

66
111

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO VEINTIUNO PENAL DEL CIRCUITO

Medellín, Marzo veintinueve (29) de dos mil once (2011)

PROCESO No. : 05001-31-04-021-2010-0689-00
DELITO : Homicidio en Persona Protegida
PROCESADO : Julián Andrés Álvarez Guerrero y otros
OCCISO : Jaime Eduardo Peña Tamayo
SENTENCIA : **Condenatoria Nro. 009**

Una vez evacuada la correspondiente Vista Pública en este asunto que por la conducta punible de Homicidio en Persona Protegida se ha venido adelantando en contra de los señores ST. GERSON HERNANDO CASTILLO GAVIS, C3 JULIAN ANDRÉS ÁLVAREZ GUERRERO, y los ex soldados regulares ANDRES FELIPE HURTADO GONZALEZ, WILDER ALFONSO HIGUITA VALLE, IVÁN DARIO HERRERA y JOHN FREDY MOLINA MONSALVE, donde ha resultado muerto el señor JAIME EDUARDO PEÑA TAMAYO, sin que se vislumbre irregularidad alguna que pudiere dar al traste con lo actuado, se dictará el fallo que en derecho corresponde.

FILIACIÓN DE LOS PROCESADOS:

GERSON HERNANDO CASTILLO GALVIS: identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 88.311.279 de Cúcuta, nacido en la misma ciudad el 26 de diciembre de 1983, de 26 años de edad, hijo de Amparo y Hernando, estado civil soltero, bachiller, se desempeña como Sub teniente de Ejército, comandante del pelotón antiterrorista PAU, actualmente detenido en las instalaciones del batallón Pedro Justo Berrio.

JULIAN ANDRES ALVAREZ GUERRERO: identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 7.254.578 de Puerto Boyacá, nacido en el mismo municipio el 17 de febrero de 1980, de 30 años de edad, hijo de Deysi y Julio, estado civil soltero, bachiller, se desempeña como cabo tercero de Ejercito, adscrito al pelotón antiterrorista PAU, actualmente detenido en las instalaciones del batallón Pedro Justo Berrio.

JOHN FREDY MOLINA MONSALVE: identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 98.766.499 de Medellín, nacido en la misma ciudad el 21 de enero de 1986, de 24 años de edad, hijo de Horacio de Jesús y María Consuelo, estado civil soltero, estudio hasta noveno grado, se desempeñaba como soldado regular del Ejercito, adscrito al pelotón antiterrorista PAU, actualmente detenido en las instalaciones del batallón Pedro Justo Berrio.

IVAN DARIO HERRERA TAPIAS: identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 78.304.212 de Montelibano (Córdoba), nacido en la misma ciudad el 1º de mayo de 1984, de 25 años de edad, hijo de Enid del Carmen y Manuel, estado civil soltero, bachiller, se desempeñaba como soldado del Ejercito, adscrito al pelotón antiterrorista PAU, actualmente detenido en las instalaciones del batallón Pedro Justo Berrio.

ANDRES FELIPE HURTADO GONZALEZ: identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 98.772.615 de Medellín, nacido en Venecia - Antioquia el 15 de septiembre de 1985, de 25 años de edad, estado civil soltero, bachiller, se desempeñaba como soldado regular del Ejercito, adscrito al pelotón antiterrorista PAU, actualmente detenido en las instalaciones del batallón Pedro Justo Berrio.

WILDER ALFONSO HIGUITA VALLE: identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 15.287.607 de Peque - Antioquia, nacido en la misma ciudad el 18 de septiembre de 1985, de 25 años de edad, hijo de Nubia Marina y Oran de Jesús, estado civil soltero, estudio hasta quinto de primaria, se desempeña como soldado regular del Ejercito, adscrito al pelotón antiterrorista PAU, actualmente detenido en las instalaciones del batallón Pedro Justo Berrio.

SINÓPSIS DE LO OCURRIDO.

Fueron narrados así por el Ente Investigador al momento de proferir Resolución de Acusación: "De acuerdo con lo que se encuentra consignado en la actuación, a raíz de una información llegada al batallón de Infantería No. 32 General PEDRO JUSTO BERRIO con sede en la ciudad de Medellín, donde se daba cuenta de la presencia de sujetos armados en el Barrio San Javier La Loma, se desarrolló la Orden de Operaciones ELITE, misión táctica AVALANCHA, por parte de tropas del Pelotón Antiterrorista Urbano (PAU), con el objeto de verificar dicha información, para lo cual según lo informa el ST GERSON CASTILLO GALVIS, se inició desplazamiento en vehículos de manera sorpresiva a las 22:00 horas, del día 25 de agosto de 2005, haciendo registro ofensivo con control de localidades y requisas. Ya en el sector, se procedió a repartir la seguridad, quedando el Cabo (c3) FABIÁN ALFONSO CRUZ LEYTON, con ocho soldados como grupo de apoyo y seguridad sobre el sector y como equipo de combate al mando del ST CASTILLO, el Cabo (C3) JULIAN ANDRES ALVAREZ GUERRERO y cuatro soldados regulares y aproximadamente a las 22:30 horas observan de 3 a 4 sospechosos como aproximadamente a 20 a 30 metros de donde se encontraba la patrulla, a los que se les grita que levanten las manos, quienes hicieron caso omiso, y uno de ellos abrió fuego contra los militares y los demás huyen, se les grita que son tropas del Ejército Nacional, según lo registra el informe de patrullaje, las cuales reaccionan, producto de la acción instantes después al hacer un registro sobre el lugar encontraron una persona muerta a la que sus familiares días después identificaron como JAIME EDUARDO PEÑA TAMAYO, por lo cual procedieron a informar al Batallón y a la Fiscalía.

De acuerdo con el Acta de Inspección de cadáver, ésta la realizó la Fiscalía 205 Seccional URI de Medellín con personal del CTI, a las 12:45 del día 26 de agosto de 2005 en la calle 53 No. 110-533 del Barrio San Javier La Loma, consignando que en ese momento no se pudo establecer la identidad del fallecido por cuanto no portaba documentos que lo identificaran y en el lugar de la diligencia no se encontraba personas alguno que diera información sobre el occiso.

Se tiene también que algunos familiares y conocidos de quien en vida respondía al nombre de JAIME EDUARDO PEÑA TAMAYO, manifestaron en

4

declaraciones rendidas bajo la gravedad del juramento, que esa persona fue sacada, horas antes de su muerte, de inmueble donde se encontraba con otras personas en la actividad a la que se dedicaba que era la elaboración de alimentos, por personas de las se dice pertenecían a un grupo armado organizado al margen de la ley - AUC -, que hacían presencia para la época de los hechos en el Corregimiento de San Cristóbal. Así mismo, estas personas manifiestan que el hoy occiso no tenía vínculos con grupos ilegales.”

RESUMEN DE LA ACUSACIÓN

La señora Fiscal Tercera (3ª) Especializada de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, mediante providencia calendada el veintiséis (26) de Febrero de dos mil diez (2010), profirió Resolución de Acusación en contra de los señores **ST. GERSON HERNANDO CASTILLO GAVIS, C3 JULIAN ANDRÉS ÁLVAREZ GUERRERO, y los ex soldados regulares ANDRES FELIPE HURTADO GONZALEZ, WILDER ALFONSO HIGUITA VALLE, IVÁN DARIO HERRERA y JOHN FREDY MOLINA MONSALVE**, como presuntos autores responsables del delito de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, consagrado en la normatividad penal en el Libro Segundo, Título Dos, Capítulo Único, artículo 135, del Código Represor, al considerar que tal punible logró ser demostrado con la prueba obrante en el proceso, haciendo una valoración sobre la misma a lo largo del proveído y reuniendo a cabalidad lo normado en los Artículos 395 y 397 del Código de Procedimiento Penal.

AUDIENCIA PÚBLICA Y ALEGACIONES DE LOS SUJETOS PROCESALES.

1. IVAN DARIO HERRERA TAPIAS:

Identificado con la C. C. Nro. 98.304.212. sobre los hechos manifestó que la noche de los acontecimientos, se fueron para el sector de San Javier la Loma, empezaron a realizar requisas por diferentes calles, se metieron a un callejón y vieron la silueta de 4 sujetos, a quienes se les gritó alto, pero la respuesta que obtuvieron fue con disparos, dice que el teniente mando a la tropa proteger sus vidas, luego se ordenó que abrieran fuego para donde les estaban disparando; expresa que a lo lejos, unos 30 metros, se alcanza a divisar la silueta de alguien tendido en el piso, se informa al batallón y se procede a

Radicado: 2010-0689

4

Homicidio en Persona Protegida

Procesados: Julián Andrés Álvarez Guerrero y otros

Víctima: Jaime Eduardo Peña Tamayo

Sentencia Condenatoria

64
146

realizar el levantamiento. Cuando se empezó el levantamiento nuevamente los hostigaron y por ello no se pudo hacer bien el levantamiento.

Agrega que las personas que estaban en la escuadra era un subtiende, un cado y cuatro soldados regulares, el que iba comandando el grupo era el Teniente CASTILLO, dice que partieron del batallón Pedro Justo Berrio ubicado en la Mota. La orden era hacer requisar en el sector, estando en el batallón el teniente CASTILLO les dio la orden de servicios, en el operativo participaron dos grupos uno se quedó atrás al mando del cabo CRUZ pero no recuerda cuantos soldados iban.

Sobre la posición de los soldados no la recuerda, el sitio topográficamente era semi rural, parte potrero y parte vivienda con muy poca luz, la hora no lo recuerda, sólo sabe que era muy tarde de la noche, las personas que los hostigaron sólo se les alcanzaba a ver la silueta, los disparos que les hicieron era con armas cortas y largas, de su grupo nadie resulto herido.

Suma que los primeros en disparar fueron los hombres que divisaron a lo lejos, ahí empezó el enfrentamiento y duro por hay dos minutos, el soldado HIGUITA fue el que divisó el cuerpo del hombre, no recuerda quien hizo el levantamiento; también que no recuerda que pasó con el cadáver. Expresa que el otro grupo nunca participó en el enfrentamiento, por lo tanto, no dispararon. Al preguntarle si ingresaron ha algunas vivienda dice que nunca lo hicieron sólo fue en las calles, se requisaron a varias personas pero no se detuvo a nadie.

La salida del batallón fue en la noche pero no recuerda la hora de salida, cree que fue la salida por hay a las 10:30 de la noche. Al manifestarle lo dicho por la Fiscalía en la Resolución de Acusación éste expreso que desconoce los argumentos de la Fiscalía, agrega que no conocía al hostigante y que éste se encontraba con otros individuos quienes les dispararon, suma que devolvieron los disparos en legitima defensa.

Dice que su posición dentro del grupo de combate era de segundo o tercero, el teniente dio la orden de disparar y la posición que tomo fue de rodillas, agrega que no recibió ninguna felicitación o permiso. Ratifica que quien avizoró al occiso fue el soldado HIGUITA, también que nunca se acercó hasta el occiso.

2. JULIAN ALVAREZ GUERRERO

Identificado con la C. C. Nro. 7.254.578 de Puerto Boyacá, se interroga sobre los hechos y al respecto manifestó, que ese día le leyó la orden de servicios por parte del Subteniente CASTILLO, es un documento legal, pertenecían al Batallón de Infantería Pedro Justo Berrio adjunto a la Cuarta Brigada, dice que salieron en dos vehículos, se deja como seguridad al Cabo Cruz con un número indeterminado de soldados, en el otro grupo iba con el teniente CASTILLO, proceden a realizar registro y control militar de área, divisan a cuatro personas y se lanza la proclama de alto, ellos responden con fuego, el grupo militar se resguarda y se ordena abrir fuego, una vez terminó el enfrentamiento se logró divisar un cuerpo tendido en el piso, agrega que no vio el cuerpo y pocos minutos después llegó el CTI, cuando estaban haciendo el levantamiento nuevamente fueron hostigados, una vez finalizó este se llevaron el cuerpo y no recuerda nada más.

Que vio el documento legal, que es la orden de operaciones, ella plasma que es registro y control militar de área, por lo que salieron con ese objetivo, a ellos se les dijo para que sector iban y con que fin. Sobre la acusación efectuada por la Fiscalía al respecto manifiesta que los hechos fueron tal cual como los acabó de narrar, que el CTI fue testigo de que si fueron hostigados. Dentro del vehículo que usted se desplazó al lugar de los hechos, que iba el teniente CASTILLO y 8 soldados más, no acordándose de los nombres de esos militares.

Agrega que si disparó su arma pero no sabe quien más de su pelotón lo hizo, sobre el segundo hostigamiento, expresa que fue cuando estaban haciendo el levantamiento, no sabe que material militar se le encontró al occiso. Que una vez desembarcaron de los vehículos requisaron a muchas personas y que no entraron a ninguna vivienda. El sitio era poco poblado, boscoso y con pocas casas.

Sobre la instrucción dada por el teniente CASTILLO dijo que había que tener mucho cuidado con la seguridad, estar muy atentos a una amenaza y reacción y hacer las cosas lo mejor posible. El fin era hacer registro y control del área, que no participo en funciones de inteligencia y ratifica que no se acercó al cuerpo, solo presió seguridad.

3. ANDRES FELIPE HURTADO GONZALEZ

Identificado con la C. C. Nro. 98.772.615, soldado regular, sobre los hechos comienza narrando los acontecimientos motivo de investigación, que iban a realizar una operación de registro y control, desembarcaron y empezaron a realizar requisas, cuando empezaron a subir observaron a 3 o 4 sujetos, como había poca visibilidad se dirigieron al lugar, se lanzó la proclama de que eran ejercito nacional y la respuesta fue a tiros, por lo que el comandante dio la orden de contestar el fuego.

Que salio del batallón Pedro Justo Berrio y allí se leyó la orden de operaciones, esta contenía que había que verificar si había personal armado en el sitio el cual era San Javier, luego que después del primer hostigamiento y cuando estaba el CTI hubo un segundo, en el cual también hubo que responder, parta culminar esbozando que si disparó su arma de dotación.

4. WILDER ALFONSO HIGUITA VALLE

Sobre los hechos narra como sucedieron y ratifica todo lo expuestos por los anteriores deponentes, dice que anteriormente ya había tenido la oportunidad de estar en enfrenamientos, que nunca se le requiso físicamente a nadie, sólo se les pedía el favor que se levantaran la camisa. También agregó que disparó su arma y que nunca ingresaron a ninguna residencia, aclara que fue la persona que vio el cuerpo y lo que hizo fue darle aviso a su comandante, luego habla del terrero, el cual era faldudo y rural, con muy poca luz.

Sobre la acusación manifestó que desconoce porque hacen ese tipo de acusaciones, lo que hizo fue bajo defensa propia y no tiene nada que esconder, siempre ha estado al frente del proceso y no teme por nada que lo acusen, su paso por ejercito sólo fue para conseguir la libreta militar.

5. JOHN FREDY MOLINA MONSALVE

Identificado con la C. C. 98.766.499, soldado regular, sobre los hechos expuso inicialmente que tuvo experiencias en combate anteriormente, luego fue trasladado a Medellín e integró el pelotón PAU que era de control y seguridad, para luego nuevamente ratificar como lo han hecho todos sus compañeros de cómo acaecieron los acontecimientos motivo de investigación. Que fue en dos oportunidades cuando se les dio la proclama de alto a los sujetos que finalmente los hostigaron, afirma también que utilizó su arma de dotación.

Que no entrarón a ningún domicilio, que no contaban con orden para ello, sólo se limitaron a realizar registro y control. Sobre la Resolución de Acusación manifestó que tiene la conciencia tranquila porque todo partió sobre una orden de operaciones y solicita que se esclarezcan las cosas, agrega que actuaron dentro de la legalidad.

6. GERSON CASTILLO GALVIS

Comienza dando sus datos civiles, luego narra los hechos motivo de investigación, que se desempeñaba como comandante del pelotón antiterrorismo, agrega que todas las decisiones las daba el comandante del pelotón y nunca se hacían por su propia cuenta. Arguye que recibió una orden escrita y verbal para que cumpliera una misión en un barrio, manifiesta que en el sector tuvieron un enfrentamiento con 4 sujetos, que la visibilidad era muy poca, que grito la proclama en la situación, una vez paso ello fueron atacados y por lo tanto tuvieron que accionar las armas del estado.

Agrega que uno de los soldados le informa que hay un sujeto caído en el sector, procediendo a acordonar el lugar y esperar a los entes institucionales encargados de levantar el cuerpo.

Sobre los hechos motivo de acusación manifestó que como fuerza pública no tienen derecho a sacar una persona de su residencia, que siempre han ido uniformados, negando al final cualquier tipo de acusación. Agrega que desconoce si otros hombres sacaron al occiso de su casa, también que llevaba muy poco tiempo de haber salido de la escuela de oficiales, y se considera sobre este delito inocente de todos los cargos. Expone que para cumplir esa misión no se utilizó a ningún guía, además que la misión era ir a verificar la situación en el lugar, sin ir a afectar a nadie, requisando al personal que se

encontraran en el sector, cuando llegaron a un sitio allí fue donde los agredieron y por ello tuvieron que responder al ataque.

Explica como se elabora una orden de operaciones, respecto a ello, esto es la orden de operaciones, expresó que en ella estaban insertos unas quejas de la población en las que le manifestaban a la fuerza pública que en el sector había gente armada que no hacía parte de las fuerzas militares, intimidando a la comunidad. Aclara que la orden de operación las saca el grupo de inteligencia de cada batallón.

La orden de operación dijo que le fue asignada por el oficial del grado mayor, del comandante del batallón. La zona expreso que nadie había ido anteriormente a verificar el lugar. Se refiere al pelotón manifestando que pertenecía al batallón y no al Gaula o a otra institución, y la muerte de la victima ninguno de sus hombre o el mismo recibieron algún tipo de felicitación o remuneración. Expresa el número de munición gastada que como fueron dos combates tenían que disparar en cada una. El combate de encuentro se refiere es que en medio de la patrulla se encuentra con el enemigo.

Manifiesta que la desproporción de las armas era así porque ellos eran una fuerza legal y por ello pueden andar con sus armas largas y las milicianos al margen de la ley tiene que andar con armas cortas para poderlas camuflar.

EL TESTIGO, LEONARDO IVAN ZAPATA RAMIREZ

Inicia con sus datos civiles y su preparación académica, hace alusión al experimento balístico realizado en el presente proceso, habla de las múltiples pruebas científicas efectuadas a los hombres que recibieron impactos de bala, para posteriormente referirse técnicamente de los dictámenes realizados.

Se refiere a la fuerza y velocidad de los proyectiles, la forma como pueden ingresar al cuerpo humano, el daño colateral causado y la forma como puede caer el cuerpo al piso, todo ello tiene variables que sólo caso por caso se puede evaluar. Manifiesta que en algunas oportunidades el cuerpo recibe el impacto de frente y cae de una forma contraria a la posición de su cuerpo, para finalizar refiriéndose detalladamente sobre su especialidad.

INTERVENCIÓN FINAL DE LAS PARTES.

POR LA FISCALÍA:

Inicia manifestando que la prueba recaudada en la etapa del juicio no ha variado, confirmando con ello la Calificación Jurídica realizada en su momento; relata los hechos materia de investigación. Que dentro del libelo aparece el registro de defunción, las diferentes declaraciones que no dan la menor duda que la muerte de JAIME se dio efectivamente.

Sobre la orden de operaciones denominada ELITE misión táctica AVALANCHA designada al pelotón antiterrorista PAU, ya en el desarrollo de la operación resultó muerto JAIME EDUARDO como consecuencia de un enfrentamiento. Sin embargo, aparecen varias declaraciones que señalan que el occiso fue sacado de su casa por un integrante de un grupo paramilitar, para luego aparecer muerto y como NN y supuestamente dado de baja en un combate.

Expresa que para la época de los hechos en el barrio San Javier La Loma había grupos al margen de la Ley y por ello era necesario que la fuerza pública se hiciera presente en el sector; pero lo que no es de recibo es que no se hizo una investigación previa antes de mandar la tropa. Que no es de recibo que en un combate tan extenso sólo resultara muerta una persona y no varias como debería ser por la forma como se dio el combate.

No hubo principio de proporcionalidad, ya que el número de militares era muy superior al de los supuestos atacantes, fuera de eso el gran número de municiones gastada por la tropa. Lo que nos lleva a concluir que no hubo un combate sino que hubo un ajusticiamiento, ya que los disparos recibidos por la víctima fueron recibidos por la espalda. Del estudio científico se concluye que los militares estaban detrás del muerto y no de frente, en un supuesto combate, como le quieren hacer ver los sindicatos.

Es de suma importancia manifestar que el mismo comandante del pelotón unos meses atrás había también dado de baja a dos individuos en el mismo sector, quienes los testigos señalaron como raptados momentos antes por paramilitares y luego aparecidos muertos por parte de la fuerza pública como dados de baja en

71

combate. Habla de los falsos positivos, los cuales son comunes entre los militares, pues con ellos reciben beneficios.

Ratifica que la víctima fue sacada de su lugar de residencia para luego aparecer muerto, de ello hay prueba testimonial clara y contundente, los testigos señalan que conocían a la víctima con bastante tiempo de antelación, señalando que no pertenecía a ningún grupo armado, estos son coherente y son de recibo, pues no les atañe amaño o duda en sus exposiciones.

Concluye que con todo el material probatorio recopilado se demostró que no hubo un enfrentamiento militar con grupos armados al margen de la Ley, que el occiso no era miembro de ningún grupo miliciano y por el contrario lo que pasó es que se fraguó un plan para dar de baja a este individuo y así obtener beneficios, ya que no encontramos frente a situaciones. Por último solicita se emita una sentencia de carácter condenatorio.

SE LE CONCEDE EL USO DE LA PALABRA A LOS PROCESADOS.

GERSON CASTILLO GALVIS, JULIAN ALVAREZ GUERRERO, ANDRES FELIPE HURTADO GONZALEZ, WILDER HIGUITA VALLE, JOHN FREDY MOLINA MONSALVE e IVAN DARIO HERRERA TAPIAS se acogen a las palabras que exprese su defensora.

