHON JANDER ORTIZ HIGUITA fue claro en manifestar que si sabían de que los caminos estaban minados y sabían dónde había esas minas, pero que ese día vieron varias minas en el camino y no hicieron nada por desactivarlas, solo desactivaron las que estaban cerca al cadáver.

Además no se requiere saber si JHON JAIRO ARANGO tenía o no arma de largo alcance, si tenía minas en sus cercanías, si se realizó inspección judicial o no para determinar trayectoria, si el cadáver presentaba determinada trayectoria o no, si los soldados gastaron municiones o no, si se cometieron errores en la inspección judicial, ya que con solo demostrar que JHON JAIRO ARANGO había sido secuestrado, retenido ilegalmente y previamente por los militares, privado de su libertad hasta el momento de su muerte, se desvirtúa cualquier tipo de confrontación armada entre el occiso y la tropa, quedando al descubierto el homicidio de esta persona y su presentación ante la autoridades como "bajas en combate".

Ante estas reflexiones y cavilaciones como se ha definido³¹ la Corte Internacional de Justicia, el principio de distinción busca "la protección de la población civil y de objetos civiles, y establece la distinción entre combatientes y no combatientes; los Estados nunca pueden hacer a los civiles objeto de ataques, y en consecuencia nunca pueden utilizar armas que sean incapaces de diferenciar entre objetivos civiles y militares".

Es por eso que corresponde como un deber, a las Fuerzas Militares y todas las partes involucradas en un conflicto armado no internacional, distinguir entre civiles y combatientes, en el sentido de diferenciar en todo momento entre los civiles, personas fuera de combate y los combatientes, entre objetivos militares y personas o bienes civiles para efectos de preservar a las personas civiles y sus bienes³².

Esta norma está plasmada en tratados internacionales aplicables a conflictos armados internos y vinculantes para Colombia, forma parte del derecho internacional humanitario consuetudinario, y tiene en sí misma el rango de ius cogens. Es por ello que la Corte Constitucional en la sentencia C-291 de 2007 señaló:

3.3. Definición de los términos "combatientes", "civiles" y "personas fuera de combate" para efectos de la aplicación del principio de distinción en conflictos armados no internacionales.

La cabal aplicación del principio de distinción en los conflictos armados no internacionales exige claridad conceptual respecto de los conceptos de "combatientes", "personas civiles", "población civil" y "personas fuera de combate". A pesar de que estas nociones adquieren un contenido específico en los conflictos armados no internacionales, el Protocolo Adicional II no contiene una definición de los mismos; por lo tanto, las cortes internacionales han hecho usualmente recurso a definiciones de tipo consuetudinario, doctrinal y jurisprudencial. Actualmente estas definiciones se encuentran, en lo esencial, consolidadas a nivel consuetudinario.

3.3.1. "Combatientes"

³¹ C-291 de 2007.

³² En la sentencia C-291 de 2007 se señala: Así lo afirmó el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia: "Las partes en un conflicto están obligadas a esforzarse por distinguir entre objetivos militares y personas o bienes civiles" [Traducción informal: "The parties to the conflict are obliged to attempt to distinguish between military targets and civilian persons or property". Caso del *Fiscal vs. Tihomir Blaskic*, sentencia del 3 de marzo del 2000.

El término "combatientes" en Derecho Internacional Humanitario tiene un sentido genérico, y un sentido específico. En su sentido genérico, el término "combatientes" hace referencia a las personas que, por formar parte de las fuerzas armadas y los grupos armados irregulares, o tomar parte en las hostilidades, no gozan de las protecciones contra los ataques asignadas a los civiles. En su sentido específico, el término "combatientes" se utiliza únicamente en el ámbito de los conflictos armados internacionales para hacer referencia a un status especial, el "status de combatiente", que implica no solamente el derecho a tomar parte en las hostilidades y la posibilidad de ser considerado como un objetivo militar legítimo, sino también la facultad de enfrentar a otros combatientes o individuos que participan en las hostilidades, y el derecho a recibir trato especial cuando ha sido puesto fuera de combate por rendición, captura o lesión - en particular el status conexo o secundario de "prisionero de guerra".

Precisa la Corte que para los efectos del principio de distinción en su aplicación a los conflictos armados internos, y de las distintas reglas que lo componen en particular, el Derecho Internacional Humanitario utiliza el término "combatientes" en su sentido genérico. Está fuera de duda que el término "combatientes" en sentido específico, y las categorías jurídicas adjuntas como "status de prisionero de guerra", no son aplicables a los conflictos armados internos.

3.3.2. "Personas civiles" y "población civil"

Para los efectos del principio de distinción en su aplicación a los conflictos armados internos, el término "civil" se refiere a las personas que reúnen las dos condiciones de (i) no ser miembros de las fuerzas armadas u organizaciones armadas irregulares enfrentadas y (ii) no tomar parte en las hostilidades, sea de manera individual como "personas civiles" o "individuos civiles", o de manera colectiva en tanto "población civil". La definición de "personas civiles" y de "población civil" es similar para los distintos propósitos que tiene en el Derecho Internacional Humanitario en su aplicación a los conflictos armados internos - por ejemplo, se ha aplicado jurisprudencialmente la misma definición de "civil" para efectos de caracterizar una determinada conducta, en casos concretos, como un crimen de guerra o como un crimen de lesa humanidad³³.

3.3.2.1. "Personas civiles"

Una persona civil, para los efectos del principio de distinción en los conflictos armados no internacionales, es quien llena las dos condiciones de no ser miembro de las Fuerzas Armadas o de los grupos armados irregulares enfrentados, y no tomar parte activa en las hostilidades.

El primer requisito -el de no ser miembro de las Fuerzas Armadas o grupos armados irregulares-, ha sido señalado en la Sistematización del CICR como una definición consuetudinaria de la noción de "civil"³⁴.

³³ Ver, por ejemplo, el caso del *Fiscal vs. Stanislav Galic*, sentencia del 5 de diciembre de 2003.

³⁴ Ver la Sistematización del CICR, Norma 5: "Son personas civiles quienes no son miembros de las fuerzas armadas. La población civil comprende a todas las personas civiles." Se precisa en tal estudio que esta norma es aplicable, para efectos del principio de distinción, en los conflictos armados no internacionales.

Por su parte, el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia ha indicado que para efectos de la aplicación de las protecciones consagradas en las normas que penalizan los crímenes de guerra, los civiles son "las personas que no son, o han dejado de ser, miembros de las fuerzas armadas"³⁵, entendidas éstas para comprender tanto a los cuerpos armados estatales oficiales como a los grupos armados irregulares.

El segundo requisito -el de no tomar parte en las hostilidades- ha sido indicado por múltiples instancias internacionales. Según ha precisado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las garantías mínimas establecidas en el artículo 3 común se aplican, en el contexto de los conflictos armados internos, a quienes no toman parte directa o activa en las hostilidades, incluida la población civil y las personas puestas fuera de combate por rendición, captura u otras causas³⁶. El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia ha indicado que para efectos de determinar el carácter civil de las personas amparadas por las garantías que se consagran, entre otras, en el Artículo 3 Común -aplicable a los conflictos armados internos-, "es necesario demostrar que las violaciones se cometieron contra personas que no estaban directamente involucradas en las hostilidades"³⁷, para lo cual se debe aplicar el criterio establecido en el caso Tadic: "si, al momento de la comisión del hecho ayudidamente ilícito, la supuesta víctima de los actos proscritos estaba tomando parte directamente en las hostilidades, hostilidades en el contexto de las cuales se dice haber cometido el hecho supuestamente ilícito. Si la respuesta a esta pregunta es negativa, la víctima goza de la protección de las proscipciones contenidas en el Artículo 3 común"³⁸. En consecuencia, la determinación del carácter civil de una persona o de una población depende de un análisis de los hechos específicos frente a los cuales se invoca dicha condición, más que de la mera invocación de su status legal en abstracto³⁹, y teniendo en cuenta que -según se señaló anteriormente-

³⁵ Traducción informal: "Civilians within the meaning of Article 3 are persons who are not, or no longer, members of the armed forces". Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Tihomir Blaskic**, sentencia del 3 de marzo del 2000.

³⁶ En términos de la Comisión: "El objetivo básico del artículo 3 común es disponer de ciertas normas legales mínimas que se puedan aplicar en el curso de hostilidades para proteger a las personas que no tomaron, o que ya no toman parte directa o activa en las hostilidades. Las personas que tienen derecho a la protección que legalmente les confiere el artículo 3 común, incluyen a los miembros del gobierno y de las fuerzas disidentes que se rinden, son capturados o están fuera de combate (*hors de combat*). De igual modo, los civiles están protegidos por las garantías del artículo 3 común, cuando son capturados o de alguna otra manera quedan sujetos a la autoridad de un adversario, incluso aunque hayan militado en las filas de la parte opositora."

³⁷ Traducción informal: "Where the charges are specifically based on Common Article 3, it is necessary to show that the violations were committed against persons not directly involved in the hostilities." Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Tihomir Blaskic**, sentencia del 3 de marzo del 2000.

³⁸ Traducción informal: "whether, at the time of the alleged offence, the alleged victim of the proscribed acts was directly taking part in hostilities, being those hostilities in the context of which the alleged offences are said to have been committed. If the answer to that question is negative, the victim will enjoy the protection of the proscriptions contained in Common Article 3". Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, **Caso del Fiscal v. Dusko Tadic**, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995, par. 70. Reiterado en el caso del **Fiscal vs. Sefer Halilovic**, sentencia del 16 de noviembre de 2005.

³⁹ Afirmó el Tribunal que "las conclusiones basadas en este criterio dependerán de un análisis de los hechos más que del derecho" [Traducción informal: "The conclusions grounded on this criterion will depend on an analysis of the facts rather than the law." Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Tihomir Blaskic**, sentencia del 3 de marzo del 2000. Esta regla de apreciación fáctica para determinar el status de civil, no se aplica en relación con los miembros de las Fuerzas Armadas, quienes no pierden su condición de participantes activos en las hostilidades por el hecho de no encontrarse en situación de combate en un momento determinado. Así lo ha explicado la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, al precisar que la regla según la cual la situación específica de la víctima al momento de los hechos debe tomarse en cuenta al determinar su status como civil, no debe prestarse a malentendidos en el sentido de adscribir esta categoría a los miembros de las Fuerzas Armadas por el hecho de no encontrarse combatiendo en un momento determinado. En términos del Tribunal: "Sin embargo, la postura de la Sala de Decisión según la cual la situación específica de la víctima al momento de la comisión de los crímenes debe ser tenida en cuenta al determinar su posición de civil, puede prestarse a malentendidos. El Comentario del CICR es ilustrativo en este punto y establece: Todos los miembros de las fuerzas armadas son combatientes, y

la noción de "hostilidades", al igual que la de "conflicto armado", trasciende el momento y lugar específicos de los combates, para aplicarse según los criterios geográficos y temporales que demarcan la aplicación del Derecho Internacional Humanitario⁴⁰.