POR ULTIMO LA SEÑORA DEFENSORA.

Comienza realizando un recuento de los hechos, habla de todos los argumentos expuestos por el Ente Acusador manifestando que se encuentra equivocada y que las pruebas obrante en el plenario no tienen la fuerza para emitir una sentencia condenatoria. Sobre la orden de operación esta no tiene que ser elaborada con mucho tiempo de antelación y que sólo para una simple misión de verificación se puede sacar el mismo día.

La operación estaba constituida para simple verificación y la muerte se dio por un combate de encuentro entre sujetos armados por fuera de la Ley y las fuerzas militares legalmente constituidas por el Estado. Manifiesta que los militares hicieron la proclama a los sujetos informándoles que eran fuerzas del

estado, pero la respuesta, a todas luces violenta, fue abrir fuego contra los uniformados, por lo que tuvieron que contestar el mismo, con tan mala suerte para el señor JAIME EDUARDO, que lo impactaron provocándole la muerte.

Se refiere extensamente sobre la orden de operaciones impartida por el Batallón Pedro Justo Berrio, la cual tiene toda la legalidad y estudio de inteligencia del caso, los militares no aparecieron en el barrio por causa propia, sino por una orden legalmente constituida; suma que nunca ingresaron a ninguna vivienda y menos sacaron contra su voluntad a ciudadano alguno, pues su misión por el contrario es su protección.

Recalca que los militares no estuvieron en el sector por causa propia, que todo fue producto de una orden emitida por el superior, que se enfrentaron a unos facinerosos, huyendo 3 de ellos, pero dándole muerte a uno. Manifiesta que existe plena prueba dentro del sumario que los militares siempre han obrado conforme a la Ley, sus hojas de vidas son impecables y lo único que se pretende es castigar a unos ciudadanos que dan la vida por el Estado atribuyéndoles un crimen que no cometieron en las circunstancias en que se les acusa.

Por ello y luego de un extenso escrito argumentativo, en el cual plasmas todas y cada unas de las razones excusatorias de sus prohijados, solicita se emita un fallo absolutorio a favor de todos y cada uno de sus poderdantes.

DE LA PRUEBA ALLEGADA Y LA ACTUACIÓN MAS RELAVANTE.

Se da inicio a esta investigación con la orden de trabajo emitida por la primera división, Cuarta Brigada, Batallón de Infantería Nro. 32, en la que se ordena al comandante del pelotón PAU realizar misión de patrullaje y vigilancia¹, anexan resultados de levantamiento, protocolo de necropsia entre otros. El día 26 de Agosto de 2005, el Juzgado 87 de Instrucción Penal Militar, declara abierta la investigación².

Ver folio 18 a 46 cuaderno uno

Ver folio 47 cuaderno uno

Radicado: 2010-0689

Homicidio en Persona Protegida

Procesados: Julián Andrés Álvarez Guerrero y otros

Víctima: Jaime Eduardo Peña Tamayo

Sentencia Condenatoria

Obra Informe Técnico de Necropsia realizada al cadáver del señor JAIME EDUARDO PEÑA TAMAYO³. Se recibe diligencia de indagatoria al soldado JOHN FREDY MOLINA MONSALVE, llevada a efecto el 26 de enero de 2006⁴, allí da cuenta de cómo acaecieron los hechos motivo de investigación, dice que vieron a cuatro sospechosos, le lanzaron la proclama respondiendo aquellos con disparos por lo que procedieron a responder el fuego dando de baja a uno de ellos. A su turno el soldado IVAN DARIO HERRERA TAPIAS⁵, ratificando lo dicho por su antecesor.

Seguidamente el señor GERSON HERNANDO CASTILLO GALVIS⁶, manifiesta que recibió una orden de trabajo por parte de los comandantes de batallón, procedieron a dirigirse al barrio San Javier la Loma, allí procedieron a realizar el patrullaje, divisaron a unos sujetos a quienes le lanzaron la proclama que eran ejercito nacional, la respuesta que obtuvieron fue de fuego cruzado, dando de baja a uno de los involucrados en la balacera. En idénticos términos se pronunciaron los señores WILDER HIGUITA VALLE, ANDRES FELIPE HURTADO GONZALEZ Y ALVAREZ GUERRERO JULIAN ANDRES⁷.

Remiten copia del proceso adelantado en la Fiscalía⁸, allí obra acta de levantamiento del cadáver, declaración del señor PEDRO NOLASCO PEÑA TAMAYO, GILBERTO DE JESUS PEÑA LOPERA, RUBIELA DEL SOCORRO PEÑA TAMAYO, ELVIA DE LOS ANGELES CARDONA VIUDA DE CORREA, OLMEDO DE JESUS PEÑA TAMAYO, NORA ALBA AGUDELO SANCHEZ y LUZ EMIDA ARREDONDO OQUENDO e inspección judicial al cuerpo de JAIME EDUARDO PEÑA TAMAYO.

Obra el informe de patrullaje llevado a efecto el día 25 de agosto de 2005 y distinguido con el nombre de operación ELITE⁹. También acta de visita especial realizada por la Procuraduría General de la Nación¹⁰; asimismo informe de balística¹¹.

³ Ver folio 63 a 67 cuaderno uno

⁴ Ver folio 68 y 69 cuaderno uno

⁵ Ver folio 71 a 73 cuaderno uno

⁶ Ver folio 74 a 76 cuaderno uno

⁷ Ver folio 78 a 88 cuaderno uno

⁸ Ver folio 92 a 150 cuaderno uno

⁹ Ver folio 152 a 155 cuaderno uno

¹⁰ Ver folio 162 a 164 cuaderno uno

¹¹ Ver folio 166 a 169 cuaderno uno

El Instituto Nacional de Medicina Legal remite el dictamen de absorción atómica realizada al occiso, arrojando resultados positivos¹². El día 26 de Agosto de 2005 el señor PEDRO NOLASCO PEÑA TAMAYO presenta denuncia por desaparición forzada¹³. A su vez también adjunta el Informe Pericial de Balística¹⁴, donde se concluye que los fragmentos de proyectil encontrados en la humanidad de la víctima fueron hechos con arma de fuego tipo fusil calibre 5.56.

A folios 238 y ss, aparecen copia de los documentos de identificación de los procesados. Se vincula mediante diligencia de indagatoria al cabo tercero CRUZ LEYTON FABIAN ALFONSO¹⁵, quien narra absolutamente lo mismo que sus antecesores. El día 25 de mayo de 2006, se resuelve la Situación Jurídica de los investigados¹⁶, absteniendo se proferir medida de aseguramiento. Copia del Certificado de Defunción del señor JAIME EDUARDO PEÑA TAMAYO aparece a folio 230 cuaderno uno.

CUADERNO DOS

La Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, solicita al señor Juez de Instrucción Penal Militar¹⁷, copia de la investigación adelantada en contra de los militares. El día 13 de enero de 2006, el batallón de infantería Nro. 32 se abstiene de abrir investigación preliminar en contra de los señores GERSON CASTILO GALVIS y JULIAN ANDRES ALVAREZ GUERRERO¹⁸. Se amplía la indagatoria del señor CASTILLO GALVIS¹⁹, quien vuelve y narra los hechos motivo de investigación. Declaró el señor LEON DARIO ROLDAN CORREA²⁰ y ORLANDO DE JESUS ROLDAN CORREA, declararon sobre la conducta social del occiso.

Declararon las señoras LUZ ANGELA MOLINA ARANGO²¹ y MERRY HELEN MORA CANO, quienes también declararon sobre la conducta social del señor PEÑA TAMAYO. Obra informe de la Fiscalía General de la Nación sobre bandas

² Ver folio 171 y 172 cuaderno uno

³ Ver folio 179 y 180 cuaderno uno

⁴ Ver folio 188 a 193 cuaderno uno

⁵ Ver folio 254 a 256 cuaderno uno

⁶ Ver folio 259 a 271 cuaderno uno

⁷ Ver folio 1 a 8 cuaderno dos

⁸ Ver folio 22 a 29 cuaderno dos

⁹ Ver folio 30 a 32 cuaderno dos

¹⁰ Ver folio 38 a 41 cuaderno dos

¹¹ Ver folio 55 a 58 cuaderno dos

Radicado: 2010-0689

Homicidio en Persona Protegida

Procesados: Julián Andrés Álvarez Guerrero y otros

Víctima: Jaime Eduardo Peña Tamayo

Sentencia Condenatoria

delincuenciales que tengan registradas las autoridades en el sector donde se dio de baja al señor JAIME EDUARDO²². Así mismo rindieron informe de balística especializada²³, donde determinan la posición de la víctima y de donde salieron los disparos.

Declararon los señores CONRADO DE JESUS MESA²⁴, CLAUDIA MARIA LOPERA SOTO y CESAR ORLANDO BALBIN MONSALVE, sobre la conducta social y familiar del occiso. También declaró el señor CARLOS ALBERTO OSPINA OSPINA²⁵, dice que se ha dedicado a la labor de la construcción, que el señor PEÑA TAMAYO nunca laboró como constructor, que tuvo algunos inconvenientes con el occiso. A su turno la señora ELVIA DE LOS ANGELES CARDONA VDA DE CORREA²⁶, dice que sostuvo relaciones comerciales con el señor PEÑA TAMAYO, que le había comentado que tenía problemas con un señor del barrio, para luego hablar de los hechos que dieron su muerte.

Declaró la señora NORA ALBA AGUDELO SANCHEZ²⁷, expresa que se encontraba con JAIME el día que le dieron muerte, explica que fueron por él hasta la casa, un muchacho, no sabe quien era, pero se fue con el, al día siguiente se enteraron de la muerte de PEÑA, agrega que esa misma noche hubo un enfrentamiento entre el ejercito y la guerrilla, que eso dejó un muerto; también que esa muerte fue un montaje de las fuerzas armadas. Seguidamente el señor PEDRO NICOLAS PEÑA TAMAYO²⁸, dice que el día de la muerte de su hermano, éste se encontraba en la casa, que allí fueron unos sujetos y lo sacaron para después aparecer muerto, agrega que no interpusieron denuncia ya que fueron amenazados por los alias "Chayane y Pingüino".

LUZ EMILA ARREDONDO OQUENDO²⁹, declara de las condiciones personales y familiares del acciso. El señor OLMEDO DE JESUS PEÑA TAMAYO³⁰, dice que una vez mataron a su hermano, en el velorio, llegó una señora de nombre Yolanda y le dijo que se tenían que perder del barrio y los amenazaron los mismos personajes que se mencionó atrás, señala de la muerte de su hermano

²² Ver folio 59 a 85 cuaderno dos
²³ Ver folio 90 a 96 cuaderno dos
²⁴ Ver folio 108 a 114 cuaderno dos
²⁵ Ver folio 154 a 158 cuaderno dos
²⁶ Ver folio 159 a 163 cuaderno dos
²⁷ Ver folio 164 a 169 cuaderno dos
²⁸ Ver folio 170 a 172 cuaderno dos
²⁹ Ver folio 173 a 175 cuaderno dos
³⁰ Ver folio 176 a 181 cuaderno dos

al ejercito para obtener un positivo. El señor JEFER ALONSO PEÑA³¹, declara sobre el sujeto conocido como Chayane, que él fue quien sacó a su hermano de la casa la noche que le dieron muerte.

A continuación la señora ANGELA MARÍA MARIN³², dice que el día 14 de julio de 2005 hubo una balacera por su casa y no agrega nada nuevo a la investigación.

CUADERNO TRES

A folio 22 aparece informe del CTI en el que dan cuenta de los acontecimientos que llevaron a la muerte del señor PEÑA TAMAYO. Así mismo copia del informe de patrullaje de la operación AVALANCHA³³. Nuevamente obra el informe de balística distinguido con el Nro. DNC-BAL-710- 2005³⁴, informe de necropsia Nro. 2005P-030 L1501357³⁵.

Obran certificaciones emitidas por el Jefe de Personal de Batallón de Infantería Nro. 32, referentes a todo el personal de militares involucrados en esta investigación³⁶. El día 11 de septiembre de 2006 la Fiscalía 27 Penal Militar, decreta la nulidad del cierre de investigación penal de fecha 13 de Julio de 2006³⁷. Se resuelve conflicto positivo de jurisdicciones por parte del Consejo Superior de la Judicatura³⁸, resolviendo en el sentido de asignar el conocimiento de presente asunto a la jurisdicción ordinaria.

Declaró la señora SANDRA MILENA POSADA LOPEZ³⁹, quien declara sobre el comportamiento del señor LUIS FERNANDO ALVAREZ MONSALVE. En idéntico sentido declaro la señora LUCIA QUICENO DUQUE⁴⁰. Allegan las hojas de vida de los señores GERSON HERNANDO CASTILLO GALVIS Y JULIAN ANDRES ALVAREZ GUERRERO.

CUADERNO CUATRO

³¹ Ver folio 182 y 183 cuaderno dos

³² Ver folio 184 a 186 cuaderno dos

³³ Ver folio 31 a 45 cuaderno tres

³⁴ Ver folio 73 a 89 cuaderno tres

³⁵ Ver folio 97 a 100 cuaderno tres

³⁶ Ver folio 112 a 115 cuaderno tres

³⁷ Ver folio 180 a 185 cuaderno tres

³⁸ Ver folio 206 a 218 cuaderno tres

³⁹ Ver folio 291 a 293 cuaderno tres

⁴⁰ Ver folio 294 a 297 cuaderno tres

Inicia con la indagatoria del señor JULIAN ANDRES ALVAREZ GUERRERO⁴¹, narra como acaecieron los hechos donde se dio de baja al señor MARCO ANTONIO ACEVEDO VALENCIA. Declaró la señora LUCIA QUICENO DUQUE⁴², también declara sobre la muerte del señor ACEVEDO VALENCIA, que observó cuando varios hombres de civil lo cogieron a las malas y lo metieron en un carro. Rinde indagatoria el señor GERSON HERNANDO CASTILLO GALVIS⁴³, a quien se le hacen preguntas por la muerte de los señores MARCO ANTONIO ACEVEDO y LUIS FERNANDO ALVAREZ, narrando los hechos que terminaron con la vida de los dos citados.

El día 10 de Diciembre de 2007, resuelven la situación jurídica de los señores GERSON CASTILLO GALVIS, JULIAN ANDRES ALVAREZ GUERRERO, ROBINSON DELGADO SALAS y ALEXANDER MACIAS ROJAS, por el proceso adelantado en razón de la muerte de los señores MARCO ANTONIO ACEVEDO y LUIS FERNANDO ALVAREZ⁴⁴. Así mismo les amplían indagatoria por esos hechos a los procesados⁴⁵.

El día 5 de Junio de 2008, califican el merito del sumario en el proceso adelantado por la muerte de los señores ACEVEDO Y ALVAREZ⁴⁶, acusando a los procesados DELGADO SALAS, ALVAREZ GUERRERO, MACIAS ROJAS y CASTILLO GALVIS, como presuntos autores responsables del delito de homicidio en persona protegida. El día 30 de Octubre de 2008, se amplía nuevamente indagatoria al señor GERSON HERNANDO CASTILLO GALVIS⁴⁷, JULIAN ANDRES ALVAREZ GUERRERO, IVAN DARIO HERRERA TAPIAS, WILDER ALFONSO HIGUITA VALLE, ANDRS FELIPE HURTADO GONZALEZ, FABIAN ALFONSO CRUZ LEYTON, sobre los hechos motivo de ésta investigación, siendo unánimes en negar los cargos lanzados y su participación en cualquier delito.

El Dr. DIEGO PATIÑO MARTINEZ⁴⁸, amplía el protocolo de necropsia. La Unidad de Fiscalías de Derechos Humanos y Derechos Internacional Humanitario, el día 10 de noviembre de 2008⁴⁹, decreta la nulidad del auto de fecha 25 de

⁴¹ Ver folio 1 a 6 cuaderno cuatro
⁴² Ver folio 7 a 10 cuaderno cuatro
⁴³ Ver folio 11 a 16 cuaderno cuatro
⁴⁴ Ver folio 17 a 37 cuaderno cuatro
⁴⁵ Ver folio 38 a 47 cuaderno cuatro
⁴⁶ Ver folio 53 a 68 cuaderno cuatro
⁴⁷ Ver folio 69 a 93 cuaderno cuatro
⁴⁸ Ver folio 94 y 95 cuaderno cuatro
⁴⁹ Ver folio 97 a 107 cuaderno cuatro

mayo de 2006 mediante el cual el Juzgado 87 de Instrucción Penal Militar, resolvió la situación jurídica de los procesados.

Declaró el señor JUAN CARLOS VILLA SALDARRIAGA⁵⁰, quien dice que hizo parte de las autodefensas, conocido con el alias del OCHO, manifiesta referente a la muerte del señor PEÑA TAMAYO, que el comandante paramilitar de ese entonces del sector, lo había llamado el padre del occiso y acordaron desaparecerlo. A su turno el señor OLMEDO DE JESUS PEÑA TAMAYO⁵¹, ratificando, nuevamente cuenta como fue amenazado por grupos armados (paramilitares) por denunciar la muerte de su hermano, lo que motivo que se fuera del barrio para la ciudad de Cartagena.

Seguidamente el señor PEDRO NOLASCO PEÑA TAMAYO⁵², narrando lo mismo que su antecesor. A folio 166 del presente cuaderno, obra inspección judicial y reconstrucción de los hechos. También obran las entrevistas realizadas a los señores OLMEDO DE JESUS PEÑA TAMAYO⁵³, RUBIELA DEL SOCORRO PEÑA TAMAYO, ELVIA DE LOS ANGELES CARDONA, NORALBA AGUDELO SANCHEZ, LUZ EMIDA ARRENDONDO, PEDRO NOLASCO PENA, GILBERTO DE JESUS PEÑA, LIBARDO ANDRES BETANCUR, LUIS FERNANDO RODAS, JOSE DUVIAN VALENCIA y JHON FERNANDO BETANCUR.

Se recibe diligencia de indagatoria al señor HENRY HERMINSO SANTOS GALVIS⁵⁴, quien sobre los hechos investigados dice no conocer nada en lo absoluto. El señor JUAN DAVID OSORIO GOMEZ⁵⁵, en diligencia de indagatoria manifiesta no conocer el occiso PEÑA TAMAYO, y desconocer algún tipo de información sobre esos hechos. Se resuelve la Situación Jurídica del señor HENRY HERMINSO SANTOS GALVIS⁵⁶, profiriendo medida de aseguramiento sin beneficio de excarcelación.

CUADERNO CINCO

⁵⁰ Ver folio 152 a 156 cuaderno cuatro

⁵¹ Ver folio 158 a 161 cuaderno cuatro

⁵² Ver folio 162 a 165 cuaderno cuatro

⁵³ Ver folio 209 a 234 cuaderno cuatro

⁵⁴ Ver folio 252 a 256 cuaderno cuatro

⁵⁵ Ver folio 257 a 260 cuaderno cuatro

⁵⁶ Ver folio 267 a 292 cuaderno cuatro

Obra informe fotográfico del sitio de los hechos y el lugar de donde fue sacado el señor JAIME PEÑA⁵⁷. Se recibe diligencia de indagatoria del señor JAIME EDUARDO ORTIZ MUÑOZ⁵⁸, quien es interrogado sobre los hechos en lo que falleció el señor JAIME EDUARDO PEÑA, dice que se dio cuenta que a al antes citado lo hicieron ver como un falso positivo, para Lugo hablar de las personas que conformaban los grupos ilegales del sector. Seguidamente se resuelve la situación jurídica⁵⁹, profiriendo medida de aseguramiento en su contra sin beneficio de libertad condicional.

Se amplía la indagatoria del señor JOHN FREDY MOLINA MONSALVE⁶⁰, quien nuevamente cuenta como recibieron la orden del teniente CASTILLO para realizar la diligencia de patrullaje, habla del tiempo que perteneció al pelotón PAU y negar cualquier tipo de participación en los hechos que dieron muerte al señor PEÑA.

También se amplió la indagatoria del señor JAIME EDUARDO ORTIZ MUÑOZ⁶¹, quien es interrogado por los hechos motivo de investigación, sin revelar datos que lleven a la autoría de la muerte del señor PEÑA. Obra álbum fotográfico a folios 229 a 252, para finalizar nuevamente anexando copia de la orden de operaciones, informe y demás escritos tendientes a determinar que paso la noche en que dio muerte al señor JAIME EDUARDO PEÑA TAMAYO.

CUADERNO SEIS

Obra cartilla bibliográfica del INPEC, correspondiente al señor ELKIN FERNEY TAMAYO LOPEZ⁶². Se recibe declaración a la señora LUZ ANGELA MOLINA ARANGO⁶³, manifiesta que era vecina y conocida del señor PEÑA, que de enteró de su muerte por comentarios de habitantes del sector, que nunca lo vio involucrado con armas o con gente rara; sobre el conocido como CHAYANE no sabe a que se dedicaba, para finalizar expresando que desconoce los motivos por los cuales fue asesinado el señor PEÑA TAMAYO.

⁵⁷ Ver folio 44 a 50 cuaderno cinco

⁵⁸ Ver folio 76 a 87 cuaderno cinco

⁵⁹ Ver folio 103 a 126 cuaderno cinco

⁶⁰ Ver folio 184 a 189 cuaderno cinco

⁶¹ Ver folio 200 a 208 cuaderno cinco

⁶² Ver folio 17 a 19 cuaderno seis

⁶³ Ver folio 38 a 41 cuaderno seis

Radicado: 2010-0689

Homicidio en Persona Protegida

Procesados: Julián Andrés Álvarez Guerrero y otros

Víctima: Jaime Eduardo Peña Tamayo

Sentencia Condenatoria

Declaró el señor LIBARDO ANDRES BETANCUR GRAJALES⁶⁴, inicia manifestando que nunca ha pertenecido a ningún grupo armado, que siempre lo han confundido con alias PINGÜINO, arguye que cuando mataron a PEÑA TAMAYO se encontraba en la ciudad de Pereira, referente a los alias JAIDER, SOPAS, NACHO CHAYANE, JUANCHO, BRICENO entre otro, reconoce a algunos y al resto nunca ha oído hablar de ellos. El diligencia de Indagatoria el señor JUAN CARLOS VILLA SALDARRIAGA⁶⁵, dice que nunca conoció al señor PEÑA TAMAYO, pero sí a sus familiares, que en el sector donde residía actuaban grupo paramilitares, los comandantes eran alias CHINO o ESTARTA, dice que nunca fue comandante de ningún bloque de autodefensas y desconoce los motivos de la muerte del señor JAIME EDUARDO.

El Día 14 de agosto de 2009, se resuelve la situación jurídica del señor JUAN CARLOS VILLA SALDARRIAGA⁶⁶, profiriendo medida de aseguramiento sin beneficio de libertad condicional. Se amplía indagatoria al señor HENRY HERMINO SANTOS GALVIS⁶⁷, quien nuevamente niega conocer al señor JAIME EDUARDO, que no era amigo de los comandantes del bloque paramilitar del sector de San Cristóbal y desconoce los móviles de la muerte de PEÑA TAMAYO.

A folio 123 se amplía indagatoria al señor JAIME EDUARDO ORTIZ MUÑOZ⁶⁸, dice que con respecto a la muerte del señor PEÑA TAMAYO no tiene nada que ver, que cuando eso paso ya se había desmovilizado. El día 28 de agosto de 2009 se RESOLVIÓ LA SITUACIÓN JURÍDICA de los procesados⁶⁹, profiriendo medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, sin beneficio de libertad provisional, se abstienen de imponer medida de seguridad contra el señor C3 FABIAN ALFONSO CRUZ LEYTON.

Declaró el señor GILBERTO DE JESUS PEÑA LOPERA⁷⁰, padre de la víctima, narra nuevamente los hechos que terminaron con la muerte de su descendiente, dice que JAIME EDUARDO no tenía enemigos, la única enemistad era con los mismos hermanos por unas declaraciones que había dado.

⁶⁴ Ver folio 46 a 49 cuaderno seis

⁶⁵ Ver folio 55 a 60 cuaderno seis

⁶⁶ Ver folio 67 a 87 cuaderno seis

⁶⁷ Ver folio 96 a 99 cuaderno seis

⁶⁸ Ver folio 123 a 125 cuaderno seis

⁶⁹ Ver folio 131 a 172 cuaderno seis

⁷⁰ Ver folio 223 a 225 cuaderno seis

76

Seguidamente el señor JOHN KERIN VASQUEZ ALVAREZ⁷¹, sobre los hechos dijo no saber nada al respecto. A folio 251 obra dictamen medico legal practicado al señor IVAN DARIO HERRERA T.

CUADERNO SIETE

Se recibe ampliación al señor PEDRO NOLASCO PEÑA TAMAYO⁷², dice que su hermano JAIME EDUARDO se dedicaba a elaborar limpias, que no participaba en nada con grupo ilegales al margen de la Ley, que sostenía buenas relaciones personales con el occiso, narra posteriormente las amenazas que recibió por parte de los paramilitares que rondaban su barrio. A su turno el señor OLMEDO DE JESUS PEÑA TAMAYO⁷³, habla de las relaciones que tenía con el señor PEÑA TAMAYO (occiso) y a que se dedicaba, manifiesta que su hermano tuvo problemas con integrante de las AUC, con alias EL LOCO, CHAYANE Y NARICES, describiéndolos físicamente, cuenta después como era la situación en el barrio.

Se indaga al señor HENRY HERMINSON SANTOS GALVIS⁷⁴, quien niega haber pertenecido a grupos armados al margen de la Ley, dice que es inocente de todas las acusaciones que se le endilgan, sin aportar mayores datos a la investigación. Obra examen médico legal (psicológico) realizado al señor SANTOS GALVIS⁷⁵, en el que se concluye que el examinado no padece de trastornos mentales. En idéntico sentido fue examinado el señor JAIME EDUARDO PEÑA TAMAYO⁷⁶, concluyendo que no se encontró enfermedades mentales.

El Dr. LUIS GERMAN TORRES MEDINA, defensor del señor JUAN CARLOS VILLA SALDARRIAGA, presenta los alegatos de conclusión⁷⁷. Así también lo hizo el Procurador delegado⁷⁸. Obra informe de laboratorio elaborado por el CTI, donde se determina la trayectoria del proyectil que dio muerte al señor PEÑA TAMAYO⁷⁹. Se califica el merito del sumario del procesado adelantado en

⁷¹ Ver folio 226 a 229 cuaderno seis

⁷² Ver folio 29 a 35 cuaderno siete

⁷³ Ver folio 36 a 41 cuaderno siete

⁷⁴ Ver folio 95 a 98 cuaderno siete

⁷⁵ Ver folio 134 a 136 cuaderno siete

⁷⁶ Ver folio 137 a 139 cuaderno siete

⁷⁷ Ver folio 181 a 185 cuaderno siete

⁷⁸ Ver folio 199 a 227 cuaderno siete

⁷⁹ Ver folio 251 a 258 cuaderno siete

contra de los señores JAIME EDUARDO ORTIZ MUÑOZ, HENRY HERMINSO SANTOS GALVIS y JUAN CARLOS VILLA SALDARRIAGA⁸⁰, profiriendo resolución de acusación en contra de los atrás citados por el homicidio del señor JAIME EDUARDO PEÑA TAMAYO.

CUADERNO OCHO

Nuevamente obra el estudio de trayectoria realizados por expertos del CTI⁸¹. El día 26 de Febrero de 2010, el Ente Instructor calificó el merito del sumario adelantado contra los militares aquí investigados⁸², profiriendo resolución de acusación en contra de los señores GERSON HERNANDO CASTILLO GALVIS, JULIAN ANDRES ALVAREZ GUERRERO, ANDRES FELIPE HURTADO GONZALEZ, WILDER ALFONSO HIGUITA VALLE, IVAN DARIO HERRERA y JPHN FREDY MOLINA MONSALVE, al encontrar los presupuestos exigidos en la Ley para acusarlos por el homicidio del señor JAIME EDUARDO PEÑA TAMAYO.

La Dra. MARIA TERESA VELEZ V., presenta el recurso de apelación con la providencia que calificó el proceso⁸³; en idéntico sentido lo hizo la Procuraduría General de la Nación⁸⁴. El día 13 de abril de 2010, la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, desata el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de acusación⁸⁵, confirmando la resolución de fecha 26 de febrero de 2010 y manteniendo la calificación. Para culminar se llevó a cabo la audiencia pública el día 2 de diciembre de 2010.

ANALISIS DE LO ALEGADO Y VALORACIÓN JURÍDICA DE LAS PRUEBAS EN QUE SE FUNDA LA DECISIÓN.

Acorde a lo establecido en el Artículo 232 del C. Procesal Penal –Ley 600 de 2000- como exigencias ineludibles para que pueda proferirse fallo de carácter condenatorio, que esté suficientemente establecida la certeza sobre la real ocurrencia del hecho y la responsabilidad del procesado. De lo contrario, se

⁸⁰ Ver folio 259 a 297 cuaderno siete

⁸¹ Ver folio 8 a 21 cuaderno ocho

⁸² Ver folio 67 a 130 cuaderno ocho

⁸³ Ver folio 166 a 183 cuaderno ocho

⁸⁴ Ver folio 184 a 198 cuaderno ocho

⁸⁵ Ver folio 4 a 50 cuaderno de apelación

impone dar cabida al Principio universalmente admitido de la presunción de inocencia e In Dubio Pro Reo (Art. 7 del C. Procesal Penal).

El artículo 2 de la Constitución Nacional, al hacer alusión a los fines del Estado, refiere al deber que tienen las autoridades de la República para proteger a todos los residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, que por tratarse de las Fuerzas Militares encuentra fundamento Constitucional en el artículo 217 del mismo Instituto.

La Corte Constitucional ha definido el objetivo fundamental de las Fuerzas Armadas, sus fines, deberes y obligaciones de la siguiente manera⁸⁶: **"La razón de ser de las fuerzas militares se sintetiza en las misiones que la Constitución les confía: la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional (C.P., art. 217). Las fuerzas militares constituyen un instrumento esencial de la democracia y de los derechos humanos; la justificación de su existencia, es inseparable de su vigencia y preservación, tarea que signa de manera indeleble su quehacer cotidiano. No es un agregado insustancial del plan de estudios del militar, la exigencia formulada por el mismo Constituyente en el sentido de que "en las etapas de su formación, se les impartirá la enseñanza de los fundamentos de la democracia y de los derechos humanos" (C.P., art. 222). El militar desde el punto de vista individual, repite el objetivo de la organización servicial a la que pertenece, y se describe como el profesional cuyo sentido existencial y función primordial es defender la Constitución y lo que ésta ordena: respeto a la democracia y a los derechos humanos. En estas palabras la Corte define la primera lealtad del militar en servicio, que es una fidelidad irrevocable e incondicional a su misión. El honor militar se adquiere, construye y demuestra en cada acto del servicio que no escatime esfuerzo ni sacrificio alguno en la devota entrega a este primerísimo deber, en el que se cifra la admiración y el aprecio del pueblo por sus soldados y en el que se ofrece la pauta suprema para juzgar su valor y coraje".**

En el caso materia de examen como bien lo han dejado establecido los sujetos procesales que han intervenido en el curso del presente debate, se presenta dos versiones contrapuestas acerca de la ocurrencia de los hechos, en relación

⁸⁶ C-578 de Diciembre 4 de 1995 Corte Constitucional
Radicado: 2010-0689
Homicidio en Persona Protegida
Procesados: Julián Andrés Álvarez Guerrero y otros
Víctima: Jaime Eduardo Peña Tamayo
Sentencia Condenatoria

con la muerte de JAIME EDUARDO PEÑA TAMAYO la noche del 25 de agosto de 2005.

Por parte del personal del Ejército Nacional se ha informado que a raíz de la presencia de sujetos armados en el barrio de San Javier la Loma, se emitió la orden de operaciones denominada ELITE misión táctica de AVALANCHA cuyo cometido era verificar los dichos de la ciudadanía, designándose al pelotón antiterrorista del PAU adscrito al batallón de artillería Nro. 32 General Pedro Justo Berrio con sede en ésta ciudad, para llevar a cabo la operación militar ordenada con las normas que rigen las actividades militares.

De ahí que cuenten los hoy acusados, DT. GERSON HERNANDO CASTILLO GALVIL, C3 JULIAN ANDRES ALVAREZ GUERRERO y los soldados regulares ANDRES FELIPE HURTADO GONZALEZ, WILMER ALFONSO HIGUITA VALLE, IVAN DARIO HERRERA TAPIAS y JOHN FREDY MOLINA MONSALVE, que en desarrollo de la operación militar ejecutada en el barrio San Javier La Loma, el día 25 de agosto del día 2005 resultó muerto JAIME EDUARDO PEÑA TAMAYO en enfrentamiento armado y como consecuencia de la reacción de la tropa a los disparos que realizaron los subversivos ante las proclamas del ejército.

La otra versión obrante en el plenario es la opuesta al dicho de los militares la que conforman los testimonios de los señores OLMEDO DE JESUS PEDRO NOLASCO PEÑA TAMAYO y las diligencias de indagatoria y posterior ampliación de las mismas de los procesados JUAN CARLOS VILLA SALDARRIAGA Y JAIME EDUARDO ORTIZ MUÑOZ, quienes relatan que estando el hoy habitado en su residencia dedicado a laborar limpias, un miembro del grupo armado ilegal que hacía presencia en la zona llegó hasta allí y se llevó a PEÑA TAMAYO, que al no regresar como era lo usual sus familiares instauraron una denuncia por desaparición forzada y dentro de las pesquisas adelantadas con el fin de ubicarlo llegaron hasta Medicina Legal en donde uno de los hermanos lo identificó, recibiendo la información que había ingresado como NN muerto en un enfrentamiento con el ejército siendo tildado de subversivo.

La conducta por la cual investigó la Fiscalía a los hoy procesados según la Resolución de Acusación proferida en primera y segunda instancia (ver folio 87 a 130 cuaderno 8 y ver folios 4 a 50 cuaderno apelación), fue por el delito de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA artículo 135 de la Ley 600 de 2000 y el

78

cual el despacho se referirá tanto al precepto ante aludido, como a los instrumentos de Derecho Internacional Humanitario con los cuales se integra la figura típica antes aludida.

Como la Acusación por parte de la Fiscalía contra los siete militares escuchados en diligencia de Indagatoria, lo fue por el delito de Homicidio en Persona Protegida (Artículo 135 Ley 600 de 2000) se hace indispensable aludir a modo de preámbulo, a varios aspectos de esa connotación especial y a la normas que sobre la guerra alude el Derecho Internacional Humanitario (DIH), citando textualmente la norma en comento así:

“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.

Parágrafo. Para los efectos de este Artículo y las demás normas del presente título se entiende por personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario:
1.- Los integrantes de la población civil...”

“PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA ESTABLECIDA EN EL PACTO”⁸⁷

La protección al derecho a la vida es garantizada por el pacto sin perjuicio de la gran cantidad de tratados y convenciones que regulan el tema. De los textos de esos instrumentos se desprenden garantías de carácter genérico y otras de carácter específico⁸⁸ que van desde la prohibición de la privación arbitraria de la vida hasta la promulgación de la abolición de la pena de muerte.

A pesar de la igualdad entre derechos que normalmente se predica en esferas internacionales⁸⁹, lo cierto es que los órganos internacionales han sido claros en destacar el carácter especial del derecho a la vida. En efecto, bajo esta lógica de preponderancia y superioridad jerárquica, la CIDH determinó que si el debido proceso y sus garantías deben ser protegidos en cualquier

⁸⁷ Formación Especializada en Investigación, Juzgamiento y Sanción de Violaciones a los Derechos Humanos e Infracciones al derecho Internacional Humanitario II. (Vicepresidencia de la República). Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH

⁸⁸ Valencia Villa, Alejandro (editor y compilador), *Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, vols. I y III, Oficina en Colombia del Alto

⁸⁹ Organización de Naciones Unidas, Segunda Conferencia Mundial sobre DDHH de Viena de 1993.

circunstancia, *su observancia es aún más importante cuando se halle en juego el supremo bien que reconocen y protegen todas las declaraciones y tratados de DDHH: la vida humana*⁹⁰.

En ese mismo sentido el Comité DH estableció el derecho a la vida como derecho supremo respecto del cual no se autoriza suspensión alguna, ni siquiera en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación (art. 4º). Se trata de un derecho que no debe interpretarse en un sentido restrictivo, de manera que deberá consistir, no solamente en la implementación de medidas para evitar y castigar los actos criminales que entrañen su privación, sino, por ejemplo, la adopción de medidas positivas para disminuir la mortalidad infantil y aumentar la esperanza de vida, en especial las medidas para eliminar la malnutrición y las epidemias. La falta de vivienda, por ejemplo, es un factor agravante que eleva los factores de muerte.

Las violaciones al derecho a la vida, no siempre requieren de la verificación de la muerte de la persona. De las decisiones del Comité de DH, por el contrario, se advierte que el Estado deberá responder por violaciones al derecho a la vida cuando las leyes en materia de porte de armas no sean lo suficientemente estrictas o, cuando las sentencias que impongan pena capital no sean producto de un proceso justo donde se haya respetado el derecho de defensa."

Para efectuar la adecuación típica de un homicidio como HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, debe tenerse en cuenta se debe partir de reconocer, como dice la norma, ***"que en la zona donde el mismo se produce se esté viviendo un conflicto armado y que el homicidio se presente con ocasión y en desarrollo de ese conflicto"***.

En lo que tiene que ver con la existencia *"del conflicto armado interno en Colombia"*, se ha discurredo mucho, son innumerables las manifestaciones hechas por el ejecutivo colombiano en las que se dice que en nuestro país no existe UN CONFLICTO ARMADO, sino que lo que hay son ACTOS TERRORISTAS, y en el mismo sentido se han pronunciado sus más cercanos colaboradores; sin embargo, esta discusión para este momento ha sido superada de manera contundente, pues el mismo ejecutivo fue quien promovió

⁹⁰ Corte Interamericana de DDHH, OC-16/99, párrafo. 135.

el proceso de negociación de paz con "las autodefensas", uno de los actores armados ilegales que hacían parte del conflicto interno armado y con ello *reconoció el conflicto*. Además, debe tenerse en cuenta que para que se reconozca la existencia de un conflicto armado, no se requiere que exista un acta administrativo o una ley que así lo diga, sino que son las circunstancias de hecho, que se viven, las que permiten predicar la existencia del mismo. ***"Únicamente se exige el conocimiento de las circunstancias de hecho que hayan determinado la existencia de un conflicto armado, implícito en las palabras "haya tenido lugar en el contexto de... y que haya estado relacionada con él...⁹¹"***, para determinar que se está en frente de un conflicto armado y esas circunstancias de hecho estaban obviamente a la mano de los militares que aquí se procesan.

Al aludir a nuestra problemática, el señor DUGLAS CASSEL, Director del Centro de DDHH de la Northwester University, EE. UU. ***"...En el caso de Colombia, ... tengo entendido que el gobierno insiste que no hay conflicto armado de carácter internacional o no internacional en el país. Con todo respeto creo que no hay muchos expertos en Derecho Internacional que compartan esa percepción de la situación de Colombia, la gran mayoría de los especialistas en Derecho Internacional opinan que lo que ha venido sucediendo aquí en estos años es un conflicto de carácter no internacional... la Corte Penal Internacional, la Corte Interamericana y la comunidad internacional entiende que si hay conflicto armado en Colombia y por eso es aplicable el Derecho Internacional Humanitario a la situación colombiana.⁹²"*** En el mismo sentido se ha pronunciado el Comité Internacional de la Cruz Roja - CIR -, en varios de sus informes sobre Colombia y su situación actual en materia de orden público y conflicto interno.

Sobre este tema el Despacho considera pertinente hacer referencia a algunos aspectos del Derecho Internacional de los conflictos armados o Derecho Internacional Humanitario, el cual se define como un conjunto normativo de carácter supraestatal, que tiene por objeto humanizar los conflictos armados internacionales y no internacionales, limitar el uso de la violencia regular la conducción de las hostilidades y salvaguardar y proteger a las personas que no

⁹¹ Proyecto de texto definitivo de los elementos de los Crímenes. Informe de la Comisión Preparatoria de la CPI. Nueva York, 2 de noviembre de 2000 (segunda parte de la Adición al Informe de la Comisión reunida en Nueva York del 13 al 31 de marzo y del 12 al 30 de junio del 2000 (Doc. PCNICC/2000/1/Add.2).

⁹² En la ponencia que hizo en el "seminario de Investigación de Crímenes de Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra" dictado en Bogotá, a los Fiscales de la Unidad Nacional de Justicia y Paz y que tituló "NATURALEZA Y ESTRUCTURA DE LA CRIMINALIDAD DE GUERRA EN EL

participan directamente en los combates y a los militares o combatientes que hayan quedado heridos, enfermos, náufragos o prisioneros de guerra. También protege ciertos bienes que pueden resultar afectados con el conflicto.

Este ordenamiento está comprometido por los Cuatro Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949, los que son adicionados por el Protocolo I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y el Protocolo II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional y que desarrolla el Artículo Tercero Común de los Convenios de Ginebra.

Colombia hace parte de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 aprobados mediante la Ley 5 de 1960, y vigentes desde el 8 de Mayo de 1962. Igualmente aprobó mediante la Ley 11 de 1992 el protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, hizo la adhesión el 1º de Septiembre de 1993 y entró en vigor el 1º de Marzo de 1994 el protocolo adicional II fue también aprobado mediante Ley 171 de 1994.

Como es de conocimiento general, dentro del conflicto armado interno que padece Colombia, muchas de las conductas que atentan o amenazan los Derechos Humanos, constituyen a la vez infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario. Son ellas acciones u omisiones graves con las cuales quienes participan directamente en las hostilidades -los combatientes- transgreden los deberes o quebrantan las prohibiciones que les ha impuesto el artículo 3º común a los Cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo II adicional.

El sujeto activo de una infracción al derecho Internacional Humanitario pueden ser cualquiera de las personas que dentro del conflicto armado combaten a favor de una u otra parte contendiente, en el caso que nos ocupa los procesados al momento en que ocurrieron los hechos hacían parte de la Fuerzas Armadas a quienes el estado confió el cumplimiento de funciones especiales, entre ellas ser garante de los derechos fundamentales de los coasociados, para lo cual contaban con las armas oficiales y herramientas jurídicas para hacerlo dentro de los límites establecidos por la Constitución y la Ley.

La Corte Constitucional en diversos pronunciamientos y en concordancia con la doctrina y jurisprudencia internacional ha considerado que las normas de derecho internacional humanitario son parte integrante de ius Cogens, es decir son normas imperativas de derecho internacional, cuya obligatoriedad se deriva de su carácter consuetudinario y no del consentimiento de los estados. La Honorable Corporación consideró al respecto que ***“En Colombia no sólo el derecho internacional humanitario es válido en todo tiempo sino que, además, opera una incorporación automática del mismo “al ordenamiento interno nacional, lo cual, por lo demás, es lo congruente con el carácter imperativo que, según ya fue explicado, caracteriza a los principios axiológicos que hacen que este cuerpo normativo integre el ius cogens”.***

En los Cuatro Convenios de Ginebra se incluye el artículo tercero Común, relativo a los conflictos armados de carácter no internacional. Este artículo se aplica en conflictos internos como el que se presenta en el territorio colombiano en los que se enfrenta la Fuerza Pública – Fuerza Militares y Policía Nacional- del Estado y los grupos armados organizados al margen de la ley y éstos últimos entre sí.

El artículo 1º del Protocolo II que hace referencia al ámbito de aplicación material, señala que este Instrumento Internacional desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 y se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1º del Protocolo Adicional relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo II.