3.3.2.2. "Población civil"

Una población se considera como "población civil" si su naturaleza es predominantemente civil⁴¹. La noción de "población civil" comprende a todas las personas civiles individualmente consideradas⁴². La presencia entre la población civil de miembros de las fuerzas armadas o de grupos armados irregulares, de personas puestas fuera de combate, de personas activamente involucradas en el conflicto o de cualquier otra persona que no quede amparada por la definición de "civil", no altera el carácter civil de dicha población⁴³. "No es necesario que todos y cada uno de los

solamente los miembros de las fuerzas armadas son combatientes. Ello debería descartar, por lo tanto, la noción de cuasi-combatientes, que a veces se ha utilizado basada en actividades que se relacionan más o menos directamente con los esfuerzos bélicos. En forma similar, cualquier noción de un status de tiempo parcial, de un status semi-civil y semi-militar, de soldado de noche y ciudadano pacífico de día, también desaparece. Un civil que se incorpora a una organización armada (...) se convierte en un miembro del aparato militar y en combatiente durante la duración de las hostilidades (o, en cualquier caso, hasta que haya sido permanentemente desmovilizado por el comando responsable...), sea que se encuentre o no en combate, o por ese momento armado. (...) En consecuencia, la situación específica de la víctima al momento de la comisión de los crímenes puede no ser determinante de su estatus de civil o no civil. Si es, en efecto, un miembro de una organización armada, el hecho de que se encuentre o no armado o en combate al momento de la comisión de los crímenes no le atribuye el status de civil" [Traducción informal: "However, the Trial Chamber's view that the specific situation of the victim at the time the crimes were committed must be taken into account in determining his standing as a civilian may be misleading. The ICRC Commentary is instructive on this point and states: All members of the armed forces are combatants, and only members of the armed forces are combatants. This should therefore dispense with the concept of quasi-combatants, which has sometimes been used on the basis of activities related more or less directly with the war effort. Similarly, any concept of a part-time status, a semi-civilian, semi-military status, soldier by night and peaceful citizen by day, also disappears. A civilian who is incorporated in an armed organization such as that mentioned in paragraph 1, becomes a member of the military and a combatant throughout the duration of the hostilities (or in any case, until he is permanently demobilized by the responsible command referred to in paragraph 1), whether or not he is in combat, or for the time being armed. (...) As a result, the specific situation of the victim at the time the crimes are committed may not be determinative of his civilian or non-civilian status. If he is indeed a member of an armed organization, the fact that he is not armed or in combat at the time of the commission of crimes, does not accord him civilian status". Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Tihomir Blaskic**, sentencia de la Sala de Apelaciones del 29 de junio de 2004.]"

⁴⁰ Ver, a este respecto, el caso del **Fiscal vs. Seler Halilovic**, sentencia del 16 de noviembre de 2005

⁴¹ Ver a este respecto los casos del **Fiscal vs. Blagojevic y Jokic**, sentencia del 17 de enero de 2005, y del **Fiscal vs. Dario Kordic y Mario Cerkez**, sentencia del 26 de febrero de 2001.

⁴² Ver la Sistematización del CICR, Norma 5: "Son personas civiles quienes no son miembros de las fuerzas armadas. La población civil comprende a todas las personas civiles."

⁴³ "La presencia de combatientes individuales entre la población no cambia su carácter civil". [Traducción informal: "The presence of individual combatants within the population does not change its civilian character."] Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Stanislav Galic**, sentencia del 5 de diciembre de 2003, reiterado en el caso de **Fiscal vs. Blagojevic y Jokic**, sentencia del 17 de enero de 2005. Ver igualmente el caso **Blaskic**: "la presencia dentro de la población civil de individuos que no encuentran bajo la definición de civiles no priva a tal población de su carácter civil" (...) Finalmente, puede concluirse que la presencia de soldados dentro de una población civil atacada intencionalmente no altera la naturaleza civil de esa población" [Traducción informal: "[t]he presence within the civilian population of individuals who do not come within the definition of civilians does not deprive the population of its civilian character". (...) Finally, it can be concluded that the presence of soldiers within an intentionally targeted civilian population does not alter the civilian nature of that population". Caso del **Fiscal vs. Tihomir Blaskic**, sentencia del 3 de marzo del 2000], y el caso **Kupreskic**: "la presencia de quienes están activamente involucrados en el conflicto no debe impedir la caracterización de una población como civil" [Traducción informal: "the presence of those actively involved in the conflict should not prevent the characterization of a population as civilian". Caso del **Fiscal vs. Zoran Kupreskic y otros**, sentencia del 14 de enero de 2000]. La Sala de Apelaciones del tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia ha precisado que la regla según la cual la presencia de soldados dentro de una población civil no altera su naturaleza como tal, debe ser apreciada teniendo en cuenta el número de soldados, así como si están en licencia o si se encuentran permanentemente asentados en medio de la población; así, en el caso **Blaskic** se explicó: "La Sala de Decisión también afirmó que la 'presencia de soldados dentro de una población civil intencionalmente atacada no altera la naturaleza civil de esa población'. El Comentario del CICR en este punto dispone: ...en tiempos de guerra es inevitable que individuos que pertenecen a la categoría de combatientes se entremezclen con la población civil, por ejemplo, soldados de licencia visitando a sus familias. Sin embargo, siempre y cuando éstas no sean unidades regulares con números significativamente altos, ello no cambia de ninguna manera el carácter civil de una población. Por lo tanto, para efectos de determinar si la presencia

miembros de esa población sean civiles – es suficiente con que sea de naturaleza predominantemente civil, y puede incluir, por ejemplo, individuos puestos fuera de combate”⁴⁴.

Por otra parte, a nivel de derecho consuetudinario cuando las personas civiles o fuera de combate asumen una participación directa en las hostilidades, pierden las garantías previstas por el principio de distinción⁴⁵, únicamente durante el tiempo que dure su participación en el conflicto⁴⁶. Así lo establece a nivel convencional el artículo 13-3 del Protocolo Adicional II, en virtud del cual “las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.”

3.3.3. “Personas fuera de combate” en tanto “no combatientes”

La protección establecida por el principio de distinción cubre no solamente a las personas civiles, sino también, dentro de la categoría más amplia de “no combatientes”, a las personas que habiendo participado en las hostilidades, han sido puestas fuera de combate por (i) estar en poder de otro actor armado en el conflicto, (ii) no poder defenderse en razón de estar inconscientes, haber naufragado, estar heridas o estar enfermas, o (iii) haber expresado en forma clara su intención de rendirse, absteniéndose de actos hostiles y de intentos de evasión. La protección de las personas que fuera de combate está prevista en el Artículo 3 Común de las

de soldados dentro de una población civil priva a la población de su carácter civil, el número de soldados, así como si se encuentran en licencia, debe ser examinado.” [Traducción informal: “The Trial Chamber also stated that the “presence of soldiers within an intentionally targeted civilian population does not alter the civilian nature of that population.” The ICRC Commentary on this point states: ...in wartime conditions it is inevitable that individuals belonging to the category of combatants become intermingled with the civilian population, for example, soldiers on leave visiting their families. However, provided that these are not regular units with fairly large numbers, this does not in any way change the civilian character of a population. Thus, in order to determine whether the presence of soldiers within a civilian population deprives the population of its civilian character, the number of soldiers, as well as whether they are on leave, must be examined”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Tihomir Blaskic, sentencia de la Sala de Apelaciones del 29 de junio de 2004.] Idéntica regla fue reiterada en los casos del Fiscal vs. Radoslav Brdjanin, sentencia del 1º de septiembre de 2004, y del Fiscal vs. Dario Kordic y Mario Cerkez, sentencia del 26 de febrero de 2001.

⁴⁴ Traducción informal: “It is not required that every single member of that population be a civilian – it is enough if it is predominantly civilian in nature, and may include, e.g., Individuals hors de combat.” [35] Jelisić Trial Judgement, para. 54; Blaškić Appeal Judgement, paras 111-113. For ICTR jurisprudence, see Akayesu Trial Judgement, para. 582; Kayishema Trial Judgement, para. 128.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Radoslav Brdjanin, sentencia del 1º de septiembre de 2004.

⁴⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997: “...Concretamente, cuando civiles como los que atacaron el cuartel de La Tablada, asumen el papel de combatientes al participar directamente en el combate, sea en forma individual o como integrantes de un grupo, se convierten en objetivos militares legítimos. En tal condición, están sujetos al ataque directo individualizado en la misma medida que los combatientes. Por consiguiente, en virtud de sus actos hostiles, los atacantes de La Tablada perdieron los beneficios de las precauciones antes mencionadas en cuanto al ataque y contra los efectos de ataques indiscriminados o desproporcionados, acordados a los civiles en actitud pacífica. En contraposición, esas normas del Derecho humanitario siguen aplicándose plenamente con respecto a los civiles pacíficos presentes o residentes en los alrededores del cuartel de La Tablada, al momento de ocurrir las hostilidades”. Ver en el mismo sentido la Regla 6 de la Sistematización del CICR: “Las personas civiles gozan de protección contra los ataques, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación”.

⁴⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997: “...La Comisión desea hacer hincapié, sin embargo, en que las personas que participaron en el ataque contra el cuartel eran objetivos militares legítimos solo durante el tiempo que duró su participación activa en el conflicto. Los que se rindieron, fueron capturados o heridos y cesaron los actos hostiles, cayeron efectivamente en poder de los agentes del Estado argentino, quienes, desde un punto de vista legal, ya no podía atacarlos o someterlos a otros actos de violencia. Por el contrario, eran absolutamente acreedores a las garantías irrevocables de trato humano estipuladas en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y en el artículo 5 de la Convención Americana. El mal trato intencional, y mucho más la ejecución sumaria, de esas personas heridas o capturadas, constituiría una violación particularmente grave de esos instrumentos.”