De otra parte, la Constitución Política colombiana establece claramente que en todo caso respetarán las reglas del derecho internacional humanitario (CP art. 214 numeral 2º). Esto significa entonces que, conforme al mandato constitucional, el derecho internacional humanitario, incluyendo obviamente el Protocolo II, se aplica en Colombia, máxime si se tiene en cuenta que en el territorio nacional se desarrolla un conflicto armado de carácter no internacional entre la Fuerza legítima del Estado y grupos armados organizados al margen de la ley y entre éstos.

El Derecho Internacional Humanitario se rige por unos principios fundamentales como son el Principio de Humanidad que implica que las exigencias militares y el mantenimiento del orden público deben ser siempre compatibles con el respeto de la persona humana; Principio de Limitación, según el cual la población civil gozará de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares de modo que no se afecten personas ni bienes no relacionados con los objetivos de la guerra y que no se causen sufrimiento superfluos; Principio de Protección, que busca la salvaguarda de la divinidad humana en toda circunstancia y prescribe todo sufrimiento innecesario que no esté ligado a la obtención de una ventaja militar sobre el adversario; Principio de Proporcionalidad, de acuerdo con el cual la legitimidad de un ataque militar no otorga licencia ilimitada para atacarlo, por lo que se prohíbe cualquier ataque que prueba producir incidentalmente la muerte o lesiones a civiles.

Principio de Distinción, según el cual se debe distinguir entre combatientes y no combatientes, siendo los segundos personas protegidas. Entendiéndose por combatientes, las personas que participan directamente de las hostilidades. Todas las demás personas se entienden no combatientes y por lo tanto personas protegidas entre las cuales se encuentra la población civil.

Por su parte, el artículo 48 del Protocolo Adicional a los convenios de GINEBRA, del 12 de agosto de 1.949, habla de la protección a las Víctimas en los conflictos armados internacionales (PROTOCOLO I), prescribe:

“A fin de garantizar el respeto y la protección de la población y de los bienes de carácter civil, las partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares”.

Igualmente el artículo 50 del mismo Protocolo define a los civiles de la siguiente manera:

“1. es persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías a que se refieren el artículo 4, A. 1), 2), 3), y 6 del III convenio y del artículo 43 del presente protocolo. El caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considera como civil. 2. la población civil comprende a

81

todas las personas civiles. 3. la presencia entre población civil de personas cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil.

Así mismo, el artículo 51 del señalado Protocolo establece que la población civil y las personas civiles gozarán de protección contra los peligros procedentes de operaciones militares. En consecuencia este artículo prohíbe a las partes atacar a personas o bienes civiles sin distinción.

De igual manera, el artículo 13 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, ratificado por Colombia mediante la Ley 171 de 1994, establece:

“Artículo 13. Protección de la población civil.

- 1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. Para hacer efectiva esta protección, se observarán en todas las circunstancias las normas siguientes.***
- 2. No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil.***
- 3. Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, salvo si participan directamente en las hostilidades mientras dura tal participación.”***

Como se puede observar existen unos límites previstos en el bloque de constitucionalidad, los cuales hacen parte de la legislación interna frente al tema de derechos humanos y que coloca límites a la función encargada por el estado a las Fuerzas Militares de la defensa de la soberanía, la independencia, a integridad territorial y el orden constitucional - artículo 217 constitucional-, en busca de la protección a la población civil de las operaciones militares y de las que realicen los demás actores de conflicto; por tal motivo se incorporó a la legislación Penal Colombiana el TITULO II - DELITOS CONTRA LAS PERSONAS Y BIENES PROTEGIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO, con la finalidad de investigar y sancionar a los infractores de estas normas de Derecho Internacional Humanitario, haciendo parte de estos cargos la infracción al artículo 135 plasmada en el cuerpo de la presente providencia.

Es de anotar que el artículo 93 constitucional establece que los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción prevalecen en el orden interno. La Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente: ***“El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de la leyes, por cuanto han sido normalmente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.”***

En punto a la materialidad del delito de Homicidio en Persona Protegida se encuentra acreditado con la necropsia medico legal Nro. 2005P-03011501357 en el que se indica como causa de la muerte de PEÑA TAMAYO fue consecuencia natural y directa de un shock traumático por herida visceral y múltiples fracturas, lesiones producidas por proyectil de arma de fuego las cuales tuvieron un efecto mortal y los orificios de entrada aparecen escritos a folios 65 a 66 del cuaderno Nro. 1, donde indican que los orificios de entrada fueron por la espalda el primero en el glúteo derecho cuadrante interno y el segundo en región infraescapular derecha.

Igualmente obra en el plenario que la oficina de medicina legal amplió el informe de la necropsia antes referido mediante el oficio STF06-401 del 10 de Marzo de 2006, en donde se indagó si existe certeza de que efectivamente las heridas que presentaba el occiso era de proyectil de arma de fuego tipo changon, respondiendo en el informe Bal. 710 2005 así: los elementos recuperados en la necropsia hacían parte integral de proyectil de arma de fuego perteneciente a un cartucho calibre 55.56 x45 mm o 0.223 y no consta en el acta de levantamiento (herida de proyectil de arma de fuego tipo changon) que fue lo que se hizo constar en la discusión (folios 216 y 217 del cc 1).

Obra también como elemento de materialidad el acta 1068 de inspección de cadáver realizada el 26 de agosto de 2005 por la fiscalía 205 de la URI, en ella se indica como orientación del cadáver, cabeza al sur, pie a norte y posición de cadáver de cubito abdominal, brazo derecho en extensión, el izquierdo flexionado y como descripción de las heridas orificio en la espalda línea media y fractura en pie: derecho (folio 94 a 96 del cc 1) e igualmente el álbum

fotográfico correspondiente a la identificación del cadáver (folio 61 a 136 del cc 1).

También se encuentra el protocolo de identificación Nro. 2005P 01357 del 28 de agosto de agosto de 2005 en el cual la señora RUBIELA DEL SOCORRO PEÑA TAMAYO identifica el cuerpo sin vida de JAIME EDUARDO PEÑA TAMAYO (folio 98 del cc 1). De igual manera el registro civil de defunción de JAIME EDUARDO Nro. 475456 (folio 280 del cuaderno Nro. 1), y álbum fotográfico de inspección judicial al cadáver (folio 35 del cuaderno 3).

Los anteriores medios probatorios se corroboran con el informe pericial de balística del Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias Forenses Nro. DNC - BAL 71Q2005 de 2005 a las 11:30, cuyo objeto es la determinación de las características técnicas de los fragmentos de proyectil disparados por arma de fuego; en el que se concluye que lo fragmentos del proyectil remitidos como recuperados en la necropsia Nro. 2005P 031150137 de 2005 08 - 26 practicado al cuerpo de NN masculino, formaron parte integral del proyectil de alta velocidad disparado por arma de fuego, tipo fusil calibre 5.56 X45 mm 0.223 de las cuales las marcas mas comunes en nuestro medio se encuentran: Col m16 arquinsin steyr AUG gaul, entre los fragmentos 1/5, 2/5, 5/5 y presentaron rayados estriados las cuales pueden ser útiles para la realización de estudio micro comparativo (folio 188 y ss del cuaderno nro. 1).

Existe también informe pericial balístico DNC - BAL 0710 2005 del 2005/11/17, mediante el cual se pretende identificar residuos de disparos en prendas de vestir a fin de establecer el rango de distancia del disparo y en el mismo se estableció como colofón que los disparos que realizaron los orificios descritos en las prendas pertenecientes a la necropsia 01357 2005/08/26 fueron realizados a larga distancia (folio 194 a 201 del cuaderno nro. 1).

De las diligencia de indagatoria rendidas por el pelotón PAU inmiscuido en este proceso, se estableció que con excepción del procesado FABIAN ALFONSO CRUZ LEYTON, los demás uniformados al unísono admitieron haber disparado con fusiles 5.56, varios cartuchos hacía donde supuestamente venía en fuego del enemigo y algunos sin recordar con precisión cuantos dispararon realizaron, pero todos refieren un número plural de percusiones por parte del pelotón de combate.

Tal como lo anota la procuradora delegada, resulta de especial interés el estudio balístico Nro. 37396 del 28 de noviembre de 2007 (folio 81 a 93 del cuaderno 2), cuya finalidad es el estudio y la materialidad de la trayectoria anatómica y recreación de movimientos y posiciones, con fundamento en el protocolo de necropsia de JAIME EDUARDO PEÑA TAMAYO, específicamente con la descripción de las lesiones y el esquema anexo al protocolo utilizando software POSER que concluyó frente a la trayectoria 1: posterior anterior perpendicular y horizontal localización glúteo derecho y (entrando) y muslo derecho (salida).

Trayectoria 2: posterior anterior infero superior y de derecha a izquierda localización región ínfalo muscular derecha (entrada) y región derecha del cuello (salida).

Respecto a la dirección o trayectoria, obra el dictamen de medicina legal que así lo verifica, la número 1 de atrás hacia adelante y la numero 2 de atrás hacia adelante y hacia arriba, ampliación de necropsia del 20 de mayo del 2009 (folio 94 del cuaderno nro. 5).

En cuanto a la prueba de la responsabilidad de los uniformados CASTILLO GALVIS GERSON, ALVAREZ GUERRERO JUAN ANDRES, HURTADO GONZALES ANDRES FELIPE, HIGUITA VALLE WILDER ALFONSO, HERRERA TAPIAS IVAN DARIO Y MOLINA MONSALVE JOHN FREDY, el despacho teniendo en cuenta los principios de interpretación y valoración de las pruebas obrantes en el plenario, como la sana critica, la lógica y la experiencia, con el fin de establecer si un testigo dice la verdad o no o si sus afirmaciones son creíbles y teniendo en cuenta las pruebas de levantamiento de cadáver y la inspección al mismo, como las balísticas sus ampliaciones que han quedado reseñado en el curso del acápite de esta providencia, así como las disposiciones de la Ley 600 de 2000 en el artículo 238 sobre la apreciación de las pruebas y que desde luego corresponden a análisis de los diversos testimonios y diligencias de indagatoria rendidas por los justiciables, categóricamente se impone como derrotero de esta actividad que corresponde al funcionario judicial exponer de forma racional el merito asignado a cada prueba, lo cual denota el examen sobre la credibilidad de los medios de convicción constituyen atribución privativa e insustituible de los funcionarios judiciales en cada caso y en las cuales se debe fijar criterios y parámetros específicos con base en las cuales el Juez debe examinar el valor suasorio de

cada medio de prueba, destacándose que en el evento de la prueba testimonial se habrán de tomar en cuenta elementos tales como la percepción, la memoria, la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad de los sentidos, la circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se presentaron los hechos y en que los testigos la percibieron los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio, la forma de su respuesta y su personalidad.

Con estos presupuestos se hará la valoración acerca de la credibilidad de cada medio probatorio y también de las diligencias de descargo de los acusados, ya que la Ley estrictamente encuentra diferido esta atribución al funcionario judicial a quien la Ley provee de una serie de pautas que contrastadas con las reglas de la sana crítica, las reglas de la experiencia y la persuasión racional le ayudan a determinar durante un proceso de inferencias debidamente argumentado y explicado si el acervo probatorio merece credibilidad o no o si a juicio del funcionario judicial el deponente se encuentra diciendo la verdad o si falta a ella.

Así las cosas entonces el despacho coincide tanto con la funcionaria de la policía como de la fiscalía en primera como en segunda instancia, en el sentido que los hechos acaecidos el 25 de agosto de 2005 fueron puestos en conocimiento inicialmente de las autoridades judiciales como el desarrollo de un combate donde había sido dado de baja un miembro de la guerrilla, sin embargo el acontecer fáctico de conformidad de las pruebas recopiladas en el curso de la instrucción claramente demuestran que se trató no de un enfrentamiento militar si no de la muerte de un ciudadano por parte de miembros de ejercito en asocio de grupos armados ilegales o paramilitares.

Si se examinan entonces la orden de operaciones del Batallón de Infantería Nro. 32 General Pedro Justo Berrio misión táctica AVALANCHA operación ELITE de la contraguerrilla, pelotón PAU, barrio San Javier las Lomas del municipio de Medellín, de fecha 25 de agosto de 2005, visible a folios 15 a 26 del cuaderno Nro. 1.

Esta orden indica que el pelotón del ST. GERSON CASTILLO GALVIS, tenía como propósito o misión la siguiente: "a partir del momento en que conducen las operaciones militares es para neutralizar y reducir el actuar delictivo de los agentes generadores de violencia que alteran la paz y la tranquilidad

ciudadana interna en la respectiva jurisdicción...”, igualmente se señala que es en contra del grupo de milicias de las FARC Y AUC indicando que se trata de 4 terroristas dedicados a secuestros, asesinatos y extorsión en el sector, para el efecto se señala que la unidad deberá llegar al barrio San Javier la Loma y “realizara registros ofensivos con el fin de ubicar a los bandidos para capturarlos, judicializarlos y si oponen resistencia armada contra las tropas constitucionales, logran mediante el uso racional de las armas abatirlos para dar tranquilidad a la población civil...”.

En el numeral 3º se indica que la intención del comandante del batallón Pedro Justo Berrio es la de ejecutar una misión táctica del registro definitivo que permita la verificación de la información suministrada por la red de informantes de la unidad sobre la presencia de un grupo de delincuentes de las milicias urbanas de las FARC que delinquen en el sector semi urbano del barrio San Javier las Lomas del municipio de Medellín.

Como se puede verificar entonces en la orden antes referida quedó nítidamente establecido que apuntaba a realizarse un registro defensivo para verificar la información obtenida por la red de informantes, pero como se observa los miembros del ejército nacional que participaron en la ejecución de dicha orden no adelantaron ninguna actividad circunscrita a la orden que permitiera cumplir los objetivos propuestos, como tampoco realizaron actividades de ubicación de personas dedicadas a esas actividades delictivas, hicieron todo lo contrario, se pudo verificar que en la fecha tantas veces mencionada, es decir, el 25 de agosto de 2005, en el barrio San Javier la Lomas del municipio de Medellín hizo presencia uniformados pertenecientes al pelotón antiterrorista PAU del batallón Pedro Justo Berrio dando muerte violenta al señor JAIME EDUARDO PEÑA TAMAYO, que es reportado en el informe inicial como NN guerrillero, sin embargo, ninguna actividad de verificación soporta tal afirmación y en las injuradas los procesados no rindieron justificación satisfactoria sobre este tópico.

Se encuentra también probado dentro del expediente el informe de patrullaje suscrito por el comandante de la operación ST GERSON CASTILLO GALVIS del 26 de agosto de 2005 de la misión táctica AVALANCHA donde señala la duración de la operación tres (3) horas, y que en desarrollo del control de las localidades siendo aproximadamente las 22:30 horas, observaron tres o cuatro sospechosos a 20 ó 30 metros, que ordena el alto y que levantan las manos y

que estos hicieron caso omiso y uno de ellos abrió fuego contra el ejercito y los demás huyeron y que como comandante dio el grito que son las tropas del ejercito nacional y que en ese momento de rodillas y con cubierta y protección se grita de nuevo la proclama que el sujeto entre comillas no hace caso y da la orden de abrir fuego contra los atacantes.

En desarrollo de la operación se señala como material incautado un changon doble cañón calibre 16, dos vainillas 16 mm, respecto a la munición gastada se reporta 59 cartuchos calibre 5.56 mm y se indica que durante el procedimiento de levantamiento fueron varias veces "hostigados" por parte de los bandidos del sector con armas cortas y muy cerca del sector de los hechos (folio 28 a 30 de cuaderno nro. 1).

El despacho en torno al supuesto enfrentamiento o combate aludido en el informe de la operación y en las distintas diligencias de descargos recibidos por los acusados comparte los planteamientos tanto de la representante de la sociedad como del ente acusador en el sentido de que si existe prueba científica que permite concluir sin dubitación alguna que no hubo enfrentamiento sino que la victima fue atacada por la espalda y rematada en el momento en que se desvanecía como consecuencia del primero disparo.

Debidamente probado se encuentra también en el curso del proceso que la victima no pertenecía a ningún grupo armado ilegal en efecto es la misma institución del ejercito nacional quien informó a la Fiscalía que el ciudadano, no tenía ningún registro o anotación de inteligencia militar, ni hacía parte de ningún frente o bloque de grupos ilegales (folio 6 del cuaderno 5), así lo certificó el Jefe del Estado Mayor de la cuarta Brigada visible a folio 47 del cuaderno 2.

Ahora bien en frente a la supuesta legitima defensa institucional en que pudieron haber obrado los procesados como lo alegan tanto estos como la defensa, la Honorable Corte Suprema de Justicia frente a la configuración de esta causal de justificación del hecho ha precisado lo siguiente:

La legítima defensa es el derecho que la ley confiere de obrar en orden a proteger un bien jurídicamente tutelado, propio o ajeno, ante el riesgo en que ha sido puesto por causa de una agresión antijurídica, actual o inminente, de otro, no conjurable

racionalmente por vía distinta, siempre que el medio empleado sea proporcional a la agresión. Requiere, por tanto, para su configuración, que en el proceso se encuentre acreditado la concurrencia de los siguientes elementos: a). Que haya una agresión ilegítima, es decir, una acción antijurídica e intencional, de puesta en peligro de algún bien jurídico individual (patrimonio económico, vida, integridad física, libertad personal). b). Que sea actual o inminente. Es decir, que el ataque al bien jurídico se haya iniciado o inequívocamente vaya a comenzar y que aún haya posibilidad de protegerlo. c). Que la defensa resulte necesaria para impedir que el ataque injusto se materialice. d) Que la entidad de la defensa, sea proporcionada, tanto en especie de bienes y medios, como en medida, a la de la agresión. e) Que la agresión no haya sido intencional y suficientemente provocada. Es decir que de darse la provocación, ésta no constituya una verdadera agresión ilegítima que justifique la reacción defensiva del provocado⁹³.

También entonces comparte el despacho lo sostenido por los sujetos procesales públicos, representante de la Procuraduría y de la Fiscalía, en el sentido de que tal institución antes definida no se configura en el caso en examen y que si en gracia de discusión se pudiera entrar a estudiar los requisitos como lo sigue planteando la defensora de los procesados, esto implicaba cumplirse con el primer requisito de la agresión injusta amen de que los miembros del pelotón Antiterrorista Urbano PAU del batallón Pedro Justo Berrio, señalan que notaron la presencia de varios sujetos que no atendieron la proclama de ejército y en respuesta accionaron un arma de fuego por lo que se defendieron, de haber sido tales las circunstancias que rodearon el in suceso en sana lógica los resultados se hubieran incrementado, pues en desarrollo de un combate como lo relatan los procesados, los muertos hubieran sido en un número superior y no sólo el supuesto guerrillero, sino las personas que lo acompañaban y entre los miembros del ejército igualmente se hubiera presentado alguna mengua.

Además que no tiene lógica que una sola persona con un arma tipo changon, que tan sólo contiene dos cartuchos para percutir, se enfrentara a un pelotón de 9 hombres, con armas de largo alcance y entrenados en lo referente al

⁹³ Proceso No 11679. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL Magistrado Ponente: Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL Aprobado acta No. 067 Bogotá D.C., veintiséis de junio del año dos mil dos.

combate, máxime que como lo han sostenido los familiares del occiso, éste cuando salió de su casa se encontraba desarmado y dedicado a las actividades de preparación de comida.

El hecho de que se halla encontrado el arma tipo changon junto al cuerpo del señor PEÑA TAMAYO y que resultara la prueba de absorción atómica positiva, no quiere decir que efectivamente la víctima haya disparado, así lo ha entendido la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia cuando ha indicado que la prueba de absorción atómica su resultado no es suficiente para demostrar o desvirtuar autoría, para el efecto veamos:

Quando pregona que el resultado negativo de la prueba de absorción atómica excluye a su defendido CALDERÓN LUGO de haber sido el autor de los disparos que acabaron con la vida de su compañera, lo único que evidencia es su inconformidad con la valoración de los juzgadores, y no el anunciado desconocimiento de las reglas de la ciencia. Si bien es cierto que el dictamen pericial suministra al proceso conocimientos técnicos, científicos o de cualquier otra índole, también lo es que el funcionario judicial no está atado a su resultado; como cualquier otra prueba, debe apreciarlo en conjunto con los demás elementos de juicio, de acuerdo con el método de persuasión racional y, así formar su convencimiento para emitir el correspondiente juicio de responsabilidad.

Para la Sala no se exhibe irrazonable, y mucho menos contradictorio con las reglas de la ciencia, cuando advierte el juzgador que la prueba de absorción atómica no es suficiente para desligar de responsabilidad al imputado **porque sus resultados se pueden alterar** por la persona examinada. Como ya ha sido precisado por la jurisprudencia⁹⁴, el resultado positivo, a lo sumo, es indicativo de la presencia de residuos de disparos en las manos del sospechoso, pero no de su autoría; por distintas razones es posible que el hallazgo de plomo, antimonio, bario y cobre, no sea la consecuencia de haber disparado un arma y, viceversa, la ausencia de estos elementos puede ser el resultado de la prueba practicada en una persona que si disparó un arma⁹⁵.

Es de precisarse que la apreciación que ellos hicieron de los resultados de las pruebas de absorción atómica, coincide con los principios científicos que la

⁹⁴ 14587 del 6 de septiembre de 2001 y 13871 del 21 de febrero de 2002, entre otras.

⁹⁵ Proceso nº 29734 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL MAGISTRADO PONENTE AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN Aprobado: Acta No. 48 Bogotá. diecisiete (17) de febrero de dos mil diez (2010).

presiden, en cuanto que a través de esta pericia solo es posible establecer la presencia de residuos de disparo en las manos del sospechoso (plomo, antimonio, bario y cobre), no la autoría del mismo, como equivocadamente lo entiende el libelista.

Por razones de distinta índole puede suceder que los resultados de presencia de disparos en las manos de una persona sean positivos, no obstante no haber accionado el arma, o negativos a pesar de haberla disparado, dando lugar a lo que técnicamente en balística se denomina falsos negativos y falsos positivos (...)⁹⁶.