Convenciones de Ginebra y en el artículo 7 del Protocolo Adicional II47, y además es una norma de derecho internacional consuetudinario48 que ha sido aplicada en tanto tal por los Tribunales Penales para Ruanda y Yugoslavia, los cuales han explicado que en el marco de conflictos armados internos, la protección provista por el Artículo 3 Común a las Convenciones de Ginebra (que tiene carácter consuetudinario) ampara, en general, a las personas que por una razón u otra, incluyendo las que se acaban de enumerar, ya no estaban directamente involucradas en los combates49.

Al igual que en el caso de los "civiles", cuando las personas fuera de combate asumen una participación directa en las hostilidades, pierden las garantías provistas por el principio de distinción50, únicamente durante el tiempo que dure su participación en el conflicto51.

47 Artículo 7: "1. Todos los heridos, enfermos y náufragos, hayan o no tomado parte en el conflicto armado, serán respetados y protegidos. // 2. En toda circunstancia serán tratados humanamente y recibirán, en la medida de lo posible y en el plazo más breve, los cuidados médicos que exija su estado. No se hará entre ellos distinción alguna que no esté basada en criterios médicos."

48 En palabras del Tribunal, "el Artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra dispone que Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo." El que estas personas están protegidas durante los conflictos armados refleja un principio de derecho internacional consuetudinario [Traducción informal: "Common Article 3 of the Geneva Conventions provides that "Persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat by sickness, wounds, detention, or any other cause, shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction founded on race, colour, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria." That these persons are protected in armed conflicts reflects a principle of customary international law". Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del *Fiscal vs. Tihomir Blaskic*, sentencia de la Sala de Apelaciones del 29 de junio de 2004.] En igual sentido, ver la Sistematización del CICR, Norma 47: "Queda prohibido atacar a una persona cuando se reconozca que está fuera de combate. Está fuera de combate toda persona: (a) que está en poder de una parte adversa; (b) que no puede defenderse porque está inconsciente, ha naufragado o está herida o enferma; o (c) que exprese claramente su intención de rendirse; siempre que se abstenga de todo acto hostil y no trate de evadirse."

49 Esta regla fue sintetizada así por el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia en el caso *Blaskic*: "...el Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, cuya naturaleza consuetudinaria fue reconocida, en particular, por la Sala de Apelaciones en la decisión *Tadic*, protege no solamente a las personas que no toman parte activa en las hostilidades sino también a los miembros de las fuerzas armadas que han depuesto sus armas y a las personas puestas fuera de combate por enfermedad, heridas, captura o cualquier otra causa. Más aún, la Sala de Decisión I del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, que decidió sobre el caso *Akayesu*, se basó en esta disposición para clasificar como civiles en el sentido del Artículo 3 del Estatuto del Tribunal a personas que por una u otra razón ya no estaban involucradas directamente en los combates" [Traducción informal: "In this spirit, it is appropriate to state that Article 3 common to the Geneva Conventions, whose customary nature was recognised, in particular, by the Appeals Chamber in the *Tadic* Appeal Decision, protects not only persons taking no active part in the hostilities but also members of armed forces who have laid down their arms and persons placed hors de combat by sickness, wounds, detention or any other cause. Moreover, Trial Chamber I of the ICTR which heard the *Akayesu* case relied on this provision to classify as civilians within the meaning of Article 3 of the ICTR Statute persons who for one reason or another were no longer directly involved in fighting". Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del *Fiscal vs. Tihomir Blaskic*, sentencia del 3 de marzo del 2000.

50 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso "La Tablada" - Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - *Juan Carlos Abella vs. Argentina*, 18 de noviembre de 1997: "Concretamente, cuando civiles como los que atacaron el cuartel de La Tablada, asumen el papel de combatientes al participar directamente en el combate, sea en forma individual o como integrantes de un grupo, se convierten en objetivos militares legítimos. En tal condición, están sujetos al ataque directo individualizado en la misma medida que los combatientes. Por consiguiente, en virtud de sus actos hostiles, los atacantes de La Tablada perdieron los beneficios de las precauciones antes mencionadas en cuanto al ataque y contra los efectos de ataques indiscriminados o desproporcionados, acordados a los civiles en actitud pacífica. En contraposición, esas normas del Derecho humanitario siguen aplicándose plenamente con respecto a los civiles pacíficos presentes o residentes en los alrededores del cuartel de La Tablada, al momento de ocurrir las hostilidades".

51 COMISION INTERAMERICANA, CASO LA TABLADA: "...La Comisión desea hacer hincapié, sin embargo, en que las personas que participaron en el ataque contra el cuartel eran objetivos militares legítimos solo durante el tiempo que duró su participación activa en el conflicto. Los que se rindieron, fueron capturados o heridos y cesaron los actos hostiles, cayeron efectivamente en poder de los agentes del Estado argentino, quienes, desde un punto de vista legal, ya no podían atacarlos o someterlos a otros actos de violencia. Por el contrario, eran absolutamente acreedores a las garantías irrevocables de trato humano estipuladas en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y en el artículo 5 de la Convención Americana. El mal trato intencional, y mucho más

Así las cosas, la determinación que una persona se encuentra fuera de combate esta dado en el hecho que se encuentre debidamente identificada como tal, tanto se le considera "no combatientes", porque a pesar de haber participado en las hostilidades, estas han sido colocada fuera de los enfrentamientos armados por o haber expresado en forma clara su intención de rendirse, absteniéndose de actos hostiles y de intentos de evasión es una protección que debe ser ampara bajo el Artículo 3 Común de las Convenciones de Ginebra y en el artículo 7 del Protocolo Adicional II, norma de derecho internacional consuetudinario y es un persona civil, para los efectos del principio de distinción en los conflictos armados no internacionales, quien llena las dos condiciones de no ser miembro de las Fuerzas Armadas o de los grupos armados irregulares enfrentados, y no tomar parte activa en las hostilidades.

En estos términos debemos señalar que JHON JAIRO ARANGO era persona protegida, porque se entiende había sido retenida previamente a los hechos, sin orden escrita de autoridad competente, y sin que fuera una situación de flagrancia, en el marco de un conflicto armado, y luego apareció muerto en lo que se puede llamar una ejecución extrajudicial.

Para la Sala es clara la presencia guerrillera en la zona, la cual era permanente y del común vivir de esta y otras comunidades en nuestro país, y así lo hemos reconocido en otras decisiones, ello debido a la falta de la presencia del Estado, fundamentalmente en la ausencia de la autoridad policiva o militar que contrarrestara los avances que esos grupos armados por fuera de la ley generaban en la colectividad y que producían un orden ilegítimo que se creaba de su parte ante esas personas miembros de esas zonas.

Choque que se manifestaba, como se ha reconocido, cuando la actividad diaria de esas personas estaba enmarcada en el desarrollo de

la ejecución sumaria, de esas personas heridas o capturadas, constituiría una violación particularmente grave de esos instrumentos."

198'

Por ello, no puede hablarse que la lógica indica que en una zona en conflicto todos son guerrilleros, no se pierda de vista que hacer aseveraciones de esa naturaleza desdibuja la realidad de los acontecimientos y se enfrenta a criterios ya definidos por organismos internacionales y por la misma Corte Constitucional en la sentencia que se ha comentado antes.

Ahora bien, quien formare parte de grupos al margen de la ley, debe responder ante las instituciones debidamente creadas para esos fines que es la autoridad judicial, llámese Fiscalía General de la Nación o Jueces y Magistrados de la Republica, quienes en el marco de las garantías y derechos consagrados en la ley y la constitución resolverían la participación y posibles responsabilidades, más no coger la justicia por las manos y mucho menos desdibujar el sentido que tiene la institución militar para hacer uso de ella y proceder en el margen de la ley, como en este caso.

Se desconoce por los procesados el hecho que la muerte de JHON JAIRO ARANGO no fue por fuera de un combate, Para la Sala es cierto que siempre se ha alegado que esa muerte se produjo en un combate. Se ha dicho que todas las declaraciones concuerdan en datos precisos sobre ese enfrentamiento y por ello merecen credibilidad, porque no existen contradicciones. Las declaraciones se valoran, y así lo hizo el A-quo, por lo que si bien entre las declaraciones de MARIA LILIANA e IVAN DARIO existan contradicciones, no significa que en el fondo de lo esencial, no estén de acuerdo, ellos son claros, a JHON JAIRO ARANGO se lo llevaron miembros del ejército nacional y luego aparecieron muertos, esa es la realidad que demuestran las declaraciones y conlleva a una verdad histórica de los hechos que está probada.

Por lo anterior se ha demostrado que se le secuestró con actos de fuerza y luego apareció muerto como en enfrentamiento con la guerrilla, los miembros del Ejército tenían guías que le daban información sobre quién

mandato por el cual: *'Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable'* y es claro por los funcionarios judiciales que es prioritaria y esencial finalidad del Estado garantizar la efectividad de los derechos de los asociados, cuyo teleológico cometido en materia criminal le impone la vigencia de las garantías judiciales prevenidas en el artículo 29 de la Carta Política. Entre ellas la tipicidad como expresión garante del principio de legalidad y del apotegma *nullum crimen, nulla poena sine lege*, acorde con el cual los elementos integradores de la conducta punible –y la correlativa sanción–, deben ser no solo previamente señalados en el texto legal, sino que a la hora de emerger el juicio de reproche deben estar plenamente demostrados en el proceso por parte del Estado.

Der allí que sobre la presunción de inocencia se ha escrito en la Jurisprudencia⁵² que:

"Pero también que la Constitución Política y la ley amparan la presunción de inocencia de quien es sometido a la incriminación penal. Derecho fundamental del investigado acorde con el cual no está obligado a presentar al juez prueba alguna demostrativa de su inocencia, imponiéndose por contraprestación que sean las autoridades judiciales quienes deban demostrar la culpabilidad, en los términos en que la interpretación constitucional también lo ha decantado al señalar que:

"La presunción de inocencia se encuentra reconocida en el artículo 29 inciso 4º de la Constitución Política, mandato por el cual: *'Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable'*. Este postulado cardinal de nuestro ordenamiento jurídico, no admite excepción alguna e impone como obligación la práctica de un debido proceso, de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y la ley consagran para desvirtuar su alcance.

Etimológicamente se entiende por presumir, suponer algo por indiscufible aunque no se encuentre probado. La presunción consiste en un juicio lógico del constituyente o del legislador, por virtud del cual, considera como cierto un hecho con fundamento en las reglas o máximas de la experiencia que indican el modo normal como el mismo sucede. La presunción se convierte en una guía para la valoración de las pruebas, de tal manera que las mismas deben demostrar la incertidumbre en el hecho presunto o en el hecho presumido.

⁵²Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, radicado 22179 del 09-03-2006

"se dirigía a cumplir un compromiso laboral con uno de los vecinos, habitante de la vereda la Quebra del municipio de Argelia, fue abordado por integrantes de una unidad militar adscrita a la Cuarta Brigada del ejército Nacional que hacía presencia en la Zona. Según las informaciones, en un principio los familiares y vecinos del señor John Jairo Arango asumieron que había desaparecido, pero el 3 de febrero, cuando habían emprendido su búsqueda y la recolección de información descubrieron que una persona, que había sido reportada por el ejército como un guerrillero al que habían incautado un radio de comunicación y una granada de fragmentación había sido dado debaja(sic) según los miembros del ejército cuando pretendía instalar un campo minado, era en realidad el señor John Jairo Arango. De acuerdo con la información recolectada por la familia del señor John Jairo Arango y por vecinos de la vereda la Quebra y el Pital, el martes 1° de febrero de 2005, cuando llegaba a la casa de unos vecinos fue retenido en forma violenta por algunos soldados que se encontraban en el lugar y fue conducido hacia un paraje desconocido. Al día siguiente varias personas fueron festigos que los soldados llevaban con los ojos vendados al Sr. John Jairo Arango cerca de la vereda la Quebra" (oficio of105-20400/AUV 21200, abril 05 de 2005, f.119)

En el mismo sentido la Defensoría del Pueblo, el 7 de marzo de 2005, envía copia de correo electrónico que señala la existencia de una Ejecución extrajudicial en ARGELIA, en esa comunicación la Corporación Jurídica Libertad denuncia ante la opinión pública nacional e internacional un nuevo caso de ejecución extrajudicial cometida por integrantes del Ejército Nacional en contra del señor JOHN JAIRO ARANGO, habitante de la vereda el Pital del Municipio de Argelia (Antioquia) El señor JOHN JAIRO ARANGO el día 1 de febrero de 2005 en ella indica:

"se dirigía en las horas de la tarde a cumplir un compromiso laboral con uno de los vecinos, habitante de la vereda La Quebra del municipio de Argelia, cuando fue abordado por integrantes de una unidad militar adscrita a la Cuarta Brigada del ejército Nacional que hacía presencia en la Zona. Inicialmente los familiares y vecinos del señor Arango asumieron que había desaparecido, pero el 3 de febrero, cuando habían emprendido su búsqueda y la recolección de información descubrieron que una persona que había sido reportada por el ejército como un guerrillero dado de baja cuando pretendía instalar un campo minado y al que le habían incautado un radio de comunicación y una granada de fragmentación era John Jairo Arango.

De acuerdo con la información recolectada por la familia del señor John Jairo y por vecinos de la vereda la Quebra y el Pital, el martes

INDIAL, en donde encontramos grandes cultivos de coca, decidimos, bajar mas, en donde notamos la presencia de cuatro subversivos, de camuflado, con armas largas, a una distancia aproximada de mil metros, razón por la cual, no alcanzamos a continuar con el avance y se procedió a instalar la pieza de ametralladora en dirección de ellos, en este momento, fuimos detectados por el enemigo, quienes nos disparaban con sus armas y emprendieron la huida, en ese momento, íbamos a iniciar la persecución, cuando de la parte alta de la VEREDA EL GUAMAL, al otro lado del río NEGRITO, se escucharon un gran volumen de disparos, en la parte alta, estos disparos, fueron del combate que sostuvo a esta hora, la compañía ALCATRAZ, al mando de mi CT LOPEZ GUANEMEN, contra terroristas de las cuadrillas de ls (sic) ONT-FARC; por este motivo decidimos suspender la persecución y una mejor ubicación en el terreno. Este combate de la ALCATRAZ, se sostuvo aproximadamente entre treinta y cuarenta minutos, en el registro que realiza la compañía ALCATRAZ encuentra un rastro de sangre, y por monitoria, se obtiene comunicación de estos bandidos, en la cual daban la orden que el grupo que se encontraba extraviado o perdido, tomara dirección hacia el puente colgante, este puente colgante, se encuentra ubicado entre las veredas GUAMAL y EL INDIAL, sobre el cauce del río NEGRITO, por este motivo, se toma la decisión de montar emboscadas, sobre el río, quedando Yo, con equipo de combate, frente al puente colgante, por donde se presume que pasarían los bandidos, que se escaparon, de los combates con la compañía ALCATRAZ. Siendo las una y media aproximadamente de la tarde, detectamos la presencia de tres bandidos en camuflado, con armas largas, que venían sobre el camino, de la vereda EL INDIAL, provenientes al parecer de el (sic) lugar en donde fuimos hostigados por los bandidos que encontramos en las horas de la mañana. Los dejamos acercar en dirección del puente, hasta que perdimos contacto visual, por alrededor de quince minutos, al ver que no llegaban, al puente, hicimos movimiento, en dirección a donde se vieron por última vez, nos desplazamos por la mata de monte, y logramos ver a dos e os (sic) tres bandidos que se vieron inicialmente, con distancias entre cien y ciento cincuenta metros entre si, al querer acercarnos (sic) mas (sic), a estos bandidos, somos detectados, por el último hombre de ellos, quien abrió fuego contra las Tropas, en este momento, nosotros reaccionamos, ante el ataque subversivo y de igual maneta (sic), somos hostigados, de la parte alta, por espacio de entre diez y quince minutos, hasta que estos individuos emprendieron la retirada, continuamos con el avance, para un posterior registro y al llegar al camino, notamos a un terrorista tirado en el mismo camino, al querer acercarnos a este, se localizan sobre el camino, dos minas antipersonales, recién instaladas, y una tercera mina, por sistema eléctrico sin instalar, por esta razón se procede a llamar para que envíen el grupo EXDE con el que contaba la contraguerrilla, perteneciente al batallón Ospina, AL

MANDO DEL cabo tercero ortega. Quienes registran el área, y destruyen el material explosivo encontrado en el lugar de los hechos, en el momento en que se llega al lugar donde esta (sic) el terrorista abatido, se informa al comando del batallón que éste no se le nota el armamento, ya que se encuentra boca abajo, sobre el camino, una vez destruido el material y confirmado que no hay mas (sic) explosivos en el área, se procede a darle vuelta al cuerpo, a quien no se le nota, ningún tipo de armamento, pero a un costado de donde esta (sic) el terrorista se encuentra un radio MOTOROLA, con una serie de impactos, y una granada de fragmentación, este terrorista, presentaba rastros de ser arrastrado, o ser llevado por los otros dos terroristas, estaba embarrado, como arrastrado y en el terreno se encontró el rastro el cuerpo que fue llevado donde cayo (sic). Al notar que este individuo no tenía armamento, di la orden que me hicieron llegar al lugar de los hechos, a los dos guías que se encontraban con la COMPAÑÍA DESTRUCTOR, quienes se identifican como HECTOR ARANGO E IVAN ARANGO; quienes forman parte del PLAN DE REINTEGRACION. Los guías lo identifican y aseguran que el terrorista abatido, formaba parte de la CUADRILLA 47 DE LAS FARC, organización a la cual ellos pertenecían, en varias ocasiones los guías aseguran, de haber visto a este individuo portando armas largas y vestido de camuflado en esta área y en la vereda CRISTALES" a su vez señaló: "...El día VIERNES CUATRO (4) De febrero, EN REPORTE CON EL COMANDANTE DEL BATALLÓN GRANDEROS (SIC), nos enteramos, de que la comunidad de la VEREDA EL INDIAL, reconoce el cadáver del bandido y manifiesta que era un campesino de la región. Dejo en claro, que en ningún momento, la COMPAÑÍA DESTRUCTOR ha actuado, ni actúa, fuera del compromiso institucional" "

En diligencia de declaración el soldado profesional RAMIRO DE JESUS CARVAJAL, narra los hechos señalando que el día anterior a los hechos habían llegado hasta la vereda LA QUIEBRA, y el 2 de febrero salieron para la vereda GUAMAL, que iban caminando cuando se presentó un combate entre la compañía ALCATRAZ y miembros de la guerrilla, por lo cual no pudieron seguir avanzando, sin embargo conocieron, por escáner las comunicaciones de la guerrilla, que varios guerrilleros se tiraron por el puente colgante, por lo que hicieron emboscada por ese río, que a un lado del puente se hizo el soldado Ortiz, él, y el chispas que era el soldado DIAZ OQUENDO, como el teniente ARIAS. Se quedaron un rato, y alcanzaron a ver tres guerrilleros que venían por el camino para pasar el puente, luego de esperar, los guerrilleros no pasaron, por lo que

el teniente ARIAS decidió dar la orden de ver que había pasado, por lo que se movilizaron y

"como Yo soy el puntero de la compañía, por ahí a unos cinco minutos de haber pasado el puente, alcance a ver a dos Manes, estaban en camuflado y en el momento que los vi, tenían armas largas, y los Manes me observaron, nos separaba solo un monte ahí, como a doscientos metros mas o menos, ellos me vieron y de una me prendieron y nosotros reaccionamos, y eso fue una cosa muy verraca, porque nos tiraban también de un filo de arriba, eso una cosa muy verraca y demoro (sic) como diez minutos, porque no nos dejaban avanzar, nos tenían bien aferrados ahí, a lo que se logro (sic) controlar, después de mas (sic) o menos diez minutos, comenzaron a registrar, cuando Yo iba mas (sic) o menos a veinte metros, alcance a ver algo en el camino, ya eran mas (sic) o menos las tres de la tarde, no se bien la hora exacta. Yo pille algo y frene, me cubrí, que no fuera una trampa, cuando alcance a ver a un Man tirado allí, y arranque de para allá, como mas (sic) o menos a diez metros de donde estaba el Man, había una mina de jeringa, entonces le dije a mi Teniente: Mi Teniente aquí hay un campo minado y mi Teniente no me dejo (sic) seguir, llamamos al grupo MARTE del OSPINA al mando del C3. ORTEGA, y ellos como tiene todos los elementos para buscar minas, cogieron la primera mina que vi Yo y la desactivaron, y ya había otra con unos cables en un tarro de esos de acetate y ya en eso, pille el muerto, ahí si lo pille, estaba en un caminito, me pase adelante entonces, a montar seguridad, para ver si habían puesto ese Man de trampa y eso bajaron los guías de nosotros, que se habían quedado arriba..."