Otros de los requisitos que no se cumple para configurar la cacareada legítima defensa en que pudieron haber incurrido los miembros del ejército nacional es con el de la **proporcionalidad** de la que habla la norma, porque indudablemente los integrantes del pelotón PAU superaban en número a los supuestos sujetos atacantes a lo que se refieren los relatos de los indagatorios, e igualmente no se puede comparar el número y calidad de las armas supuestamente portadas por los enfrentados, además respecto a la cantidad de cartuchos disparados por la tropa a cuya alusión ellos mismos hacen y que es muy superior en todo caso a los supuestamente emitidos por el occiso.

De todo lo cual se concluye que en el caso del supuesto combate alegado no se presentó un verdadero equilibrio o proporcionalidad entre la conducta de los implicados y el supuesto ataque por parte de la víctima como bien lo recuerda la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, citando la doctrina consignada al analizar el requisito de la proporcionalidad como elemento esencial concurrente para acreditar la justificación de la conducta punible y que no sobra reiterar.

“La defensa debe ser proporcional a la agresión, tal como de manera expresa lo exige el numeral en comento, pues debe haber un equilibrio entre la conducta de quien ejerce la defensa y el ataque del que es víctima dicho de otra forma debe haber proporcionalidad entre la defensa y la agresión. Es bueno precisar que tal requisito no está referido solo a los medios desplegados por los medios activo y pasivo de la defensa sino que debe mirar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, la persona del atacado y del atacante, la entidad del ataque, los bienes en conflicto etc.

⁹⁶Cfr sentencias Nos 10361 del 18 de julio de 2001.

Radicado: 2010-0689

Homicidio en Persona Protegida

Procesados: Julián Andrés Álvarez Guerrero y otros

Víctima: Jaime Eduardo Peña Tamayo

Sentencia Condenatoria

Así las cosas, será notoriamente desproporcionado la defensa ejercida por quien utiliza una ametralladora para repeler un ataque con una pequeña navaja, o un ataque de guerra para enfrentar una agresión a pedradas. De la misma manera es desproporcionada la defensa cuando el atacado toma el cuchillo de un matarife para rechazar a quien lo golpea con los puños..."

Mas adelante agrega el tratadista: "este requisito es tan indispensable como la necesidad de defensa sin la que no es concebible, pues la presupone y se constituye en su medida no obstante es frecuente confundir ambas exigencias aunque no falta quienes prefieren que el concepto de proporcionalidad sea desarrollado en los textos legales⁹⁷".

Es que combate de conformidad con lo expresado en la Sala penal de la Corte Suprema de Justicia, en múltiples determinaciones, comporta una opción militar **entre bandos opuestos** determinables en el tiempo y en el espacio, definición que no se acomoda al caso sub examen por las falencias que ya se mencionaron en acápite anteriores.

PRINCIPIOS BÁSICOS SOBRE EL EMPLEO DE LA FUERZA Y DE ARMAS DE FUEGO POR LOS FUNCIONARIOS ENCARGADOS DE HACER CUMPLIR LA LEY, ADOPTADO POR EL OCTAVO CONGRESO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE PREVENCIÓN DEL DELITO Y TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE CELEBRADO EN LA HABANA DEL 27 DE AGOSTO AL 7 DE SEPTIEMBRE DE 1990

Este instrumento internacional determina la función social del funcionario público encargado de hacer cumplir la ley cuyo corolario es la protección a la vida, la libertad y la seguridad de las personas, en ejercicio de lo cual podrá utilizar la fuerza a través de armas de fuego solo cuando sea necesario.

En ejercicio de sus funciones, los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley establecerán una serie de métodos lo más amplia posible para dotar a los funcionarios de distintos tipos de armas y municiones de modo que puedan hacer un uso diferenciado de la fuerza y de las armas de fuego. Entre estas armas deberían figurar armas incapacitantes no letales para

⁹⁷ Derecho Penal Parte General. FERNANDO VELASQUEZ VELASQUEZ. Cuarta edición completamente reelaborada y puesta al día 2008, pag. 770
Radicado: 2010-0689
Homicidio en Persona Protegida
Procesados: Julián Andrés Álvarez Guerrero y otros
Victima: Jaime Eduardo Peña Tamayo
Sentencia Condenatoria

emplearlas cuando fuera apropiado, con miras a restringir cada vez más el empleo de medios que puedan ocasionar lesiones o muertes.

Con el mismo objetivo, también debería permitirse que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley cuenten con equipo auto protector, por ejemplo, escudos, cascos, chalecos a prueba de balas y medios de transporte a prueba de balas a fin de disminuir la necesidad de armas de cualquier tipo (art. 2º).

Por otra parte de haber sucedido el hecho como lo pretenden hacer creer los procesados a la judicatura y la defensa, entonces el perito que suscribió el dictamen balístico no hubiera concluido como lo hizo, esto es, que los disparos impactaron a la víctima por la espalda, recibiendo un segundo disparo hipotéticamente: hablando si en el caso de no haber sido mortal ese primer impacto y sí suficiente para bloquear a la víctima, la actitud de los militares habría podido ser, de prestar auxilio y judicializarlo, no obstante decidieron ultimarlo lo que hace pensar que se hubiera presentado un exceso en la defensa si fuera ésta la hipótesis que se encontrara probada dentro del plenario.

Debe consignarse también que en el mismo sentido se hace descartable la supuesta legítima defensa institucional que pudiera indicar que el ejército en cabeza del ST. GERSON CASTILLO GALVIS estuvo precedida de una orden de autoridad legítima competente emitida con las formalidades de Ley y en claro obediencia al estricto cumplimiento de un deber legal, resulta desproporcionada por las mismas circunstancias expresadas con anterioridad.

Al contrario de lo anteriormente descartado el proceso muestra que la víctima JAIME EDUARDO PEÑA TAMAYO era una persona trabajadora dedicada a la venta ambulante de comidas rápidas y que no tenía vínculos con grupos ilegales y que para el momento en que fue sacado de su vivienda se encontraba trabajando, así se verificó con las declaraciones bajo la gravedad del juramento de JESUS PEÑA LOPERA, RUBIELA DEL SOCORRO PEÑA TAMAÑO, NOIRA ALBA AGUDELO SANCHEZ, LUZ EMMA ARREDONDO OQUENDO, CARLOS ALBERTO OSPINA, LEON DARIO ROLDAN CORREA Y PEDRO NOLASCO PEÑA TAMAYO, declaraciones a las cuales los anteriores funcionarios concedores de las actuaciones judiciales dan crédito a dichas

manifestaciones y las cuales el despacho entiende que no se violan los principios de la sana crítica del testimonio para darles credibilidad en cuanto a dicho aspecto como lo ha señalado la H. Corte Suprema de Justicia en relación con el valor probatorio que se le debe dar a los testimonios de parientes⁹⁸:

En realidad, ni las normas invocadas, ni ninguna otra en materia penal, le asigna un determinado valor al testimonio de parientes, porque tanto para la apreciación de éste como del proveniente de cualquiera otra persona, es el buen juicio del funcionario, auxiliado por los principios de la sana crítica y valorando con cuidado "lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, a la personalidad del declarante, a la forma como hubiere declarado y las singularidades que puedan observarse en el testimonio", como lo enseña el artículo 277 del Código de Procedimiento Penal, el que permitirá aceptar o rechazar el testimonio, según le merezca credibilidad o lo advierta contrario a la verdad. Por esta razón, repetidamente la Sala ha dicho que el testimonio de parientes no puede ser rechazado de plano por el solo hecho del vínculo de consanguinidad, sino que debe ser valorado en conjunto con los demás medios de convicción recaudados y atendiendo las pautas ya reseñadas⁹⁹.

Es que antaño la H. Corte Suprema de Justicia ha establecido como exigencias de carácter probatorio para la configuración de la causal de justificación, que deben estar plenamente comprobados tanto como los requisitos de materia objetiva como subjetiva porque cualquier matiz de duda que se presente desconfigura la causal para dar por sentado que esta nunca existió.

En la actuación entonces obran pruebas que dan cuenta de la existencia de grupos delictivos organizados que hacían presencia en el corregimiento de San Cristóbal de Medellín y cuyos integrantes hacían parte de las AUC y que dedicaban a la comisión de conductas que vulneran los derechos humanos de la población civil y el DIH y entre ellos homicidios amenazas y extorsiones, es así como se pueden observar las deposiciones de los señores OLMEDO DE

⁹⁸ Proceso No 11326 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL MAGISTRADO PONENTE ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN APROBADO ACTA No. 09 Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil dos (2002).

⁹⁹ Cfr. sentencia del 23 de enero de 1998, radicado 9.741, y auto del 6 de febrero de 2001, radicado 10.656, M.P. Jorge Enrique Córdoba Poveda.
Radicado: 2010-0689
Homicidio en Persona Protegida
Procesados: Julián Andrés Álvarez Guerrero y otros
Víctima: Jaime Eduardo Peña Tamayo
Sentencia Condenatoria

JESUS, PEDRO VOLASCO PEÑA TAMAYO y JUAN CARLOS VILLA SALDARRIAGA, la diligencia de indagatoria y ampliación de JAIME EDUARDO ORTIZ MUÑOZ, así como los informes rendidos por los miembros de la DIJIN adscritos a la unidad de delitos contra los derechos humanos, lo que en sana lógica hace posible concluir que varias personas que hacían parte de las autodefensas que operaban en el precitado corregimiento acordaron con algunos integrantes del ejercito la entrega en vida de quien respondía en nombre a JAIME EDUARDO PEÑA TAMAYO a fin de que se le diera muerte en un supuesto combate y se le hiciera al parecer como miliciano de un grupo y organizado al margen de la Ley.

No obstante lo anterior también se puede deducir de los elementos probatorios allegados a la actuación como prueba trasladada y radicado 3508 de la UNDH - DIH que respecto del ST GERSON CASTILLO GALVIS y del suboficial JULIAN ANDRES ALVAREZ GUERRERO, éste no es el primero caso en el que se encuentran involucrados, toda vez que aparecen comprometidos en otros procesos en los que se observa actuaron con similar modus operandi y en las cuales las victimas eran persona humildes pertenecientes a la población civil y en algunos caso con problemas de comportamiento que tuvieron inconvenientes con las autoridades o comunidad por diferentes circunstancias, medio probatorio que apreciado en su conjunto con los restantes medios de prueba hay que darles credibilidad, no como antecedentes penal como lo pretende hacer ver la defensora , sino como un modo de actuar reiterado y sistemático, así lo ha reconocido la H. Corte Suprema de Justicia, que cuando se refieren a acciones de grupo no se pueden hacer como si de tratara de hechos aislados producto de voluntades individuales, sino que con acciones repetidas y sistemáticas, ya que son muertes sucedidas por la misma época y responden a un similar modus operandi¹⁰⁰.

En relación con las versiones de JAIME EDUARDO ORTIZ MUÑOZ está declaración de recibo para el despacho, pues esta persona menciona que perteneció a la mencionada organización criminal que realizaba actividades delictivas en el señalado corregimiento y sectores aledaños, razón por la cual pudo obtener información respecto de los hechos punibles que ellos cometieron, conseguir datos, presenciar sus realizaciones y contactos con integrantes de la fuerza pública y la exigencia de los mismos a los comandantes de estas organizaciones ilegales para que le entregaran al hoy

¹⁰⁰ Ver sentencia del 27 enero de 2010 radicado 29753 M. P. JOSE LEONIDAS BUSTOS MARTINEZ
Radicado: 2010-0689
Homicidio en Persona Protegida
Procesados: Julián Andrés Álvarez Guerrero y otros
Victima: Jaime Eduardo Peña Tamayo
Sentencia Condenatoria

occiso, conocimiento que le ocasionó sumado a la cercanía y amistad que tenía con los familiares de la víctima que este fuera objeto de maltratos y que finalmente se viera obligado a abandonar la zona para residenciarse en otra ciudad, razón por la cual su versión resulta creíble y certera en la medida en que tiene capacidad para narrar en detalle las circunstancias de hecho que fueron investigadas en el curso de este proceso.

Así mismo en igual sentido lo afirmado por JAIME EDUARDO de la forma como se produjo la retención del occiso PEÑA TAMAYO, nótese además que esta es coherente y concordante con los familiares de la víctima, y cuenta con plena credibilidad para el despacho en la medida que menciona la estructura jerarquizada de la organización, lo alias y los nombres de los autores de la retención cuya existencia se ha confirmado en la etapa, y alguno de los cuales se encuentran detenidos en la actualidad, esta razón de la ciencia de su dicho merecen credibilidad y además que es corroborado por lo expresado por otros declarantes.

También obra la declaración JUAN CARLOS VILLA SALDARRIAGA alias OCHO integrante cabecilla de este grupo delictivo, cuyo dicho concuerda con otros elementos probatorios que obran en la operación, como la estructura del grupo, nombre de sus integrantes, modus operandi y señala algunos integrantes de la AUC como las personas que sacaron al hoy occiso de su residencia o lugar de trabajo.

Sobre este tópico la Corte Suprema de Justicia ha indicado que cuando estos reúnen los requisitos señalados anteriormente, por su carácter de clandestinidad, compartimentación, verticalidad, sus testimonios merecen credibilidad¹⁰¹.

La única condición para llegar a tener por ciertas o verídicas unas declaraciones testimoniales rendidas por desmovilizados, reinsertados o exguerrilleros **sin mando o carentes de responsabilidades superiores**¹⁰², cuando sus exposiciones empecen de ser tan extensas y

¹⁰¹ Proceso n.º 33454 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL Magistrado Ponente: YESID RAMÍREZ BASTIDAS Aprobado Acta N° 134 Bogotá, D. C., mayo cuatro (4) de dos mil diez (2010).

¹⁰² La información plena de las actividades desplegadas por individuos pertenecientes a los grupos ilegales ni siquiera la pueden suministrar sus jefes más importantes. Como prueba de ello obsérvese que los cabecillas de los grupos paramilitares han solicitado reunirse en las cárceles con personal Radicado: 2010-0689

coincidentes en tanto detalle, nombres y datos en general, la daría el hecho de que los individuos hayan estado adscritos a la misma célula o escuadra subversiva, cuestión que no aparece establecida en el proceso y que brilla por su ausencia, lo que unido a la puesta en entredicho de la antigua condición de guerrillero o que no se haya confesado la pertenencia al grupo armado ilegal, hace que los testigos resulten sencillamente increíbles o cuando menos muy sospechosos.

Quedo también establecido dentro del proceso, que al momento de practicarse la inspección judicial al cadáver, no se encontró documento de identificación alguna, por lo cual se registró como NN siendo reconocido 2 días después en la morgue de Medellin por sus parientes y allegados.

Finalmente en relación con el móvil para delinquir que es el motivo o causa que determinó al grupo de militares adscritos al pelotón antiterrorista del PAU batallón de artillería Nro. 32 General Pedro Justo Berrio para actuar del modo que lo hicieron, no obstante que no se requiere la prueba del móvil, si de debe establecer que todo delito tiene un móvil ya que la ejecución de una conducta delictiva como esta no es gratuita, éste se demuestra con la diligencia de indagatoria de JAIME EDUARDO ORTIZ MUÑOZ quien manifestó en el curso de la misma que la muerte de JAIME EDUARDO PEÑA TAMAYO se debió a que los integrantes de la organización delincuenciales le fue solicitado por funcionarios del gaula de Medellin un positivo para mostrar en primer lugar resultados operacionales, presentando personas muertas en presuntos combates como pertenecientes a grupos ilegales y generar en el sentir de la comunidad nacional una sensación de seguridad al pensar de que las fuerzas armadas obtienen victorias en su lucha subversiva y en segundo lugar seguramente también con la expectativa de obtener tal vez permisos o licencias, todo lo cual nos indica que en el aspecto de culpabilidad hubo dolo y premeditación en el actuar de estas personas vulnerándose bienes jurídicos prevalentes en la población civil como atinadamente lo dejó consignado en la Resolución de Acusación la fiscal de primera instancia y ratificada por la segunda, autos interlocutorios que en sentir del Despacho constituyen un auto interlocutorio autosuficiente por el contenido fáctico, jurídico y probatorio las distintas funcionarias.

subalterno que hizo parte de sus estructuras ilegales para reconstruir el accionar de la organización armada ilegal, y eso que tales aparatos de poder por contar con el patrocinio, solidaridad o aquiescencia de agentes estatales no practicaban con total severidad las reglas de clandestinidad y compartimentación, como si ocurre con los grupos guerrilleros.

Radicado: 2010-0689

46

Homicidio en Persona Protegida

Procesados: Julián Andrés Álvarez Guerrero y otros

Victima: Jaime Eduardo Peña Tamayo

Sentencia Condenatoria

Ahora sobre la autoría ha dicho al Corte Suprema de Justicia en sentencia de la Dra. YESID RAMÍREZ BASTIDAS, Proceso No 29221, del 2 de Septiembre de 2009, así:

(i).- **Autor.-**

"Es quien realice la conducta punible por sí mismo¹⁰³". Se trata de aquella persona que se constituye en el protagonista central del comportamiento delictivo, quien de manera directa y propia mano lo ejecuta en forma consciente y voluntaria.

ROXIN al respecto dice:

Se trata aquí del prototipo de la autoría, de la manifestación más evidente de la figura central, de un supuesto en el que coinciden incuestionablemente la "concepción natural de la vida" y la valoración del legislador. No puede dominarse un hecho de manera más clara que cuando lo realiza uno mismo; no se puede mantener en las propias manos de modo más firme que cuando se actúa de propia mano.

La obviedad de esta idea se basa no sólo en la evidencia no reflexiva de un aserto así, sino que cabe fundamentarla también, en términos puramente dogmáticos, por la seguridad con la que se puede indagar la naturaleza de la autoría individual a partir de la ley.

Pues teniendo en mente al autor individual, no cabe discutir que el legislador, en sus descripciones típicas describe también al autor. Solo aquel que realiza todos los presupuestos del injusto allí establecidos es autor, y cuando los realiza lo es sin excepción (...) Todas las teorías que llegan a otros resultados parten de presupuestos que ya se consideraron erróneos más arriba. Pues ciertamente es verdad que el que actúa de propia mano puede no ser el principal responsable en sentido moral o criminológico. Puede haber otro, que le ha instigado y ha ocasionado que cometa el delito, que quizá urdió el plan entero y recabó todo el provecho y que puede merecer una pena superior. Pero de esto no se trata - como ya sabemos- en la determinación de la autoría: para el hecho, tal como aparece en la forma de acción, **el que ejecuta por completo libremente y de propia mano, sigue siendo la figura central dominante.** Ahí reside el contenido de verdad imperecedero de la teoría objetivoformal: Por eso, el concepto de dominio del hecho sólo puede formularse de manera que comprenda estos casos en cualquier forma imaginable²³ (negrillas fuera del texto).

¹⁰³ El dominio de la acción comprende la realización directa de propia mano del tipo doloso, esto es, la realización final de todos los elementos del tipo objetivo. ROXIN precisando su planteamiento afirma: quien sin estar coaccionado y sin depender de otro más allá de lo que socialmente es habitual realiza de propia mano todos los elementos del tipo es autor. Tiene en todos los casos imaginables el dominio del hecho. Se trata aquí del prototipo de la autoría, de la expresión más patente de la figura central (...) No se puede determinar un hecho de forma más clara que cuando uno mismo lo hace, no se puede tener las manos nada de una forma más libre que a través de la actuación de propia mano. El legislador al describir los diferentes tipos penales caracteriza al autor individual, de ésta manera sólo quien cumple todos los presupuestos del injusto allí establecidos es autor y lo es sin excepciones cuando los realiza". ÁLVARO ENRIQUE MÁRQUEZ CÁRDENAS, *La autoría mediata en el derecho penal, Formas de instrumentalización*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2009, página 128.

Ahora a modo de conclusión, el Despacho no tendrá en cuenta los argumentos expuestos por la letrada defensora, mírese que a pesar de que en sus dichos exculpatorios, centro del proceso quedó más que probado que al señor JAIME EDUARDO lo raptaron milicianos del sector donde residía, para luego aparecer muerto, dado de baja por efectivos del ejército, supuestamente en combate, al enfrentarse de frente con la fuerza pública. Así mismo, las indagatorias de los milicianos acusados también por el homicidio del PEÑA TAMAYO, insertas dentro del libelo son claras y contundentes, así como las deposiciones de los familiares de la víctima que señalan que PEÑA TAMAYO era un joven de bien y trabajador, que fue raptado para luego aparecer como un positivo de las Fuerzas Armadas.

Tampoco se pueden exculpar a los militares por el hecho de que existiera una orden de trabajo emitida por el comando del batallón, pues en ella no estaba inserto que debían dar de baja a cualquier ciudadano que se encontraran de frente; tampoco se logró desvirtuar las acusaciones efectuadas por el Ente Acusador por parte de la defensa. Por ello y con todo el material probatorio allegado, arrojan indicios serios más allá de toda duda, que los hoy acusados son culpables del delito por el que se les endilga.

Entonces, acreditada como se encuentra entonces la adecuación típica con el supuesto fáctico consagrado en el tipo penal -HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA-, sin que se avizore circunstancia alguna eximente de antijuridicidad o inculpabilidad, de las contenidas como causales de ausencia de responsabilidad en el artículo 32 del Código Penal, esto es, que no apareciendo perplejidad alguna en el sentido que efectivamente se lastimó el bien jurídico de la Vida y realizaron su comportamiento dolosamente (siéndole además imputable jurídicamente y exigible proceder diferente), es predicable entonces la responsabilidad penal de los procesados GERSON HERNANDO CASTILLO GALVIS, JULIAN ANDRES ALVAREZ GUERRERO, ANDRES FELIPE HURTADO GONZALEZ, WILDER ALFONSO HIGUITA VALLE, IVAN DARIO HERRERA y JOHN FREDY MOLINA MONSALVE a título de autores plurales, por lo cual se emitirá juicio de reproche penal en su contra, al reunirse a plenitud los requisitos estipulados en el citado inciso 2º del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal.