Señala que se enfrentaron a la tropa como diez guerrilleros, pero que no sabe nada referente a la declaración rendida por el señor JORGE ALBEIRO JARAMILLO.

Declaró el soldado profesional JHON JANDER ORTIZ HIGUITA, señalando que se le había dado la orden de salir a una operación en la vereda EL GUAMAL, que estuvieron emboscados en la vereda LA QUIEBRA, que cuando se desplazaban y dijo:

"vimos a los lejos (sic) a cuatro o cinco guerrilleros, por los lados de unos cultivos, y como eran huecos o cañadas, entonces bajamos DESTRUCTOR CINCO al mando del ST ARIAS, y se quedo (sic) el COMANDANTE DE LA COMAÑIA TE DUEÑAS; se quedo (sic) encima como a veinte minutos o media hora y empezamos a bajar a donde estaban los bandidos y en ese mismo momento, entro (sic) en

combate la COMPAÑÍA ALCATRAS (sic), al mando de mi Capitán (sic) LOPEZ, ubicada en la vereda EL GUAMAL, mientras que estábamos nosotros en la parte de abajo del INDIAL, o sea, que nosotros estábamos abajo en la cañada en el INDIAL y el GUAMAL es en la parte de arriba; escuchamos el combate y nos quedamos quietos y eso duro como media hora o cuarenta minutos y se escucho (sic) por radio escáner, donde decían los guerrilleros, que estaban perdidos, y que salían hacia el puente colgante, entonces bajamos al puente colgante a una emboscada y alcanzamos a ver como cuatro guerrilleros que subían, iban de camuflado, con armas largas, el soldado CARVAJAL, los visualizo con los lentes. Y ellos se acercaron mas a donde nosotros estábamos y nos detectaron, el ultimo (sic) de ellos, nos alcanzo (sic) a ver a nosotros, ellos nos perdieron como en cinco minutos, porque era mucha maraña y como no los volvimos a ver, salimos a buscarlos a ver donde (sic) estaban y ahí fue que nos vieron los de atrás y comenzaron a dispararnos, estábamos a una distancia que nos separaba pura maraña y barranquitas, entonces nos dispararon y nosotros disparamos hacia ellos, y el cruce de disparos duro de diez a quince minutos, y luego fuimos a hacer el registro, y en el registro encontramos al Man tirado, como en una maraña en caminos pequeños, estaba boca abajo, vestido de camuflado, pantalón camuflado, camiseta verde y botas de caucho, tenía un radio no se la marca y una granada de fragmentación al lado. Y había dos minas colocadas al lado del camino de donde estaba el sujeto y no nos acercamos por eso, y había un tarro con explosivo y un cable, como que no lo habían montado y de inmediato llamaron a los de antilexplivos, o sea, del GRUPO EXDE, para que sacaran esas minas. Después voltearon al sujeto, los de antilexplivos, con gancho y cuerdas, por si tenía explosivos, no ocurriera un accidente, luego mandaron llamar los guías, para que reconocieran al sujeto, porque los guías estaban arriba con DESTRUCTOR SEIS..."

Considera que eran como diez guerrilleros pero visualizaron solo cuatro, que disparó su fusil Galil número 4930, que no recuerda cuanta munición gastó, y sobre la declaración del señor JORGE ALBEIRO JARAMILLO señaló que no sabe nada al respecto, y que fueron atacados por lo que se sostuvo un combate, donde se abatió a un subversivo.

En el mismo sentido se recibieron las declaraciones del cabo tercero JULIO CESAR DURAN RINCON, el soldado profesional ALFREDO SEGUNDO DIAZ OQUENDO, y del guía del Ejército reinsertado IVAN DARIO ARANGO GIRALDO.

A pesar de estas afirmaciones ante la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, se hizo presente el señor JESUS ANTONIO OCAMPO GIRALDC, quien conoció al señor JHON JAIRO ARANGO desde pequeño, y sobre los hechos señaló: "...había hecho una rosado para maíz, en la finca mía entonces habíamos conversado que tocaba hacerle calle a un pedazo para chamuscarlos y ahí meterle maíz, entonces habíamos cuadrado eso y que al otro día me ayudaba a sembrar más chocolate y que el jueves seguía sembrando maíz, y entonces como él estaba sembrando café en lo de él me dijo Sucito si calienta bueno yo subo al medio día para que quemáramos el pedazo y entonces ahí había una sirvienta mía que le hacía comer a los trabajadores y como llego (sic) el medio día y él no venía entonces lo espere hasta la una de la tarde y yo entonces ya le dije a esa muchacha que se llama SONIA que yo me iba adelante para hacer la calle para rosas y que le dijera a él que me había ido y yo me fui y yo me pues a hacer la calle allá y el (sic) no iba hasta que yo le metí candela y el ya no fue y yo ya me vine para la casa" narra que al siguiente día sucedió lo mismo, que se quedó esperando a JAIRO y entonces: "...alrededor de las nueve y media de la mañana, formaron una balacera por el lado de GUAMAL, y tiraron hasta Granadas y yo subí con la leña y la señora SONIA me dijo ya esta el almuerzo para que lo lleve, yo me fui y llevé el almuerzo y seguimos trabajando apenas almorzamos. Ya por la tarde póngale a las tres y media más o menos empezaron otra balacera al lado de donde estábamos nosotros trabajando en el mismo rosado que tenía que sembrar hacia el lado de abajo en una travesía. Bueno entonces decíamos que había tenido un enfrentamiento los soldados con la Guerrilla, pero cuando esa bulla fue por la mañana como nueve y media. La cosa se quedó así y ya nosotros los trabajadores por la tarde nos vinimos para la casa, cuando al otro día por la mañana subió un vecino de JAIRO que se llama OLIMPO ARANGO preguntado por él que porque JAIRO se había comprometido ayudarlo y tampoco había ido y yo le dije que no sabía de JAIRO que porque ese día habíamos quedado de ir a quemar no había subido" sin embargo sobre la desaparición de JAIRO ARANGO escuchó que SONIA le había dicho: "...y dijo SONIA JARAMILLO que JAIRO si había subido el martes a ayudarme a sembrar chocolate pero que resulta que en ese momento que subió ya los soldados estaban ahí ya había llegado es decir el martes el si había subido, entonces lo siguieron los soldados ahí para arriba eso lo dijo SONIA a los que habíamos ahí que unos soldados habían quedado chupando naranja en la casa mía y los otros siguieron a JAIRO y en la casa de

LILIANA ARCILA allá le echaron mano en la pretina y salieron con él por un camino que va para la escuela no dijo mas nada." Sobre esas circunstancias que el señor se lo llevaron señaló que **"Liliana también comentó que los soldados habían dicho que si contaba que ellos se la habían llevado, sabían donde estaba es decir que también la arrastraban a ella por ponerse a contar"**. Luego señaló que habían ido buscando una bestia en la cual al parecer bajaron a JAIRO los soldados después de muerto. Indica que el occiso era agricultor, vivía en el Pital en donde un señor de apellido MONTOYA y que vivía con ORFARIS ARCILA. Manifestó que no era guerrillero y que **"La verdad para mi dios (sic) que él no murió en enfrentamiento a él lo mataron en la travesía de un camino que se llama Rio Negrito."** Que los soldados estaban haciendo campamento por esa zona, y que la persona que vio cuando el ejército tenía retenido a JAIRO ARANGO era DARIO ARANGO.

Si bien en cierto en su declaración JESUS ANTONIO OCAMPO GIRALDO señaló que en la zona existía la presencia de la guerrilla, también es que indicó: **"Pues antes de meterse los soldados ellos la guerrilla eran los que mandaban por ahí y bregaban a comprometer a la gente para que los siguiera a ellos"**

MARIA ORFARY ARCILA ORZCO rindió declaración y en ella señaló que JAIRO era su compañero permanente, lo conoció desde pequeño, que tuvo cuatro hijos, y que Vivieron como nueve años en la vereda el Pital. Que sobre los hechos solo sabe que JAIRO salió a trabajar un martes en la tarde a quemar un rosado después del medio día en donde SUCITO OCAMPO y SUCITO se quedó esperándolo tampoco regresó a su casa y el miércoles también se quedó esperándolo, hasta que el jueves supo de la muerte de una persona en un enfrentamiento con el ejército, que la tenían en la Quebra, en la cancha de una escuela y le dijeron que esa persona era JAIRO a quien se lo habían llevado para ARGELIA y allí fue donde lo identificaron.

En su declaración DARIO DE JESUS ARANGO ARANGO señaló conocer a JHON JAIRO ARANGO porque eran amigos y jornaleaban juntos, vivían en la vereda el Pital. Sobre los hechos señaló: "Bueno yo estaba

trabajando y fui almorzar a la casa y ya cuando salí lo tenían al borde de la casa lo tenían los soldados lo tenían uniformado y encapuchado y estaba vivo yo lo conocí por los labios la altura, los ojos y como no lo iba a reconocer si trabajamos juntos, yo seguí a trabajar y al ratico fueron por allá donde uno estaba esa gente como para que uno no se fuera a decir nada creo yo..." luego señaló: " y yo seguí trabajando y ellos siguieron de la casa para arriba y ese día por la tarde más o menos a las tres o tres y media lo mataron, porque se oyó la balacera y dijeron que lo habían matado..." Que el grupo de militares estaba conformado por más de veinte hombres del ejército.