Es que el material probatorio allegado al libelo es claro y contundente, allí se logró demostrar mas allá de toda duda, que los procesados dieron muerte al señor PEÑA TAMAYO, persona que estaba protegida por el Estado Colombiano, al estar por fuera del conflicto armado.

CALIFICACION JURIDICA DE LA CONDUCTA

Se ha venido ubicando por el Ente Acusador el comportamiento delictual deducido y los cargos lanzados en contra de los procesados, según la descripción típica consagrada en el libro Segundo, Título II, Capítulo Unico, artículo 135 del Código Sustantivo Penal,-Ley 599 del 2000., esto es, al tratarse de Homicidio en Persona Protegida de Treinta que conlleva una pena de (30) a cuarenta (40) años de prisión Multa de Dos mil (2000) a Cinco mil (5000) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes e Inhabilitación para el ejercicio de Derechos y funciones publicas de Quince (15) a Veinte (20) años.

Pues bien, en aras de actuar en consonancia con el principio de Congruencia que debe existir entre las Acusación y la Sentencia, sobre lo que tiene que ver con la ubicación jurídica que la Fiscalía otorgó al punible al Acusar a los Militares, la encontramos adecuada desde el punto de vista jurídico, pues aquí se trató del delito de Homicidio en persona protegida del artículo 135 de la Ley 599 del 2000, porque se estaba frente a un ciudadano ajeno a la confrontación armada, que no hacía parte de ningún grupo al margen de la Ley y se trataba de un civil y por ende cobijado por esos principios del Derecho Internacional Humanitario.

DOSIFICACIÓN PUNITIVA:

Se tiene entonces, que de conformidad con los artículos 60 y 61 del C. Penal, de acuerdo a la ubicación de la conducta como se hizo en precedencia, en lo tocante con el Homicidio en persona protegida, conocida la penalidad a imponer, es necesario ahora extractar el ámbito de punibilidad, que resulta de restar el mínimo al máximo de la pena, por lo que tenemos que, agotadas las operaciones aritméticas de rigor, arroja Diez (10) años de prisión, que divididos en cuartos nos indicarán los Cuartos de movilidad así: **el Cuarto Mínimo** iría de de Trecientos sesenta (360) meses de prisión a Trecientos

noventa (390) mese de prisión , los dos **Cuartos Medios** se ubicarían de esta cifra a Cuatrocientos cincuenta (450) meses de prisión y el **Cuarto Máximo** de este último rubro a Cuatrocientos ochenta (480) meses de prisión.

Como en el suyo juicio no se dedujeron circunstancias de mayor punibilidad (Art. 58 C. P.), nos ubicaremos en el Cuarto Mínimo para fijar la pena.

Vistas así las cosas, dadas las particulares circunstancias en que se llevó a cabo y se dio muerte al joven JAIME EDUARDO PEÑA TAMAYO, con despliegue inusitado de fuerza, pues se trató de siete militares, suficientemente provistos de armas de fuego de alto poder, lo que unido a la intensidad del dolo que aflora y se desprende de la manera como fue aprehendido ilícitamente, en presencia de algunos miembros de su familia y vecinos del sector, para luego causarle la muerte, además la calidad de servidores públicos al servicio de las Fuerzas Militares a quienes se les ha encomendado según la Constitución y la Ley ser garantes de los Derechos Fundamentales de los ciudadanos, lo que nos permite concluir que resulta adecuado, equitativo y ajustado a la legalidad imponer como pena principal de TRECIENTOS SESENTA (360) MESES DE PRISION para cada uno de ellos, lo que equivale a TREINTA (30) AÑOS DE PRISION; como MULTA será la de DOS MIL (2000) Salarios mínimos legales mensuales vigentes e Inhabilitación para el ejercicio de Derechos y Funciones públicas por QUINCE (15) AÑOS.

Al efecto, la penalidad aflictiva será descontada en el Centro Carcelario que determine el Gobierno Nacional por intermedio del INPEC.

DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA Y LA PRISION DOMICILIARIA

En cuanto a los Subrogados de la Condena de Ejecución Condicional y el Sustituto de la Prisión Domiciliaria, por el cuántum de la penalidad a imponer resulta lógico que no tienen posibilidad alguna de que se les otorgue dichos beneficios, por lo que deberán descontar en física detención la totalidad de la pena impuesta. Se les abonará eso sí el tiempo que han permanecido privados de su libertad hasta la fecha (art.37-3 del Código de las Penas).

DE LOS PERJUICIOS CAUSADOS.

Radicado: 2010-0689
Homicidio en Persona Protegida
Procesados: Julián Andrés Álvarez Guerrero y otros
Victima: Jaime Eduardo Peña Tamayo
Sentencia Condenatoria

109 91

5

La Conducta punible genera la obligación de reparar los daños materiales y morales causados con la infracción, a la luz de lo establecido en el artículo 94 de la Ley 599 del 2000, siendo necesario la demostración de los primeros dentro del proceso-artículo 97 ibídem, lo que no ocurrió en esta ocasión, no dando lugar a su fijación; en relación con los daños o Perjuicios Morales, por la afectación y consternación que ocasionó su muerte a sus familiares, a sus vecinos y amigos en general, por la aflicción a la que fueron sometidos, por el malestar causado y el sufrimiento en general, los fijamos en DOCIENTOS CINQUENTA (250) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes para la época de los hechos, los cuales serán cancelados solidariamente por todos los procesados.

Una vez ejecutoriado este fallo, se informará lo decidido al Ministerio de Defensa Nacional para que tomen las determinaciones propias de su competencia.

En lo que tiene que ver con el tratamiento penitenciario del señor IVAN DARIO HERRERA, previo a la ejecución física de su detención, se remitirá al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, a fin de que le practiquen una experticia médica y se determine su estado actual de salud, se dirá si la condición de salud le puede ser recluso en un centro de detención o en su defecto nos indicarán cuales son las medidas que se deben tomar.

Por lo expuesto, **el Juzgado Vigésimo Primero Penal del Circuito de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A :

PRIMERO: DECLARASE penalmente responsables como coautores del la conducta punible de **HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA**, contemplado en Libro II, Título II, Capítulo Único, Art.135 del Código Penal -Ley 599 de 2000-, siendo ofendido el señor DUBERNEY GALEANO MIRA, a los señores **GERSON HERNANDO CASTILLO GALVIS**: identificado con la cédula de

ciudadanía Nro. 88.311.279 de Cúcuta, **JULIAN ANDRES ALVAREZ GUERRERO**: identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 7.254.578 de Puerto Boyacá, **JOHN FREDY MOLINA MONSALVE**: identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 98.766.499 de Medellín, **IVAN DARIO HERRERA TAPIAS**: identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 78.304.212 de Montelibano (Córdoba), **ANDRES FELIPE HURTADO GONZALEZ**: identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 98.772.615 de Medellín, **WILDER ALFONSO HIGUITA VALLE**: identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 15.287.607 de Peque - Antioquia, de los datos civiles y personales consignados en el cuerpo de este fallo, y en consecuencia, **CONDENASELES** a la pena principal privativa de la libertad de **TREINTA (30) Años de Prisión a cada uno de ellos**. El INPEC determinará el lugar del cumplimiento de la pena; como MULTA el valor de DOS MIL (2000) Salarios mínimos legales mensuales vigentes e Inhabilitación para el ejercicio de Derechos y Funciones públicas por QUINCE (15) AÑOS.

SEGUNDO: Los Daños o Perjuicios Morales se fijan en DOCIENTOS CINCUENTA (250) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes para la época de los hechos, los que serán cancelados en forma solidaria por los condenados.

TERCERO: Tal como se dejó consignado, los procesados no tienen derecho a los beneficios de la Suspensión de la Ejecución de la Pena, ni la Prisión Domiciliaria. Se les abona el tiempo que llevan detenidos por esta investigación.

CUARTO: En lo que tiene que ver con el tratamiento penitenciario del señor IVAN DARIO HERRERA, se remitirá al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, tal cual quedó plasmado en acápites anteriores-

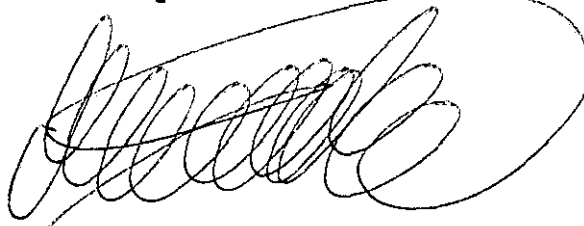
QUINTO: Dése la publicidad al fallo, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 472 del C. de P. Penal, y una vez quede en firme el mismo, remítase el cuaderno de copias al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad (Reparto), para los fines de ley.

190
92

SEXTO: Ejecutoriado este fallo, se informará de lo decidido al Ministerio de Defensa Nacional para que se tomen las determinaciones inherentes a su función.

Contra esta sentencia procede el Recurso de Apelación.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

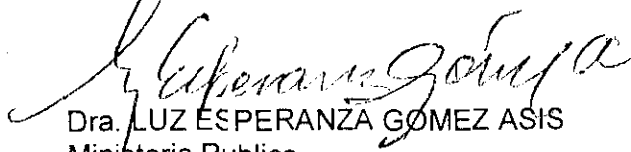


MARCOS BEJARANO SANCHEZ

Juez

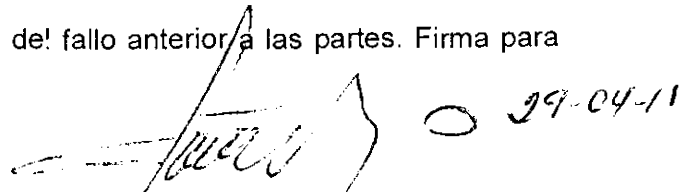
NOTIFICACIÓN:

En la fecha que se indica, notifico el contenido del fallo anterior a las partes. Firma para constancia.



Dra. LUZ ESPERANZA GOMEZ ASIS
Ministerio Publico

April 4 /2011

 29-04-11

Dra. GILMA A. DUARTE RODRIGUEZ
Fiscal 3 UNDH y DIH - Bogotá

 /2011


Dr. BEATRIZ E. GONZALEZ PATIÑO

Defensora
Calle 27 No. 57 - 94

April 30 /2011


GERSON H. CASTILLO GALVIS

Procesado
Detenido Pedro Justo Berrio

April 20 /2011


JULIAN ANDRES ALVAREZ GUERRERO

Procesado
Detenido Jorge Eduardo Sánchez

April 04 /2011


JHON FREDY MOLINA MONSALVE


Procesado
Detenido Pedro Nel Ospina

April 01 /2011


ANDRÉS FELIPE HURTADO GONZALEZ

Procesado
Detenido Pedro Nel Ospina

April 1 /2011


WILDER ALFONSO HIGUITA VALLE

Procesado
Detenido Pedro Nel Ospina

April 1 /2011

IVAN DARIO HERRERA TAPIAS

Procesado
Calle 50 D No.3 Sur 32

 /2011


LIGELLA BUITRAGO ALVAREZ

Secretaria

República De Colombia



Tribunal Superior de Medellín
Sala Penal

SENTENCIA PENAL No. 035 - 2011

Radicado: 05001-31-04-021-2010-00689 - 2ª instancia

**PROCESADOS: GERSON HERNANDO CASTILLO GALVIS Y OTROS
DELITO: HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA
DECISIÓN: CONFIRMA SENTENCIA
MAGISTRADO PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA**

(Aprobada Acta No. 118)

MEDELLIN, nueve (9) de septiembre de dos mil once (2011)

Mediante Sentencia ordinaria proferida el 29 de marzo de 2011, el Juzgado 21 Penal del Circuito de Medellín condenó a los ex miembros del Ejército Nacional: **Subteniente GERSON HERNANDO CASTILLO GALVIS**, con c.c. No. 88.311.279 de Cúcuta; **Cabo Tercero JULIAN ANDRES ALVAREZ GUERRERO**, con c.c. No. 7.254.578 de puerto Boyacá; los **Soldados Regulares: ANDRES FELIPE HURTADO GONZALEZ**, con c.c. No. 98.772.615 de Medellín; **WILDER ALFONSO HIGUITA VALLE**, con c.c. No. 15.287.607 de Peque, Antioquia; **IVAN DARIO HERRERA TAPIAS**, con c.c. No. 78.304.212 de Montelíbano, Córdoba; y, **JHON FREDY MOLINA MONSALVE**, con c.c. No. 98.766.499 de Medellín, como coautores del delito de **HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA**, a la pena principal, para cada uno de ellos, de 30 años de prisión y multa de 2000 salarios

mínimos legales mensuales vigentes, así como la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 15 años. Igualmente les impuso el pago solidario de perjuicios morales por la suma de 250 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de la ocurrencia de los hechos. Conoce la Sala por apelación de Los defensores de los condenados.

ANTECEDENTES

HECHOS: En horas de la tarde del jueves 25 de agosto de 2005, a la casa de habitación de NDRA ALBA AGUDELO SANCHEZ, ubicada en la calle 62 No. 131-75 del barrio San Cristóbal de Medellín, acudió su cuñado JAIME EDUARDO PEÑA TAMAYO con las señoras ELVIA DE LOS ANGELES CARDONA VIUDA DE CORREA¹ y LUZ EMIDA ARREDONDO OQUENDO, todos residentes del suburbio, en razón a que previamente se habían citado, con el fin de elaborar unas *lumpias*² que aquél les enseñaría a fabricar, pues conocía la fórmula de preparación. Aproximadamente a las 7:30 de la noche, quien fungía como instructor, fue solicitado en la puerta de la vivienda por un joven, integrante de un grupo paramilitar de la zona, con quien dialogó y acompañó, prometiéndoles a las asistentes su pronto regreso a culminar las labores culinarias, lo que nunca ocurrió.

El mismo jueves 25 de agosto de 2005, en el Batallón de Infantería No. 2 "*General Pedro Justo Berrío*" de Medellín, integrantes del Pelotón Antiterrorista Urbano (PAU) daban inicio a la denominada orden de operaciones ELITE, misión táctica AVALANCHA, con el fin de localizar sujetos armados al margen de la ley en el barrio San Javier La Loma, sitio a donde se trasladaron, distribuyéndose las labores a desarrollar, quedando al mando del equipo de combate en la zona de batalla el Subteniente CASTILLO GALVIS, integrada la patrulla, además, por el Cabo Tercero CRUZ LEYTON y los soldados regulares HURTADO GONZALEZ, HIGUITA VALLE y MOLINA MONSALVE, quienes a eso de la 10:20 de la noche ocasionaron la muerte de un hombre no identificado, llevándose a cabo el levantamiento del cadáver a las

¹ Conocida en autos como doña Ángela.

94
2/2

12:45 de la madrugada del día siguiente, en la calle 53 No. 110-533, por la Fiscalía 205 Seccional URI de Medellín, con la participación de miembros del CTI, a quienes los uniformados dieron cuenta de que la "baja" fue el resultado de un enfrentamiento con el enemigo compuesto por tres o cuatro hombres, que ante la proclama lanzada de ser miembros del Ejército Nacional fueron agredidos con ráfagas de disparos.

El viernes 26 de agosto siguiente, familiares del desaparecido PEÑA TAMAYO se dieron a la tarea de buscarlo, por lo que indagaron con los residentes del sector, acudieron al hospital del barrio, elevaron denuncia ante la Inspección de Policía de San Cristóbal, hasta que RUBIELA DEL SOCORRO PEÑA TAMAYO, previamente alertada, concurrió el sábado 27 de agosto de 2005 a la morgue del Instituto de Medicina Legal, donde fue informada de la existencia del cadáver de un guerrillero muerto en combate por miembros del Ejército Nacional la noche del jueves anterior en el barrio La Loma, aledaño al barrio San Cristóbal, constatando que se trataba de su hermano desaparecido JAIME EDUARDO.

Sobre las causas del deceso concluyó el legista en el dictamen realizado el 26 de agosto de 2005: *"La muerte de quien en vida respondió al nombre de NN, hombre de 35 a 40 años de edad aparentemente fue consecuencia natural y directa del SHOCK TRAUMATICO por la herida visceral y múltiples fracturas. Lesiones producidas por proyectil de arma de fuego, las cuales tuvieron un efecto de naturaleza esencialmente mortal. Esperanza de vida de 30.9 a 36.4 años más"*.

ACTUACIÓN PROCESAL: Por la muerte del presunto guerrillero a manos de miembros del Ejército Nacional, se inició la correspondiente investigación el 26 de agosto de 2005, por la Juez 87 de Instrucción Penal Militar con sede en Medellín, quien a más de disponer de la práctica de varias pruebas, ordenó escuchar en indagatoria a los miembros de la patrulla responsables de la operación, luego de lo cual, con auto del 7 de julio de 2006, declaró perfeccionada la investigación disponiendo el envío de las diligencias a la Fiscalía Penal Militar Reparto de

² Pastelillos típicos de la comida China.

Medellín, correspondiéndole la actuación a la Fiscalía 27, que con providencia del 13 de julio de 2006 decretó el cierre de la investigación. Mientras tanto, con providencia del 5 de septiembre de 2006, la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía General de la Nación, Fiscalía 15 Especializada, solicitaba a la Fiscalía 27 Penal Militar con sede en la Cuarta Brigada del Ejército de Medellín, el envío del proceso, proponiéndole conflicto positivo de competencia en caso de no aceptarse la petición. Aceptado el conflicto de competencia por la Fiscalía 27 Penal Militar, se remitió el proceso a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura con sede en Bogotá, que con providencia de 23 de marzo de 2007 lo dirimió asignándole competencia a la Fiscalía 15 Especializada. Recibido el expediente por el Fiscal 15 Especializado, dispuso de la práctica de varias diligencias, entre otras, ordenó las ampliaciones de indagatoria de los militares involucrados en la operación, a quienes les resolvió la situación jurídica el 28 de agosto de 2009, imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva a los siguientes militares: Subteniente CASTILLO GALVIS, Cabo Tercero ALVAREZ GUERRERO, Soldados Regulares HURTADO GONZALEZ, HIGUITA VALLE, HERRERA TAPIAS y MOLINA MONSALVE, como coautores materiales del delito de *homicidio en persona protegida*. Cerrada la investigación, mediante providencia del 26 de febrero de 2010, la Fiscalía Tercera Especializada de la UNDH y DIH, calificó el mérito del sumario, profiriendo resolución de acusación en contra del Subteniente GERSON HERNANDO CASTILLO GALVIS, Cabo Tercero JULIAN ANDRES ALVAREZ GUERRERO y los Soldados Regulares WILDER ALFONSO HIGUITA VALLE, IVAN DARIO HERRERA TAPIAS y JHON FREDY MOLINA MONSALVE, como presuntos infractores del delito de *homicidio en persona protegida* del que fuera víctima quien en vida respondía al nombre de JAIME EDUARDO PEÑA TAMAYO. Resolución de acusación que fuera objeto del recurso de apelación por la defensa de los acusados y el agente del Ministerio Público, correspondiéndole a la Fiscalía 11 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, que con providencia de 13 de abril de 2010, la confirmó en su integridad. En firme la acusación se envió el proceso al reparto de los Juzgados Penales del Circuito de Medellín, asignándosele al 21, que con auto de 23 de junio de 2010 avocó el conocimiento, ordenando dar el traslado de que trata el artículo

400 de la Ley 600 de 2000. El 25 de agosto de 2010 se llevó a cabo la audiencia preparatoria. Se dio inicio a la audiencia pública el 29 de octubre de 2010, culminando el 2 de diciembre siguiente. El 21 de marzo de 2011 se dictó el fallo de primera instancia que hoy ocupa la atención de la Sala.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Con fundamento en las pruebas aportadas y los cargos formulados por la Fiscalía instructora en la resolución acusatoria, para el 21 de marzo de 2011, el Juzgado 21 Penal del Circuito de Medellín emitió sentencia visible a folios 144 al 170 del último cuaderno (9) y que fue reseñada en el primer párrafo de esta decisión, habida cuenta del respeto por el debido proceso y los presupuestos del fallo, por lo que no se observaron vicios de nulidad (artículo 29 Constitución Nacional y 306 ibídem).

El señor Juez, después de valorar las pruebas obrantes en el proceso, arribó a la certeza sobre la ocurrencia del hecho, la tipicidad de la conducta, su antijuridicidad material y la responsabilidad penal de los acusados como coautores materiales del punible contra la vida. Por ello declaró a los miembros del Ejército Nacional, por la época de los hechos investigados, **Subteniente GERSON HERNANDO CASTILLO GALVIS, Cabo Tercero JULIAN ANDRES ALVAREZ GUERRERO, Ex Soldados Regulares: ANDRES FELIPE HURTADO GONZALEZ, WILDER ALFONSO HIGUITA VALLE, IVAN DARIO HERRERA TAPIAS y JHON FREDY MOLINA MONSALVE,** coautores del delito de **HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA,** imponiéndoles como pena principal 30 años de prisión y 2000 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de ellos, así como la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso de 15 años, al tiempo que los condenó al pago en forma solidaria de 250 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos, negándoles los subrogados penales de la condena de ejecución condicional y la prisión domiciliaria.

El juez de primera instancia, luego de identificar a los acusados, transcribir los hechos tal como fueron relatados por la Fiscalía en la resolución de acusación, discriminar la actuación surtida, resumir las injuradas de los acusados y algunos testigos, reseñar las pruebas relevantes, compendiar las exposiciones de los sujetos procesales durante la audiencia pública, en el acápite dedicado al aspecto probatorio y consecuencias jurídicas, entró recordando cuál es la misión de las fuerzas armadas: en Colombia, valiéndose para ello de la sentencia C-578 de 1995 que el tema examinó, recordando igualmente algunos de los instrumentos que sobre la guerra consagró el Derecho Internacional Humanitario y la discusión presentada a nivel interno sobre si en Colombia existe conflicto armado.