A su vez declaró MARIA LILIANA ARCILA RAMIREZ señaló: "***Yo lo único que se (sic) es que me encontraba en mi casa y SUCITO pasó a quemar un lote que para sembrar maíz y me dijo que cuando pasara JAIRO le dijera que pasara arriba que él ya se había ido adelante, en eso pasó JAIRO ahí por el patio y yo le brinde de beber agua de panela y entonces se la estaba tomando y llegó un soldado se entró de una apara (sic) el corredor de la casa revisó las piezas, me preguntó que si JAIRO era mi esposo y yo le dije, ya le pregunto (sic) a JAIRO cómo se llamaba y el le dijo que JON JAIRO ARANGO, le pregunto (sic) que donde vivía y el le dijo que vivía para abajo y entonces el soldado le dijo que lo tenía que acompañar. JAIRO y el soldado salieron de mi casa y el soldado me dijo a mí que me iban a tener en vigilancia para que yo no dijera que se lo habían llevado...***" en su relato señala que los soldados se llevaron a JAIRO ARANGO en contra de su voluntad, que él le había señalado a los soldados que iba a quemar un monte para una siembra de maíz. Que ella solicitó a los soldados le dijeran por qué se llevaban a Jairo y le dijeron que no le importaban, que se lo llevaron dos soldados y le dijeron que se lo llevaban para hacerle unas preguntas, y que tenían que llevarlo a donde el comandante, que habían más soldados en el caminito real cuando se lo llevaron y que llevaban insignias del Ejército Nacional.

Manifestó que el mismo día en que llevaron a JAIRO muerto a ARGELIA tuvo que irse de ARGELIA para el QUINDIO porque tuvo miedo de las

como una simulación de una actividad militar, de la realización de un operativo en el marco de una orden táctica de batalla, cuando previamente se había realizado una retención ilegal de una persona, para luego determinar que de cara a un enfrentamiento que jamás se erigió se dio muerte a JON JAIRO ARANGO, por lo cual es responsable de la muerte por cuanto dispuso que su compañía Destructor 5, adscrita al batallón de contraguerrilla N° 4 "Granaderos", en un mal cumplimiento de la operación denominada misión táctica Epopeya, la cual comandaba ajusticiara a JHON JAIRO ARNAGO dándole muerte y en ese operativo construyó maquiavélicamente un procedimiento de confrontación bélica para ocultar la muerte de esta persona, por lo que su responsabilidad se identifica con las órdenes emitidas para ese cumplimiento, acompañar a los miembros de la tropa que fueron incluidos en ese procedimiento macabro y con conocimiento de la existencia de velar por los derechos de las personas se le secuestro, se le ocultó para luego darle muerte y mimetizó una escena de un crimen y anunció la muerte de esta persona como dada de baja en combate.

Todo el procedimiento que sustentó documentalmente no pretendía otra cosa más que ocultar el ajusticiamiento de JHON JAIRO ARANGO, por ello su reproche jurídico penal, viene determinado en el conocimiento (saber) que el detenido fue por orden suya y sin orden legal, y luego la ilicitud del hecho y el querer (voluntad) realizar esa conducta, estuvo determinado en la orden impartida de ejecución para hacerla pasar como un combate armado, con lo cual conociendo los hechos constitutivos de la infracción penal quiso su realización, el conocimiento que tenía el procesado que matar a otra persona es un delito, y a pesar de ello, lo entendió así, quería su realización y lo realizó

El Subteniente del ejército nacional, como comandante del grupo de soldados con influencia en el sitio de los hechos, sabía que el occiso no era miembro de la guerrilla y se hizo pasar como parte de un frente de la FARC y como comandante tenía el mando y control de las actividades que ejercían sus soldados, así como comunicación permanente con

todos los suboficiales y soldados, a quienes impartía las órdenes para realizar las actividades propias de su cargo, como eran los retenes y movilizaciones de la tropa en cualquier sitio de la comunidad.

Que el día de los hechos dio las órdenes para los desplazamientos previos y lo que implica que los soldados solo podían realizar las operaciones que su comandante había dispuesto, por lo que se entiende que la presencia en la casa de MARIA LILIANA de los soldados y en la zona solo podía estar ordenada por el comandante, quien estableció la presencia militar en esa vivienda.

Así mismo, la tropa solo podía desplazarse por orden de su superior, y para ello fueron determinados quienes debían ejecutar esos mandatos para que determinados miembros de la tropa pudieran cumplirlas, decisión que no estaba legitimada por autoridad judicial competente, como fue la de retener al occiso, pues si bien éste tenía autoridad y competencia militar en esa región, ésta solo se circunscribía a la orden de batalla a él entregada, y ello no lo autorizaba legal y constitucionalmente para emitir una orden de aprehensión y conducción y eventual retención que fue lo que sucedió, con ausencia absoluta de cualquier protocolo de procedimiento legal y de retener bajo tales hallazgos a esta persona que luego apareció muerta, atentando contra su voluntad, deseo y derechos y garantías fundamentales, ya que la misma fue retenida por los miembros militares ante la eventual participación en grupos guerrilleros.

Jamás fue endilgada por este una situación de flagrancia, solo fue una orden de naturaleza ilícita para aprehensión de unas personas, y tampoco una orden judicial que lo autorizaba para ello, razón por la cual la aprehensión de ésta o su "conducción" no significa otra cosa más que una privación ilegal del derecho a la libertad de JHON JAIRO ARANGO, por lo que la orden de batalla, la situación en conflicto, ni su rango militar lo autorizaban para ordenar a sus hombres tal procedimiento respecto de estas personas.

El aporte a la comisión del secuestro, aunque no fue motivo de determinación en la resolución de acusación y por ello no se condenara, no fue otro más que el de emitir la orden ilegal de identificación de esa persona, y su posterior retención y sustracción, violándose sus derechos de libertad y de locomoción, por lo que no es plausible para esta Sala que todo un jerarca militar, con su formación y experiencia emitiera ese tipo de orden de aprehensión violando garantías fundamentales y como si fuera poco en pro de violentarle sus derechos emprende una estratagema, se le da muerte, todo ello para presentar un falso combate.

El cabo JULIO CESAR DURAN RINCON

Es clara su participación en el de JHON JAIRO ARANGO, ya que conociendo que no existió ningún combate o enfrentamiento, y con base en dicho conocimiento hizo aparecer la muerte de esta persona como un combate. Ahora porque no se tenga el conocimiento a ciencia cierta de la persona directa que disparó el arma e impacto con su proyectil a esta persona es claro que en relación con la autoría y la labor realizada, el haber participado en el grupo que ajustició al occiso, permite predicar su condición de autor responsable.

Este Suboficial si bien estaba en grado de sujeción a las ordenes impartida por su subteniente, también por su formación y conocimiento conocían la ilegalidad de cualquier disposición que se haga que atente contra derechos de las personas, razón por la cual podían negarse muy bien a no ejecutarla, ya que para poder actuar los soldados requerían de un sub oficial que llevara a cabo las ordenes dispuesta por su comandante HERLEY ARIAS MORA, orden de retener a una persona perpetrada sin que existiera orden de captura en contra de JHON JAIRO ARANGO y tampoco ninguna situación de flagrancia para detener, pero disfrazada la conducción de estas personas en el entendido que se trataba de un acompañamiento voluntario.

En suma, todos los procesados como coautores en la conducta punible la realizaron de manera conjunta pero con división de trabajo. Un primer episodio personal e intrínseco de carácter previo a la comisión de la conducta, que se cristalizó desde el mismo instante que acudieron a la orden del Subteniente ARIAS MORA con el conocimiento que era ilegal su procedimiento, y además de participar en una pantomima de confrontación bélica sin existir la misma, con la única finalidad de dar muerte a JHON JAIRO ARANGO, todos en conjunto presentaron un acuerdo expreso o tácito para su acometimiento (el secuestro o rapto) y un objetivo cual era darle muerte de esta persona que se manifiesta en la realización de actos orientados a su ejecución del homicidio como cometido común, siéndoles por ello imputables a todos los partícipes el delito o delitos cometidos que típicamente se configuran en esta sinopsis fáctica de reproche

Con todo conforme a la jurisprudencia de esta forma de intervención en la conducta punible, existió el acuerdo común, la división de funciones y trascendencia del aporte durante la ejecución del ilícito.

Soldados profesionales a quienes igual exigencia jurídica que a la de sus superiores se les hace, ya que ellos tenían conocimiento del procedimiento irregular e ilícito que estaba ejecutando respecto de ARANGO y participaron del supuesto enfrentamiento que jamás existió, ello entonces los hacía conocedores como grupo de la situación anómala que se estaba presentando y que querían mostrar a la sociedad como positivo.

Es palmario que se cristalizó en el caso sub iudice el fenómeno de la coparticipación criminal, entendido como realización conjunta del hecho punible, donde comprende no solo la intervención de autores, sino de coautores y cómplices. Bien porque conjuntamente realizan un mismo hecho punible, ya sea porque cada uno de ellos ejecuta simultáneamente con los otros o con inmediata sucesividad idéntica conducta, ora porque realizan una misma y compleja operación

delictiva con división de trabajo, de tal manera que cada uno de ellos ejecuta una parte diversa de la empresa común, como más acertadamente se puede predicar en esta situación.

En resumen todos y cada uno de los procesados conocían la ilegalidad de sus acciones, estaban en la obligación legal, constitucional, y funcional de proteger a JHON JAIRO ARANGO, de defender sus derechos fundamentales, entre ellos la libertad y la vida, ya que todos y cada uno de los procesados eran para aquel entonces de los hechos una revelación viva del Estado social y de derecho que nos rige.

Por tanto, para la Sala las muertes no son producto de combate armado, ya que previamente existió una retención ilegal que sobrepasa a pesar de la narración hecha por los procesados que estuvieron en ese evento, indagatorias y demás ampliaciones, es claro para la Sala que el terreno de los hechos tiene una inclinación, tanto para el grupo comandado por el Subteniente, in embargo, los disparos que impactaron fueron en un ángulo diferente al señalado por los mismos.

CONCLUSIONES

Recapitulando, está demostrado de manera plausible que se cometió el delito de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA que describen de manera inequívoca el legislador en su código de penas, y que se configura la certeza sobre cada uno de los presupuestos exigidos por el artículo 232 del C. de P. P., en este proceso, previo deliberar de la prueba legalmente allegada y practicada, existe la evidencia para condenar, y se demostró a lo largo de esta sentencia, no se condena por secuestro por no estar señalado en la acusación este hecho delictivo.

Por tanto en este orden de ideas, como se ha indicado probatoriamente los procesados pertenecían a un grupo armado legal, y su actuar en

dicho grupo se circunscribía a la orden de Batalla, pero distaron ostensiblemente del protocolo de legalidad que exige nuestra sistemática penal para aprehender a una persona y someterla a reconocimientos extrajudiciales. Formalidad ésta ampliamente conocida por los procesados a razón de su ejercicio constitucional como vigilantes soberanos.

No se olvide que estamos en un derecho penal de acto, y para poder endilgar responsabilidad, es importante considerar quien da una orden y quien la acata, y ello se encuentra expresamente regido en nuestro ordenamiento el artículo 29 al señalar:

"Autores. Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento"

"Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte".

"También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado".

"El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible".

A su vez el inciso 2º del artículo 30 establece:

"Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción".

Se llega entonces a la conclusión, como también lo señala la Jurisprudencia, que tiene la condición de autor, tanto quien realiza la conducta (autor material), como aquél que domina la voluntad de otro y lo objetiva como instrumento de su propósito criminal (autor mediato).

En el mismo marco, se puede establecer un cotejo entre determinación y autoría mediata.

En la primera se establece una relación persona a persona a partir de una orden, consejo, acuerdo de voluntades, mandato o coacción superable entre el determinador y el determinado (autor material), dado que ambos conocen de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del comportamiento realizado, pero sólo éste tiene dominio del hecho, motivo

por el cual, también ambos responder penalmente de la conducta hasta la fase en que se haya cometido.

Autores como el profesor alemán Claus Roxin incluyen una tipología adicional dentro de la figura de la autoría mediata, y es aquella relativa a la condición de quien actuando como jefe de un aparato organizado de poder, imparte una orden, pues sabe que alguien de la organización – sin saber quién – la ejecutará, de modo que “el hombre de atrás” no necesita recurrir ni a la coacción ni a la inducción en error o al aprovechamiento de error ajeno (hipótesis tradicionales de la autoría mediata), puesto que, además, tiene certeza en que si el ejecutor designado no cumple con su tarea, otro la hará, es decir, que el autor inmediato resulta fungible y, por tanto, su propósito será cumplido. (Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal Radicado 25974 del 8 de agosto del 2007).

La Corte Suprema sobre el tema señaló:

“Se predica la coautoría, cuando plurales personas son gregarias por voluntad propia de la misma causa al margen de la ley, comparten conscientemente los fines ilícitos propuestos y están de acuerdo con los medios delictivos para lograrlos, de modo que cooperan poniendo todo de su parte para alcanzar esos cometidos, realizando cada uno las tareas que le corresponden, coordinadas por quienes desempeñen a su vez el rol de liderazgo”.

“En tales circunstancias, quienes así actúan, coparticipan criminalmente en calidad de coautores, aunque no todos concurren por sí mismos a la realización material de los delitos específicos; y son coautores, porque de todos ellos puede predicarse que dominan el hecho colectivo y gobiernan su propia voluntad, en la medida justa del trabajo que les correspondiere efectuar, siguiendo la división del trabajo planificada de antemano o acordada desde la ideación criminal”.

....

“Mediando, como en el presente asunto, ideologías compartidas, voluntades concurrentes e intervención con aportes concretos según la división preacordada del trabajo criminal, se afirma que todos son coautores globalmente de la conducta delictiva realizada y responsables por sus consecuencias. No es, como suele entenderse, que cada uno sea autor sólo de la parte que le corresponde en la división del trabajo; ya que en este género de manifestaciones del crimen organizado se gesta un conocimiento común y una voluntad que también es común y por ello, el delito que recaiga en ese marco de acción, pertenece a todos como a sus autores”.

“... “De otra parte, cuando existe división del trabajo criminal, para predicarse la coautoría impropia, no se requiere – como piensa el Tribunal Superior – que hasta los más mínimos detalles de las tareas que a cada uno corresponden, deban ser previamente determinados con la aquiescencia de todos”. (Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala penal, radicado 25974 del 08-08.07)

Así las cosas, podemos señalar que los militares acusados por la fiscalía actuaron de manera concertada y cada uno realizó los aportes suficientes y necesarios en vía de lograr su cometido criminal que planearon y ejecutaron con dominio del hecho cada uno desde su respectiva tarea.

Esta afirmación no es un supuesto juicio probatorio deficiente, como se reprocha por parte de los defensores, a la Juez A quo, sino que concuerda con los testigos que indican que a la víctima la retuvieron ilegalmente y luego fueron llevadas a un sitio, no militar y es un hecho cierto y evidente la retención ilegal de pues ello se explica de las declaraciones aportadas, y es claro que quienes se llevaron a esta persona no fueron sujetos distintos a los militares que hicieron presencia en esa zona el día de su retención y luego en el lugar de donde se dijo se dio muerte, zona en la cual ejercían control y les permitía saber los movimientos de las personas que allí vivían así como sus actividades.

Ahora bien sobre la muerte resulta incuestionables algunas conclusiones, todas ellas parten de las pruebas señaladas en donde se puede inferir que no existió un enfrentamiento, ya que saltan a la vista de juicio una serie de testimonios que contradicen en un todo el supuesto enfrentamiento.

También resulta cuestionable, aunque no se pretende que se tenga que sufrir heridos ni muertes, que el único fallecido en el supuesto enfrentamiento fuera JHON JAIRO ARANGO, a su vez, que ninguno de los soldados resultara lesionados si fue que se produjo como consistente en una emboscada.

Desvanecido el velo del supuesto enfrentamiento, no queda otro escenario más que el de la legalización de la muerte de JHON JAIRO ARANGO, en el reconocimiento de lo que se evidencia como un

ejecución extrajudicial y con ello la responsabilidad de los procesados en los hechos.

La conducta típica de homicidio cuestionada por la defensa, está demostrada con la inspección a cadáver, con la necropsia, con la inscripción de la defunción y demás datos ya analizado en el proceso.

Se insiste todos los militares acusados estuvieron de acuerdo con los medios ilegítimos para lograr su cometido ilícito, de modo que todos cooperaron poniendo todo de su parte para alcanzar ese fin, realizando cada uno las tareas que le correspondían, coordinadas por quien desempeñaban a su vez el rol de liderazgo, y por ello, quienes así actúan, coparticipan criminalmente en calidad de coautores, aunque no todos concurren por sí mismos a la realización material de los delitos específicos; y son coautores, porque de todos ellos puede predicarse que dominan el hecho colectivo y gobiernan su propia voluntad, en la medida justa del trabajo que les correspondiere efectuar, siguiendo la división del trabajo planificada de antemano o acordada desde la ideación criminal.

En esas condiciones, los hechos encajan en la norma elevada como conducta punible desde el plano objetivo y subjetivo, es decir, se establece el sentido típico y a su vez, determinado el comportamiento los procesados vulneraron los bienes jurídicos protegidos, habiéndose valorado que esa consecuencia fue prevista por su comportamiento doloso.

Los procesados sabían que esos comportamientos eran delitos, no padecían problemas mentales, los cuales no se alegaron, por lo tanto se le consideran aptos de determinarse bajo esa comprensión, siendo consiente que su conducta era delito, siéndole exigible actuar diferente sin embargo optaron o prefirieron realizar la conducta ilícita. Así encontramos que existe certeza sobre estos hechos y la responsabilidad de los encartados.

Como quiera que en este caso se ha señalado sobre el indicio, la jurisprudencia de la Corte indica que el indicio en materia penal, debe ser entendido como un fenómeno objetivo de expresión acabada o inacabada de una conducta de autoría o de participación responsable, no posee existencia autónoma sino derivada y emana de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información, esto es, de los contenidos de las manifestaciones reales y personales que digan relación con el comportamiento humano objeto de investigación y que desde luego hubiesen sido aducidos, producidos e incorporados con respeto al principio de licitud y legalidad de la prueba.

El medio cognoscitivo de proyecciones sustanciales se identifica en el plano de lo general con la estructura del silogismo deductivo en el cual es dable identificar: (i).- La premisa menor o hecho indicador, (ii).- La premisa mayor o inferencia lógica en la que tienen operancia los ejercicios de verificabilidad de la sana crítica que se apoyan en leyes de la lógica, la ciencia y postulados de la reflexión y el raciocinio, y (iii).- La conclusión o hecho indicado.

El indicante que de manera superlativa interesa al derecho penal, no es una fenomenología vacía ni es cualquier clase de indicación, incluso ni siquiera se trata de un simple señalamiento de autoría o de participación factual o de meros resultados, en tanto que aquellas atribuciones no resuelven la conducta punible en su integridad pues de acuerdo con el artículo 12 de la ley 599 de 2000⁵³, está erradicada toda forma de responsabilidad objetiva.

En la anterior perspectiva puede afirmarse que la verdadera revelación que al debido proceso penal interesa es aquella que indica, muestra, refleja o da a conocer contenidos de intervención en el comportamiento

⁵³ Ley 599 de 2000.- Culpabilidad.- Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada **toda forma** de responsabilidad objetiva (negritas fuera del texto).

Desde la perspectiva del artículo 29 constitucional mediante la cual se concibe un derecho penal de acto, es como se entiende que lo esencial del delito es la conducta humana⁵⁶ pues ésta caracteriza y otorga elementos particulares y singulares al injusto típico.

En esa medida, si los indicios como expresiones o fenómenos lo que en realidad hacen es revelar, mostrar o dar a conocer ya de forma inacabada o acabada (parcial o total) aspectos subjetivos y objetivos del comportamiento delictivo de que se trate, es a partir de lo anterior como se comprende que cualquier aplicación doctrinaria, jurisprudencial y práctica que de ellos se haga no puede efectuarse al margen de la acción⁵⁷, es decir, por fuera de los contenidos materiales tanto objetivos como subjetivos de la misma. Se entiende pues que es sobre un comportamiento determinado sobre el que recaen las atribuciones indiciarias.

La anterior consideración permite verificar que el concepto de indicio en asunto penal no se resuelve de manera exclusiva en los juicios lógicos abstractos de deducción o inducción, sino que por el contrario además de éstos, dicho instituto se proyecta como una categoría del conocimiento probatorio compleja y que por sobre todo tiene incidencias de carácter sustancial.

En nuestra Carta Política en el artículo 29 se halla consagrado el *derecho penal de acción*, postulado que se recoge en el texto de esa normativa en lo que tiene que ver con el "acto que se imputa", y que a su vez se proyecta en la ley 599 de 2000 en los conceptos que dicen relación con la *conducta punible (típica, antijurídica, culpable, dolosa, culposa, preterintencional)* la cual siempre se resuelve en un comportamiento de autoría o de participación responsable o en sus negaciones.