Con esa introducción resaltó que en el proceso existen dos posiciones antagónicas respecto a la manera como ocurrieron los hechos investigados: de un lado la versión de los uniformados que han sostenido que la presencia de la patrulla del Ejército en el barrio San Javier de la Loma obedeció a una orden de operaciones militares, en desarrollo de la cual sostuvieron un enfrentamiento armado con personas al margen de la ley, en que resultó muerto quién luego fuera identificado como JAIME EDUARDO PEÑA TAMAYO; y, de otro, la ilustración dada por familiares, conocidos y civiles implicados en los luctuosos hechos, quienes dieron cuenta que lo ocurrido fue un asesinato, pues el presunto guerrillero no era más que un humilde fabricante de *lumpias* que para la noche de los hechos fue sacado de la casa donde se encontraba elaborando esos alimentos, por reconocidos paramilitares del sector, quienes lo llevaron al lugar donde fue ultimado por los militares.

Considera el *a quo* que con base en la prueba aportada al proceso, se puede inferir razonablemente que los uniformados no tenían como misión cumplir la orden de operaciones por sus superiores dispuesta; por el contrario, fue utilizada para ultimar a una persona ajena al conflicto armado, disparándole por la espalda, tal como lo demostró la prueba científica, lo que descarta la supuesta legítima defensa institucional que alegan los encartados, pues no resulta creíble que una sola persona, armada de un changón, se enfrentara a un pelotón del Ejército, sin dejar

de lado que momentos antes esa misma persona se encontraba preparando unos alimentos, saliendo de la casa sin arma de fuego alguna.

Argumenta el funcionario de primera instancia que el hecho de haberse supuestamente encontrado cerca del cadáver un changón y que el resultado de la prueba de absorción atómica practicado a la víctima diera positivo, no implica que haya disparado, pues las conclusiones se pueden alterar, en atención a que esta prueba lo único que establece es la presencia de residuos de disparos, no la autoría de los mismos, por lo que es factible que den resultados positivos en personas que no hayan disparado, o negativos en personas que si dispararon, dando lugar a los falsos positivos y negativos, como se ha reconocido por la doctrina y jurisprudencia.

De otro lado considera el *a quo* que para poder estructurarse una legítima defensa se requiere el requisito de la proporcionalidad, el que no se dio en el supuesto enfrentamiento, pues por la cantidad de hombres y tipo de armas utilizadas, es indudable que se presentó un verdadero desequilibrio. Además recuerda el funcionario que según se infiere de los dictámenes de balística, el cuerpo de la víctima fue impactado con dos disparos, por lo que hipotéticamente disertando, aclara el fallador, suficiente hubiera sido un disparo para reducir al supuesto agresor, pero no rematarlo como ocurrió, por lo que se estaría en presencia de un exceso en la legítima defensa. Pero que en todo caso, considera el juez de primera instancia, que para que se estructure la legítima defensa, deben estar plenamente comprobados los requisitos objetivos y subjetivos de la causal alegada, ya que cualquier matiz de duda la desdibuja dando por sentado que la justificación nunca existió.

Agrega que se demostró que la víctima era una persona trabajadora dedicada a la venta ambulante de comidas rápidas, que ningún vínculo tenía con grupos ilegales, que para el momento en que fue sacado de la habitación se encontraba elaborando *lumpias*, de lo que dieron cuenta varios testigos, incluidos sus propios familiares, a quienes no se les puede restar credibilidad por el solo hecho del parentesco.

Se demostró que en esa zona de Medellín, corregimiento de San Cristóbal, operaban grupos de autodefensas al margen de la ley, quienes acordaron con algunos miembros del Ejército la entrega de quien en vida respondía al nombre de JAIME EDUARDO PEÑA TAMAYO, con el fin de que le dieran muerte y ser presentado como una baja en combate.

Destaca igualmente el fallador que de algunas piezas procesales trasladadas del proceso penal radicado con el No. 3508 de la UNDH-DHI de la Fiscalía, no es el primer caso en que se encuentran involucrados el Subteniente CASTILLO GALVIS y el Cabo ALVAREZ GUERRERO, que con similar *modus operandi*, utilizando como víctimas personas humildes de la población civil y con algunos problemas de comportamiento con las autoridades y/o la comunidad por diversas circunstancias, han ocasionado otros homicidios, eventos que se deben valorar en conjunto, por lo que no se puede tomar ese historial delictivo como antecedentes penales como lo pregona la defensa; no se trata, como lo ha señalado la jurisprudencia nacional, de hechos aislados producto de voluntades individuales, sino que son acciones repetidas y sistemáticas, pues son muertes sucedidas por la misma época en similares circunstancias.

Resalta el *a quo* que JAIME EDUARDO ORTIZ MUÑOZ, particular vinculado por los mismos hechos aceptó pertenecer por aquella época a un grupo paramilitar de la zona, revelando que como integrante de la organización delictiva sabía de las actividades ilegales que esa organización criminal desarrollaba, así como los contactos que sostenían con miembros del Ejército Nacional, entre otras conductas criminales, tuvo conocimiento de la exigencia de los militares para la entrega del occiso, que le ocasionó problemas con sus compinches por su cercanía con la familia del difunto, al punto de que se vio obligado a abandonar la región.

Agrega que también se cuenta con la declaración JUAN CARLOS VILLA SALDARRIAGA, alias "Ocho", cabecilla del grupo delictivo de la época en la zona de San Cristóbal, que en similar sentido del anterior testigo hizo un relato de la estructura, integrantes y actividades criminales desarrolladas por la organización al

245 97
2

margen de la ley, señalando a las personas que sacaron al occiso de su lugar de trabajo.

Versiones de miembros de grupos al margen de la ley, a los cuales se les debe dar credibilidad según lo ha reconocido la jurisprudencia nacional, pues se vislumbra que hicieron parte de la misma célula clandestina, con estructura organizada y mando vertical.

Aduce el juez de primera instancia, que según la versión de ORTIZ MUÑOZ, el móvil del homicidio era presentar muertos en combate, lo cual generaba en la comunidad una sensación de seguridad, al tiempo que para los autores de los homicidios les representaba beneficios como permisos o licencias, razón para que los uniformados recurrieran a los grupos ilegales, quienes conseguían las víctimas.

Señala el funcionario que si bien existía una orden de trabajo emitida por el comando del batallón, no autorizaba a los militares acusados a dar de baja a cualquier ciudadano que se encontraran de frente, por lo que esa orden no representa exculpación de cara a la conducta investigada, adecuándose la ilegal actuación al tipo penal de homicidio en persona protegida.

LA APELACIÓN

La abogada BEATRIZ ERENIA GONZALEZ PATIÑO, defensora de varios de los militares procesados, luego de relatar los hechos ocurridos momentos antes de darse el combate, según la versión de los uniformados, pasa a analizar lo consignado en el protocolo de necropsia de cara a los informes de balística forense con el fin de demostrar algunas inconsistencias que en su sentir se presentan, principalmente en cuanto a la trayectoria de los disparos, que aunado a la carencia de unas pruebas sólidas, como un buen examen al cuerpo de la víctima, información suficiente de la diligencia de inspección judicial, excelentes fotografías de la misma y versiones concretas de los hechos, hacen perder peso y credibilidad

al estudio de reconstrucción de los hechos elaborados por los peritos forenses, lo que los llevó a plantear sólo hipótesis, desvirtuando así la afirmación del fallo cuestionado de que esa diligencia de reconstrucción *"es una verdad porque lo concluyó un perito"*.

De otro lado cuestiona el análisis probatorio realizado por el juez de primera instancia, pues afirmó que estaba demostrado que el deceso se produjo al margen de un enfrentamiento bélico, en atención a que la víctima fue atacada por la espalda, sin mencionar las pruebas científicas en que basa la afirmación para proferir la sentencia condenatoria.

Aduce la recurrente que para el caso existió una orden de operaciones expedida por el Ejército de la que no participó la patrulla involucrada en los hechos investigados, constituyéndose en el documento legal que sustentaba la misión de los militares, autorización que les permitía elaborar un plan a seguir para el logro de los objetivos propuestos, que obviamente no podía ser rígido, al poderse variar según las condiciones operacionales que se presentaran en el campo de acción, lo cual desvirtúa la aseveración del juzgado de primera instancia en el sentido de que la tropa que ejecutó la orden no adelantó las actividades concebidas por la Brigada, resaltando que el documento es claro al señalar: *"realizar registro ofensivo con el fin de ubicar los bandidos para capturarlos"*, que fue lo que evidentemente hicieron los uniformados en los momentos previos al enfrentamiento; por lo que no se puede concluir que los uniformados llegaron al barrio San Javier La Loma con el único propósito de ocasionar la muerte de JAIME EDUARDO, como se aseguró en la sentencia; sin perder de vista que era de público conocimiento que en la zona operaban peligrosas bandas delincuenciales que portaban armas como la que llevaba el occiso dado de baja en el combate, por lo que la presencia del Ejército en ese sitio era necesaria para restablecer el orden, no para asesinar inocentes ciudadanos que no representaban peligro alguno porque no portaban armas de alto poder letal como lo esperaba la Fiscalía y el Juzgado.

2746 98

En punto de la legítima defensa se cuestiona por la abogada apelante la argumentación del *a quo*, quien adujo que no se cumplían los requisitos para reconocer la justificación, desestimando que al occiso se le encontraron residuos de disparo en sus manos como se concluyó en la prueba de absorción atómica, que si bien esta prueba en algunos eventos no refleja la realidad, dando lugar a los falsos positivos y negativos, deben tenerse en cuenta las actividades realizadas por las personas sometidas al examen, pues eventualmente puede darse el caso de que presenten residuos de bario, plomo a antimonio en individuos que no han disparado, pero para el caso del occiso se demostró claramente que en vida no estaba manipulando químicos, pues sólo preparaba alimentos.

Anota la recurrente que en el estudio de residuos de disparo en las prendas de vestir del occiso arrojó resultado negativo, lo cual indica que los disparos fueron realizados a larga distancia, esto es mayor a 1.20 metros. Agrega que en otro estudio de balística realizada al changón, cartuchos y vainillas encontrados al muerto en el lugar de los hechos, se concluyó que el arma fue disparada después de la última limpieza y que las vainillas fueron percutidas con el mismo artefacto.

Afirma la abogada que pretende mostrar que JAIME EDUARDO nunca portó armas de fuego, pero en la prueba trasladada que se hiciera de piezas procesales de un proceso disciplinario adelantado por la Procuraduría contra los militares, la señora RUBIELA PEÑA TAMAYO comentó que había escuchado que su hermano andaba mal acompañado, robando, que incluso lo intentó hacer donde MARINA, su otra hermana, lo cual deja en entredicho su honestidad, sin dejar de lado que las personas que se dedican a actividades delictivas como robar, generalmente se encuentran armadas. En el mismo sentido declaró PEDRO NOLASCO, quién comentó que su hermano JAIME EDUARDO tuvo un inconveniente con la justicia por robar un taxista, resaltando además que afirmó que a su carnal no lo sacaron de la vivienda a la fuerza, sino que llegaron dos muchachos a quienes saludo, partiendo con ellos.

Encuentra la abogada que así analizada la prueba en conjunto, se infiere razonadamente que el occiso sí disparó contra los militares, por lo que la agresión injusta y actual no fue provocada por estos.

Se aparta la abogada defensora del razonamiento del *a quo* en punto a la desproporcionalidad de la legítima defensa, por el número de personas y armas utilizadas en el enfrentamiento, desconociendo que la patrulla militar, en el evento de ser atacados tienen la orden de disparar, además de que no resulta abismal la diferencia de los contendientes, pues se afirmó que el occiso se encontraba acompañado de tres o cuatro personas, mientras que eran seis los militares, sin perder de vista que estratégicamente los agresores se encontraban en mejor posición en el campo de batalla, pues ocupaban la parte superior del terreno, lo que desvirtúa que actuaron con dolo, como lo sostuvo el fallador, quien adujo que suficiente hubiera sido un disparo para reducir al contendiente y no rematarlo, como se hizo, desconociendo con ello los informes científicos que dieron cuenta de la dificultad para establecer cuál, cómo y dónde se hicieron los disparos, que también debe repararse que los disparos fueron a larga distancia, con fusiles de dotación que pueden hacer tres descargas con selector de cadencia y en ráfaga lanzar hasta seiscientos cincuenta proyectiles en un minuto, asimismo que el intercambio de disparos se hizo entre cuerpos en movimiento, en el furor del enfrentamiento, en horas de la noche, lo cual no le permitía a los soldados observar si persona alguna se encontraba herida, pero en todo caso, concluye, no era el duelo de dos personas, sino la batalla entre dos grupos, sin desconocerse que el changón también es un arma letal, con la potencialidad de ocasionar muerte, debiéndose tener en cuenta, además, que los agresores a más de atacar cubrían su retirada disparando.

Insiste la togada que JAIME EDUARDO abandonó la vivienda donde se encontraba en forma voluntaria, coligiendo que fue con un amigo, sin que se pueda asegurar que se trataba de un paramilitar, pues la señora LUZ EMIDA ARREDONDO OQUENDO, quién fue la testigo que al parecer comentó esa situación, en

27 99

declaración del 15 de septiembre de 2005 lo negó, aduciendo que no vio la persona con la que salió el hoy occiso.

En punto de la declaración de JAIME EDUARDO ORTIZ MUÑOZ, ex integrante de los grupos de autodefensa de la zona, según lo afirmó, es el mismo que dice que nada le consta, pues para la época de los hechos no era miembro activo de la organización delincriminal, por lo que, cuando más, se trata de un testigo de oídas, quién adujo que según le contaron el deceso obedeció a un acuerdo entre personal del Gaula y paramilitares, estableciéndose que sus defendidos integraban era la Patrulla Antiterrorista Urbana (PAU) no el Gaula que es diferente; además de considerar que ningún beneficio recibirían los soldados regulares por la operación, pues apenas cumplían el tiempo de servicio, lo cual desdibuja el móvil del homicidio, esto es los permisos y licencias de que habla el juez de primera instancia.

Insiste que la versión de ORTIZ MUÑOZ no es creíble, por contradictoria, colocando como ejemplo que afirmó que sabía la forma como ocurrieron los hechos porque HENRY HERMISON SANTOS GALVIS Alias "el loco", se lo contó, sin embargo éste negó conocerlo. Destaca igualmente que en la indagatoria aquél señor, ORTIZ MUÑOZ, adujo que al occiso lo hicieron pasar por guerrillero colocándole uniforme, sin embargo en el acta de necropsia se dejó constancia de que vestía con jean azul y camiseta amarilla. Que en esa misma diligencia de indagatoria se dejó constancia que OLMEDO y MARINA, hermanos del muerto, le dijeron que *"si les iba a ayudar ahora por lo que le había pasado al hermano y que llegaba una plata para toda la familia y que me daban algo a mi, como les tenía confianza les di mi número de cédula y mi nombre completo..."*, lo cual indica que también eran sus amigos a quien les tenía un cariño casi familiar, especialmente a OLMEDO.

La misma crítica resulta válida en el testimonio de JUAN CARLOS VILLA SALDARRIAGA, quien aceptó pertenecer a las AUC y saber de la muerte de JAIME EDUARDO PEÑA TAMAYO, pues aquél aseguró que todo se lo contaron, por lo que no resulta viable que con base en esos testimonios se profiera la sentencia

condenatoria, ya que se trata de testigos de oídas y tienen versiones diferentes sobre los hechos, en atención que para VILLA SALDARRIAGA no se trató de un falso positivo del Ejército, porque según le contaron, JAIME EDUARDO se encontraba en el lugar con miembros de las autodefensas y al llegar los militares se produjo el enfrentamiento, así lo adujo en la indagatoria del 28 de abril de 2009.

Destaca igualmente la declaración de GILBERTO PEÑA LOPERA, padre del occiso, quien a pesar de no ser testigo de los hechos investigados, como no lo fueron ninguno de los otros declarantes, sí dio fe de la amistad de su hijo fallecido con paramilitares del sector, además de que mantenía relaciones difíciles con los otros hermanos al punto de que eran enemigos entre ellos. Revela que su difunto vástago se encontraba tramitando la cédula de ciudadanía por esa época, lo que explica que al momento del deceso estaba indocumentado, desvirtuando así que fueron los militares los que quisieron pasarlo como NN.

Deja constancia la abogada que la declaración de la señora NORA ALBA AGUDELO SANCHEZ del 15 de diciembre de 2007 obrante en el cuaderno 2 del expediente, suscrita por ella en cada uno de los folios, en realidad es el contenido del dicho de uno de los hermanos del occiso, lo cual constituye una irregularidad, por no decir falsedad, pues se suscribió como propia la declaración de otra persona, que pone en duda la seriedad de la investigación realizada por la Fiscalía, dejando con ello entrever que los declarantes firmaban lo que el acusador les colocaba, sin leer y sin verificar que comprendieran lo que realmente testificaban, poniendo en entredicho en cuántas ocasiones más pudo ocurrir la misma situación.

Llama la atención la recurrente que el juez de primera instancia remata la sentencia que se revisa, afirmando que el material probatorio allegado arroja indicios serios más allá de toda duda de que los acusados son culpables del delito endilgado, de donde se infiere que el fallo está basada en meros indicios, sobre los cuales en ninguno de los apartes de la providencia se determinó su estructura en punto de los hechos indicadores e indicantes, los cuales deben ser plenamente establecidos y

100

probados, para que se puedan tomar como pruebas, por lo que en su sentir la decisión está soportada en meras suposiciones.

Razón para concluir que lo que se presume como convenios entre paramilitares y militares para matar a JAIME EDUARDO PEÑA TAMAYO y mostrarlo como resultado operacional, no deja de ser más que una especulación, pues como demostró con el análisis probatorio por ella realizado, ninguno de los declarantes presenciaron los hechos investigados, y sólo dieron cuenta de comentarios de terceros, dando origen a las especulaciones, entrando en serias contradicciones, por no decir mentiras, razón para solicitar se revoque la sentencia recurrida y se absuelva a sus defendidos de los cargos imputados.

Ya en el trámite de la segunda instancia, el ex Soldado IVAN DARIO HERRERA TAPIAS revocó el poder a esta defensora, confiriéndoselo al togado FARID ENRIQUE ARROYO GONZALEZ, quien así sustentó el recurso frente a la conducta de su prohijado en los hechos investigados:

Al igual que su colega hace un relato de la manera como se desarrollaron los hechos, según la versión de los uniformados, al tiempo que evoca que según lo señalaron los familiares del occiso, éste salió de la vivienda donde se encontraba, acompañando a un joven de un grupo paramilitar que fue a preguntarlo, prometiendo su pronto regreso, lo que no ocurrió, para solo tener noticias días después, cuando fue reconocido el cadáver.

Comparte con su colega de la defensa que es un hecho cierto que los militares cumplían una orden de operaciones que no requería mayor planeación, pues se hizo con la intención de realizar un registro y control de la zona, pero que en el caso de avistar grupos armados al margen de la ley, se debía neutralizar su actuar delictivo para preservar la seguridad nacional y la convivencia pacífica, por lo que no resulta de recibo la afirmación del señor juez de primera instancia, acerca de que los integrantes del pelotón no cumplieron los objetivos de la orden, por el simple hecho de haber dado de baja a una persona, pues no era necesario consignar específicamente que en caso de hostigamiento debían responder para

preservar sus vidas y las de sus compañeros, reclamando que la *legítima defensa* es un derecho que le asiste a todas las personas.

Sostiene entonces que el hostigamiento sí se presentó, que si bien la prueba de absorción atómica no es suficiente para demostrar que el arma hallada en el lugar de los hechos fue disparada por el occiso PEÑA TAMAYO, no debe descartarse en su totalidad; piensa que debe tenerse como un indicio, sin perderse de vista que cuando los miembros del CTI se encontraban realizando la diligencia del levantamiento del cadáver, se presentó un segundo hostigamiento, del que dieron cuenta los uniformados en sus indagatorias, pero que la Fiscalía no dilucidó con los investigadores que acudieron al lugar la noche de la escaramuza, contentándose el investigador con averiguar que el occiso salió de la casa donde estaba acompañando a un integrante de las AUC, manifestando su pronto regreso, lo que tal vez fue cierto, aduce el togado, pero ello no es suficiente para concluir que hubo un convenio entre los militares y grupos ilegales; que si el pacto se dio, le correspondía a la Fiscalía demostrarlo con pruebas, pero no acreditarlo con situaciones similares ocurridas a nivel nacional, conocidas como los *falsos positivos*, pues la analogía no es criterio válido para endilgar responsabilidad penal. Agrega el recurrente que no entiende el desgaste del juez de primera instancia al motivar su sentencia, cuando argumenta que en Colombia sí hay un conflicto armado entre el Ejército y grupos al margen de la ley, para luego decir que en el caso que nos ocupa lo que hubo fue un convenio entre las partes en conflicto, resultando inconsistente la argumentación.

De otro lado sostiene que científicamente se demostró que el occiso fue impactado con dos disparos, uno de los cuales penetró por la espalda, pero igualmente se probó que los mismos se hicieron a larga distancia, por lo que no resulta inverosímil considerar que el disparo que ocasionó el deceso interesó el cuerpo de la víctima mientras huía a la respuesta defensiva del personal militar, por lo que no es de recibo la conclusión del juez de primera instancia en el sentido de que como uno de los disparos se alojó en el glúteo del interfecto, el otro fue de ajusticiamiento, pues no puede perderse de vista que todos los militares dispararon al tiempo, por lo que

249 101

las lesiones bien pudieron ocasionarse por personas diferentes, con su propias armas, pues insiste que los disparos se hicieron a larga distancia.

Cuestiona que el juez *a quo* no reconociera la legítima defensa al considerar que de haberse producido un enfrentamiento, el resultado tendría que ser con mayor número de bajas, incluidos miembros del Ejército, desconociendo así las condiciones en que se desarrollaron los hechos, pues se estaba en un lugar oscuro, con poca visibilidad, con características boscosa y semirural, además de que por la distancia en que se hicieron los disparos, solo se podían distinguir siluetas, resultando factible que sólo se hubiera producido una baja, pues posiblemente los otros compinches lograron huir.