⁵⁶ Quien quiera defender la vigencia de un derecho penal que reconozca un mínimo de respeto a la dignidad humana, no puede menos que reafirmar que la base del delito -como ineludible carácter genérico- es la conducta reconocida en su estructura óptico-ontológica, pues si se desconoce ésta estructura, se corre el riesgo de salvar la fórmula para esquivar el contenido, porque en lugar de una conducta humana, se pondrá otra. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Manuel de derecho penal, Parte General*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1986, páginas 338 y 339.

⁵⁷ En nuestra opinión acción es la conducta del ser humano que se comunica con los demás. Es lo que el sujeto piensa y quiere y lo hace trascender a la sociedad y lo que la sociedad asume como interacción entre sujetos. La acción es acción y comunicación (...)

La ciencia del derecho penal no puede seguir polarizando el debate llevando el desvalor de acto o el desvalor del resultado hasta sus últimas consecuencias y cayendo en la confusión, dado que ambos discursos tienen consecuencias que no desembocan en el ejercicio democrático del poder punitivo. Tildar de autoritarismo al ontologismo por fundar el injusto en el mero desvalor de acto y violación a la norma o al valor, implica caer en una aporía sin encontrar la solución. La dialéctica tal vez nos brinda la respuesta por la vía de la categoría de la unidad, que al amalgamar acto y resultado y unir los extremos objetivo, subjetivo, formal y material posibilita encontrar la verdadera naturaleza del injusto penal.

Como conclusión provisional, en materia de conducta humana hay dos extremos o factores que no pueden ser ignorados por el derecho penal: el psicológico-antropológico que, recoge toda la motivación individual del sujeto y se refiere a la parte interna del comportamiento, caracterizando su aporte voluntario y final; es la imputación subjetiva. Y el extremo externo, constituido por la manifestación de esa voluntad en el mundo exterior, caracterizando el aspecto comunicacional de la conducta, pues la acción (o omisión) en el ámbito social está destinada a interactuar con otros sujetos: es la imputación objetiva. MARIO SALAZAR MARÍN, *Teoría del delito*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2007, páginas 166 y 180.

Es un hecho jurídico cierto e innegable que el presupuesto esencial del injusto típico, antijurídico y culpable es la conducta humana. En igual sentido, se comprende que es a partir de ella y con relación a la misma como se erigen, conciben y construyen todos los conceptos y categorías dogmáticas penales que se ocupan de su regulación, tratamiento y valoración.

En esa medida, es como se advierte que el indicio de responsabilidad al estar de manera íntima relacionado con todos los institutos que se derivan del derecho de acto se constituye en un medio de conocimiento probatorio que tiene incidencias adjetivas, y que por ende para los fines de su apreciación y aplicación no se puede sustraer de los contenidos que caracterizan el comportamiento singular de que se trate.

II.- De los fundamentos del indicio y su relación directa con la naturaleza jurídica de la autoría y la participación responsable.-

Todos los comportamientos punibles que son objeto de investigación y juzgamiento al interior de un debido proceso se resuelven en la atribución (imputación, acusación, sentencia) positiva o excluyente de las expresiones singulares de la autoría⁵⁸ o de participación responsable⁵⁹.

Las formas de intervención en la conducta punible reguladas en los artículos 29 y 30 de la ley 599 de 2000 no son frases vacías ni predicados meramente enunciativos. Por el contrario, todas ellas obedecen a una estructura normativa perfectamente identificada y diferenciada que no es dable confundir cuando de la respectiva imputación fáctica y jurídica se trate, y desde luego que para esos fines deben darse los soportes correspondiente en elementos materiales, evidencia física e información pues esas manifestaciones sin excepción obedecen al principio de necesidad, legalidad y licitud de la prueba.

Conforme a la anterior perspectiva puede afirmarse que si los indicios son expresiones acabadas o inacabadas del delito, que si lo esencial del injusto típico es la conducta humana, y si ésta se resuelve en las formas de intervención de los artículos 29 y 30 de la ley 599 de 2000, se infiere que no

⁵⁸ Ley 599 de 2000.- Artículo 29.- Autores.- Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento.

Son coautores los que, mediando acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte.

También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado. El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible.

⁵⁹ Ley 599 de 2000.- Artículo 30.- Participes.- Son participes el determinador y el cómplice.

Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción. Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.

Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurre en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte.

puede hablarse de revelaciones de autoría o de participación por fuera de las estructuras normativas que las identifican de manera singular.

Las distintas manifestaciones con las que el hombre se vuelve protagonista, co-protagonista, contribuyente o ayudante en un hecho punible y los indicantes de esos fenómenos tienen que ser una realidad probatoria y objetiva al interior del debido proceso penal y como tales deben dar a conocer exterioridades de acción pues todas ellas obedecen al principio de ejecutividad⁶⁰.

Miremos cuáles fueron las referencias que dieron los declarantes sobre el comando armado que participó en las aprehensiones de JHON JAIRO ARANGO, MARIA LLILIANA señaló que esta persona estaba en su finca en su vivienda y que llegaron miembros del ejército nacional del cual señaló conocer a uno de ellos, que el ejército se llevó a JHON JAIRO ese día, a pesar que dicha persona no quería irse y así se lo hizo saber a los militares los cuales le señalaron que no le importaba que se lo llevaban para hablar con su comandante.

DARIO DE JESUS ARANGO ARANGO señaló que reconoció a JHON JAIRO como la persona que llevaba el ejército retenido, y por ello concuerda su información con lo dicho por MARIA LLILIANA. Además la declaración de JESUS ANTONIO OCAMPO GIRALDO quien señaló que Sonia le había dado la información que a Jhon Jairo se la habían llevado los militares.

Estas personas señalaron la presencia de soldados en las horas del día para la fecha de las retenciones por lo que se cuenta con declaraciones e indicios de los hechos por parte de efectivos de las fuerzas militares y un señalamiento directo por parte de algunos familiares hacia el Ejército.

⁶⁰ No habrá autoría y menos participación, si el autor no inicia la ejecución del delito. No hay delito de participación sino participación en el delito cuya existencia jurídica requiere como mínimo la fase de la tentativa. Sin embargo en los delitos en que no cabe la tentativa como los de pura conducta que se consuman de inmediato o anticipadamente como se suele decir, cabe la participación estricta. (...) El principio de ejecutividad se llama por algunos "de exterioridad" dado el requerimiento de la manifestación en el mundo exterior de la conducta del autor mediante actos de ejecución y la exigencia de que el comportamiento del partícipe se haya revelado con carácter objetivo. (...) Pero es preferible que el principio se llame "de ejecutividad" a fin de dejar clara la necesidad de la tentativa como mínimo, en orden a asegurar el injusto, pues los actos preparatorios pueden constituir exterioridad mas no ejecutividad. MARIO SALAZAR MARIN, Teoría... ob. cit., página 549.

Ahora sobre el planteamiento de integrantes de la subversión la Sala no desconoce esas afirmaciones pero no por ello puede decirse que la muerte fue en combate armado.

Por tanto, se demostró que JHON JAIRO ARANGO fue privado de la libertad en contra de su voluntad, por un grupo armado, descartándose, que hayan sido guerrilleros o paramilitares, por lo que surge el tercer grupo que en la zona vestía uniformes y portaba armamento de largo alcance, esto es, los miembros del Ejército Nacional.

Se encuentra demostrado, que ARANGO fue visto con vida por última vez por sus familiares y amigos, en el momento de su retención por MARIA LILIANA, y no hay noticias de que fueran liberados antes de su muerte.

De lo anterior se establece, que entre la retención de la víctima y su deceso, esta persona siempre estuvo privada de su libertad porque nunca volvió a su casa, ni se tuvo noticia de él.

Entonces como el indicio, como todos sabemos, es una operación mediante la cual, a partir de un hecho indicante plenamente probado, se infiere otro llamado indicado. Esta operación lógica tiene la forma de un silogismo en la cual se toma una premisa mayor; la premisa menor está dada por el hecho indicante plenamente probado y la conclusión es el hecho indicado que nos ofrece certeza.

Tenemos varios hechos probados o indicantes: el secuestro de la víctima por un numeroso grupo de personas que portaba armamento y prendas de uso oficial, descartándose su identificación como guerrilla o paramilitares, y la privación continua de la libertad de esta persona hasta el día 2 de febrero de 2005, momento en que apareció en manos del Ejército, muerto.

Considera la Sala, que a partir de estos hechos indicantes probados, se soporta de manera evidente un hecho indicado, esto es, la identificación como integrantes del Ejército Nacional del grupo armado que secuestró a la víctima antes de su muerte, pues los hechos demostrados, a través de una simple solución de continuidad, apuntan inexorablemente a este señalamiento, descartándose de plano otro grupo ilegal como responsable de las retenciones.

Lo anterior se entrelaza con otro tipo de indicios que opera en contra de los militares, como su presencia previa, concomitante, continua y posterior en la zona de los hechos, por ello se **CONFIRMARA** la sentencia señalando que es claro que en su momento la resolución de acusación se hizo por el delito de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, y no incluyó secuestro, por lo que la sentencia debe ser por HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: No decretar nulidad en el presente caso.

SEGUNDO. CONFIRMAR la sentencia del 28 de mayo de 2013, proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Sonsón, Antioquia, despacho que condenó a HERLEY ARIAS MORA, JULIO CESAR DURAN RINCON, JHON JANDER ORTIZ HIGUITA, RAMIRO DE JESUS CARVAJAL Y ALFREDO SEGUNDO DIAZ OQUENDO por el delito de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, imponiéndole la pena principal de trescientos setenta y dos (372) meses de prisión, multa de dos mil (2.000) S.M.L.M.V., la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por

el término de quince (15) años, se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena como la prisión domiciliaria por intramural, debiendo cumplir la sentencia en privación de la libertad, no se condenó en perjuicios, señalando que es claro que en su momento la resolución de acusación se hizo por el delito de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, y no incluyó secuestro, por lo que la sentencia debe ser por HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA.

TERCERO. Contra esta sentencia cabe el recurso de casación. En firme esta decisión, remítase la presente actuación procesal al Juzgado de origen que corresponda, previas las anotaciones de rigor, para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE



GUILLERMO JOSÉ MARTÍNEZ CEBALLOS

MAGISTRADO PONENTE



JUAN CARLOS CARDONA ORTIZ

MAGISTRADO



PLINIO MENDIETA PACHECO

MAGISTRADO



MARIA EUGENIA HENAO ZEA

Secretaria