En punto del requisito de proporcionalidad en la legítima defensa, aduce el abogado que para el caso que nos ocupa no puede ser vista de cara a la calidad de las armas utilizadas, sino atendiendo las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se desarrollaron los acontecimientos, por lo que el hecho de que un changón sea menos destructivo que un fusil, no implica que no sea apto para ocasionar la muerte de una persona, entonces cuestiona si en ese caso los miembros del Ejército estaban obligados a salir corriendo porque tenían fusiles, armas más letales que las utilizadas por los agresores. Agrega que si bien fueron utilizados por los miembros del Ejército cincuenta cartuchos, debe recordarse que el grupo era de seis personas y existieron dos hostigamientos, lo que prueba que no fue desproporcionada la actuación de los militares.

Considera el recurrente que su prohijado, para el momento de los hechos se desempeñaba como soldado regular, subordinado a un comandante, por lo que actuó como era su obligación, atendiendo las órdenes de su superior, quien dispuso abrir fuego contra el enemigo, que de no haber acatado la decisión, muy seguramente sería enjuiciado por insubordinación, razón para que su conducta sea justificada, pues el artículo 33 del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Militares dispone: "*La responsabilidad de toda orden militar recae en quien la emite y no en quien la ejecuta*". Precepto que responde a la norma consagrada en el inciso 2º del

artículo 91 de la Carta Política que prevé: *“Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden”*. Que si bien, aclara el togado, se ha expuesto por la Corte Constitucional que debe rechazarse como inconstitucional la obediencia absolutamente irreflexiva, para el caso que nos ocupa el soldado actuó acatando la orden de un superior y en una situación que no le permitía hacer reflexiones profundas, por lo intempestivo del ataque, donde lo primordial era la defensa de la vida, razón para cuestionar la sentencia que decidió condenar en conjunto a los militares, sin detenerse a analizar la situación particular de cada uno de los combatientes.

Piensa el abogado, además, que la conducta de su prohijado está ausente de responsabilidad penal en los términos del artículo 32 del Código Criminal, que prescribe: *“Se obre en cumplimiento de una orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales”*. Para sostener su tesis cita los requisitos que se deben tener en cuenta para que proceda la causal de justificación, adecuándola al caso concreto, sosteniendo que el soldado apenas cumplió la orden de su superior, funcionario competente para emitirla, la que estaba revestida de legitimidad, pues actuó en cumplimiento de una orden de operaciones de la Brigada, que permitía, de ser necesario, la utilización de la fuerza, para salvar la vida.

Son las anteriores las razones para solicitar la absolución de su defendido, en atención a que no solo no se desvirtuó la presunción de inocencia que lo arropa, sino que además se demostró que su actuación está amparada bajo las causales de justificación de la legítima defensa y obediencia debida.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín es competente para despachar el asunto propuesto de conformidad con el artículo 76 numeral 1º de la

Ley 600 de 2000, para lo que tendrá en cuenta las limitantes expresas que sobre el particular nos imponen los artículos 31 de la Constitución Nacional y el 204 de ese Estatuto Procesal, en relación con el tema, que se extiende a aspectos inescindiblemente vinculados al objeto de apelación y la prohibición de reforma en peor. Como el ataque del apelante tiende exclusivamente a desconocer la prueba de responsabilidad que obra en contra de los sentenciados, a ello se orientará el análisis de la Sala.

Como se acabó de relacionar, los abogados recurrentes en comunidad de pretensiones discuten la responsabilidad de sus defendidos en la comisión de la conducta que por el delito de homicidio en persona protegida les fuera imputada y por la que se les condenó en primera instancia, cuestionando la valoración probatoria que hiciera el *a quo*, razón para que la Sala juzgue necesario analizar en conjunto las pruebas, con el fin de evaluar si existe la certeza que la ley reclama para dictar la sentencia de condena como a la postre se hiciera.

Sea lo primero advertir que ningún reparo se hizo por los recurrentes en punto a que la conducta endilgada a los militares encuadra en el tipo penal de homicidio en persona protegida, tema del que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ya se ha referido en extenso³:

“No hay duda que la aplicación del Derecho Internacional Humanitario y, por ende, del tipo penal descrito, está en estrecha conexión con el concepto de conflicto armado, pues de no existir éste es evidente que no es válido acudir a aquél.

Para esos fines debe tenerse presente, obviamente, lo dispuesto en los diversos instrumentos internacionales sobre la materia. Así, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra consagra:

“En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto

³. Corte Suprema de Justicia, radicado 35099 del 23 de marzo de 2011. M.P. Augusto J. Ibáñez

tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) 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.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto".

Adecuación típica que responde al hecho de considerarse que quien en vida respondía al nombre de JAIME EDUARDO PEÑA TAMAYO no se encontraba involucrado en el conflicto armado que se vive en Colombia, pues no participaba de ninguna hostilidad, en lo que la Sala no tiene reparo alguno, como se expondrá.

En punto de la materialidad del homicidio no existe discusión alguna, pues es evidente que para el día 25 de agosto de 2005 falleció en forma violenta JAIME EDUARDO PEÑA TAMAYO, como quedara consignado en el informe de necropsia: *"La muerte de quien en vida respondió al nombre de NN, hombre de 35 a 40 años de edad aparentemente fue consecuencia natural y directa del SHOCK TRAUMÁTICO por la herida visceral y múltiples fracturas. Lesiones producidas por proyectil de arma de fuego, las cuales tuvieron un efecto de naturaleza esencialmente mortal. Esperanza de vida de 30.9 a 36.4 años más"*.

Según los militares involucrados en los hechos investigados, para ese jueves 25 de agosto de 2005 en el Batallón de Infantería No. 2 "General Pedro Justo Berrío" de Medellín, como integrantes del Pelotón Antiterrorista Urbano (PAU), fueron seleccionados para dar inicio a la denominada orden de operaciones ELITE, misión

103

táctica AVALANCHA, con el fin de localizar sujetos armados al margen de la ley en el barrio San Javier La Loma, sitio a donde se trasladaron para adelantar tareas de patrullaje y registro, distribuyéndose estratégicamente las labores a desarrollar, quedando al mando del equipo de combate en la zona de batalla el Subteniente CASTILLO GALVIS, quien se encontraba acompañado por el Cabo Tercero CRUZ LEYTON y los soldados regulares HURTADO GONZALEZ, HIGUITA VALLE y MOLINA MONSALVE, los que al notar la presencia de tres o cuatro sujetos sospechosos que por allí deambulaban, pasadas las diez de la noche, exclamaron la proclama de ser integrantes del Ejército Nacional, recibiendo como respuesta descargas con armas de fuego, que obligó al pelotón a reaccionar abriendo fuego en contra de los agresores, presentándose un cruce de disparos que arrojó como resultado la muerte de un facineroso, quien luego fuera identificado como JAIME EDUARDO PEÑA TAMAYO.

Tampoco existe discusión, en torno a que JAIME EDUARDO PEÑA TAMAYO falleció como consecuencia de las heridas ocasionadas con proyectiles que fueron percutidos por los fusiles que para la noche de los hechos portaba la patrulla del Ejército Nacional, conducta aceptada por los militares procesados en este asunto, por lo que no considera la Sala necesario especular, como se hiciera en la sentencia de primera instancia, sobre cuál de los disparos penetró en un primer momento el cuerpo del occiso, para establecer si hubo un ajusticiamiento, pues lo cierto es que los mismos se hicieron a larga distancia, desde el mismo sitio, ingresando por la parte posterior, como se anotó por los expertos en balística.

Lo que se viene reclamando por la defensa constantemente es que la conducta de los militares resulta justificable porque el uso de la fuerza oficial era necesaria, proporcional y provocada por la injusta agresión de la víctima, por lo que es indispensable analizar si en verdad la causal de ausencia de responsabilidad pretendida se encuentra suficientemente probada en el proceso, lo cual indudablemente legitimaría la actuación de la patrulla.

La legítima defensa se conoce como el derecho de actuar en orden a proteger un bien jurídicamente tutelado, personal o de un tercero, ante una agresión antijurídica, actual o inminente, no superable razonablemente por vía diferente a la respuesta violenta, siempre que el medio utilizado sea proporcional a la agresión, causal de justificación del hecho previsto en el artículo 32 del Código Penal.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha definido el instituto de la legítima defensa señalando que para que la misma sea admisible deben concurrir de manera simultánea cinco elementos. Veamos:

"Ahora bien, en torno a la causal de ausencia de responsabilidad de que trata el ordinal 6º del artículo 32 de la Ley 599 de 2000, jurídicamente denominada legítima defensa, *-entendida ésta como el ejercicio legítimo de la violencia por la necesidad de defender la integridad de un bien jurídico, propio o ajeno, de la actual o inminente agresión injusta, antijurídica, ilícita o injustificada, realizada por un tercero, siempre que la defensa sea necesaria para proteger el derecho, y proporcionada a la magnitud de la agresión⁴-*, la Corte tiene establecido que para el reconocimiento de la justificante, como causal de exclusión de la antijuridicidad del comportamiento realizado, debe aparecer plenamente demostrada la configuración de todos y cada uno de los elementos que la conforman, esto es, que en verdad se presente una agresión contra un derecho propio o ajeno; que esta agresión sea real, injusta y actual o inminente, y que exista necesidad de defensa mediante una reacción proporcionada a la agresión⁵.

Con dicho propósito, ha indicado que *"la legítima defensa es el derecho que la ley confiere de obrar en orden a proteger un bien jurídicamente tutelado, propio o ajeno, ante el riesgo en que ha sido puesto por causa de una agresión antijurídica, actual o inminente, de otro, no conjurable racionalmente por vía distinta, siempre que el medio empleado sea proporcional a la agresión. Requiere, por tanto, para su configuración, que en el proceso se encuentre acreditado la concurrencia de los siguientes elementos:* a) *Que haya una agresión ilegítima, es decir, una acción antijurídica e intencional, de puesta en peligro de algún bien jurídico individual (patrimonio económico, vida, integridad física, libertad personal).* b) *Que sea actual o inminente. Es decir, que el ataque al bien jurídico se haya iniciado o inequívocamente vaya a comenzar y que aún haya posibilidad de protegerlo.* c) *Que la defensa resulte necesaria para impedir que el ataque injusto se materialice.* d) *Que la entidad de la defensa, sea proporcionada, tanto en especie de bienes y medios, como en medida, a la de la agresión.* e) *Que la agresión no haya sido intencional y suficientemente provocada. Es decir que de darse la provocación, ésta no constituya una verdadera agresión ilegítima que justifique la reacción defensiva del provocado⁶ (se destaca)."*⁷.

⁴ Cfr. auto de 18 de octubre de 2000. Rad. 12200

⁵ Cfr. sentencias de 3 y 19 de diciembre de 2001 rad. 11130 y 14792, entre otras.

⁶ Cfr. Sentencia de casación de 26 de junio de 2002. Rad. 11679

104

Es de elemental entendimiento que la legítima defensa también ampara a los militares cuando su acción obedece a actos legítimos propios de la fuerza pública. La Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad de la justicia penal militar puntualizó cuándo una actuación puede ser considerada misión castrense o cuándo la desborda:

"...De otro lado, el miembro de la fuerza pública, así se encuentre en servicio activo, ha podido cometer el crimen al margen de la misión castrense encomendada: en este caso, el solo hecho de estar en servicio activo no lo exime de ser sometido al derecho penal común. Las prerrogativas y la investidura que ostentan los miembros de la fuerza pública pierden toda relación con el servicio cuando deliberadamente son utilizadas para cometer delitos comunes, los cuales no dejan de serlo porque el agente se haya aprovechado de las mencionadas prerrogativas e investidura, ya que ellas no equivalen a servicio ni, de otro lado, tienen la virtud de mutar el delito común en un acto relacionado con el mismo.

Un entendimiento distinto del que se concede a estas hipótesis en esta sentencia, conduciría a desvirtuar la esencia del fuero militar y policial, que de otro modo terminaría por convertirse en privilegio estamental. Repárese que si se aceptara que fueran juzgadas por la justicia penal militar todas las personas a las que se imputa un delito, que haya sido perpetrado haciendo uso de las prendas distintivas de la fuerza pública o utilizando armas de dotación oficial, se estaría admitiendo que el fuero se discierne por la mera circunstancia de que el sujeto activo tenga el carácter de miembro de la fuerza pública sin parar mientes en la relación de su proceder con el servicio castrense objetivamente considerado. El simple hecho de que una persona esté vinculada a la fuerza pública no dota a sus propósitos delictivos de la naturaleza de misión de la fuerza pública. Ellos continúan siendo simplemente la voluntad delincencial imputable a la persona, desconectada del servicio público de la defensa y de la seguridad pública, la cual en un plano de estricta igualdad deberá ser investigada y sancionada según las normas penales ordinarias.

7. Además del elemento subjetivo - ser miembro de la fuerza pública en servicio activo -, se requiere que intervenga un elemento funcional en orden a que se configure constitucionalmente el fuero militar: el delito debe tener relación con el mismo servicio. Lo anterior no significa que la comisión de delitos sea un medio aceptable para cumplir las misiones confiadas a la fuerza pública. Por el contrario, la Constitución y la ley repudian y sancionan a todo aquel que escoja este camino para realizar los altos cometidos que se asocian al uso y disposición de la fuerza en el Estado de derecho, puesto que éste ni requiere ni tolera el recurso a medios ilegítimos para la consecución de sus fines. El servicio está signado por las misiones propias de la fuerza pública, las cuales por estar sujetas al principio de legalidad en ningún caso podrían vulnerarlo.

No obstante que la misión o la tarea cuya realización asume o decide un miembro de la fuerza pública se inserte en el cuadro funcional propio de ésta, es posible que en un momento dado, aquél, voluntaria o culposamente, la altere radicalmente o incurra en excesos o defectos de acción que pongan de presente una desviación de poder que, por serlo, sea capaz de desvirtuar el uso legítimo de la fuerza. Justamente a este tipo

⁷Corte Suprema de Justicia, radicado 26876 del 22 de julio de 2002, M.P. José Leónidas Bustos Martínez

de conductas; se orienta el Código Penal Militar y se aplica el denominado fuero militar. La legislación penal militar, y el correspondiente fuero, captan conductas que reflejan aspectos altamente reprochables de la función militar y policial, pero que no obstante tienen como referente tareas y misiones que, en sí mismas, son las que de ordinario integran el concepto constitucional y legal de servicio militar o policial.

La exigencia de que la conducta punible tenga una relación directa con una misión o tarea militar o policiva legítima, obedece a la necesidad de preservar la especialidad del derecho penal militar y de evitar que el fuero militar se expanda hasta convertirse en un puro privilegio estamental. En este sentido, no todo lo que se realice como consecuencia material del servicio o con ocasión del mismo puede quedar comprendido dentro del derecho penal militar, pues el comportamiento reprochable debe tener una relación directa y próxima con la función militar o policiva. El concepto de servicio no puede equivocadamente extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice. De lo contrario, su acción se desligaría en la práctica del elemento funcional que representa el eje de este derecho especial.”

Agrega la Corte Constitucional que nunca un acto del servicio puede ser delictivo:

“Por consiguiente, un delito de lesa humanidad es tan extraño a la función constitucional de la Fuerza Pública que no puede jamás tener relación con actos propios del servicio, ya que la sola comisión de esos hechos delictivos disuelve cualquier vínculo entre la conducta del agente y la disciplina y la función propiamente militar o policial, por lo cual su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria.

La Corte precisa: es obvio que nunca un acto del servicio puede ser delictivo, razón por la cual una conducta propia del servicio no amerita jamás castigo. Por ello la justicia castrense no conoce de la realización de “actos del servicio” sino de la comisión de delitos “en relación” con el servicio. Es decir, lo que esta Corporación afirma no es que los delitos de lesa humanidad no constituyen actos del servicio, pues es obvio que en un Estado de derecho jamás un delito - sea o no de lesa humanidad - representa una conducta legítima del agente. Lo que la Corte señala es que existen conductas punibles que son tan abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública que su sola comisión rompe todo nexo funcional del agente con el servicio.”⁸.

En nuestro medio se viene reconociendo que la actuación de los miembros de la fuerza pública es justificada cuando se presenta la llamada *defensa institucional*, entendida como protección de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional y legal, así como el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y las libertades públicas y la convivencia pacífica, siempre y cuando se cumplan los requisitos señalados por la causal de ausencia de responsabilidad de la legítima defensa, por lo que siguiendo su mismo esquema se conoce como *legítima defensa institucional*.

⁸Corte Constitucional C-358 de 1997.

105

Igualmente se utiliza frecuentemente en el argot de la fuerza pública el término "*dar de baja*" como el hecho de ocasionar la muerte de quienes se consideran criminales por los agentes de seguridad, cuando por medios violentos se oponen a la acción legítima del Estado, lo cual incluso es considerado como un deber imponible a los mandos militares, según algunas directrices del ejecutivo ampliamente cuestionadas por sectores protectores de los derechos humanos en el país.

Sin embargo debe señalarse que esas directrices deben acatar lo dispuesto por los instrumentos internacionales sobre la protección de los derechos humanos. Vale la pena recordar la directiva permanente No. 10 de 2007, del General Freddy Padilla De León, Comandante de las Fuerzas Militares por esa época:

"El Estado de Colombia es parte de instrumentos de derecho internacional público que regulan el Derecho Internacional Humanitario y como tal está obligado a respetarlo y aplicarlo [1]. Esta obligatoriedad es predicable de los miembros de las Fuerzas Militares, destinatarios naturales de las normas humanitarias. En consecuencia, en desarrollo de la misión asignada en el artículo 217 de la Constitución Política, las Fuerzas Militares deben sujetarse irrestrictamente a la normativa humanitaria.

Las medidas de implementación del Derecho Internacional Humanitario, son preventivas, de control y legislativas. En Colombia son aplicables todas las disposiciones contenidas en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aprobados por medio de la Ley 5ª de 1960 y promulgados a través del Decreto 1016 de 1990, el Protocolo II de 1977 Adicional a estos Convenios, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, aprobado mediante la Ley 171 de 1994[2], y las reglas del Derecho Internacional Humanitario.

Las infracciones al Derecho Internacional Humanitario están tipificadas como delitos en el Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000, bajo el capítulo Delitos contra Personas y Bienes Protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. La ley 836 de 2003, por remisión a la ley 734 de 2002, describe como falta gravísima incurrir en graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario. Mediante Ley 742 de 2002 se incorporó a la legislación colombiana el Estatuto de Roma. Las violaciones graves del derecho de los conflictos armados son crímenes de guerra que pueden ser juzgados por autoridades judiciales nacionales o internacionales.

Los principios de legalidad, distinción, necesidad y proporcionalidad deben orientar todas las actuaciones militares. Dadas las circunstancias y las nuevas modalidades de las actuaciones delictivas de los grupos armados ilegales -que cada vez con más frecuencia operan en pequeños grupos, vestidos de civil- las Fuerzas Militares deben hacer todos los esfuerzos posibles para distinguir a la población civil y protegerla en toda circunstancia.

Por ello es imprescindible recordar que:

- Los objetivos militares deben ser adecuadamente identificados y pueden ser atacados.
- Los medios y métodos de guerra utilizados deben ser proporcionales a la ventaja militar buscada.
- Los ataques a personas civiles no proporcionan ventaja militar alguna.
- Las bajas producidas en combate y como consecuencia del uso proporcional de la fuerza son legítimas y se enmarcan dentro del Derecho Internacional Humanitario siempre y cuando se trate de personas que participan directamente en las hostilidades.
- Las bajas producidas fuera de combate o cuando el uso de la fuerza no es consecuente con los criterios de absoluta necesidad y proporcionalidad son consideradas violaciones al derecho de la vida y en el marco del derecho internacional de los derechos humanos configuran ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. Estas conductas, además, constituyen crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional en virtud del Estatuto de Roma.

Cabe también recordar que la necesidad de mantener el orden y recuperar la paz para los colombianos en la etapa de consolidación no puede llevar a los miembros de la institución militar a cometer excesos tácticos que fácilmente pueden conducir al debilitamiento estratégico del Estado y de las Fuerzas Militares en particular, lo que a su vez conllevaría la pérdida de su bien más preciado: la legitimidad. Las Fuerzas Militares deben cumplir su rol dentro de los postulados de la Política de Defensa y Seguridad Democrática que exige restablecer la seguridad de los colombianos de acuerdo con la ley y dentro del marco democrático.

Como consecuencia de la ofensiva militar de los últimos años, se ha producido un repliegue de los grupos armados ilegales y un cambio de su estrategia. Actúan en grupos muy pequeños (dos o tres) casi siempre de civil y máximo con armas cortas, cuando no con explosivos hechizos y propaganda alusiva a la organización armada ilegal. Ante esta situación y la necesidad de mantener la seguridad, el líder militar debe tener la capacidad de tomar las mejores decisiones hacia la obtención de la victoria, doblegando al enemigo para obtener su captura o su desmovilización.

La actitud de los grupos armados ilegales de exponer a personas civiles a riesgos inaceptables o no respetar el derecho de los conflictos armados o el derecho de los derechos humanos, no exime a las Fuerzas Militares de su deber de observancia y respeto a la ley y al derecho. Como lo dijo hace dos siglos el Libertador: "aun cuando nuestros enemigos quebranten [los principios humanitarios], nosotros debemos cumplirlos, para que la gloria de Colombia no se mancille con sangre".

No sobra también recordar que en el octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, referente al uso de las armas, se consignaron entre otros principios:

254 106

“9. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida.

10. En las circunstancias previstas en el principio 9, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se identificarán como tales y darán una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego, con tiempo suficiente para que se tome en cuenta, salvo que al dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, se creara un riesgo de muerte o daños graves a otras personas, o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso.”.

Así entonces se considera una *baja* precedida de una *legítima defensa institucional* la muerte del subversivo, pertenezca al grupo que sea, cuando ocurre en el fragor de un combate o como en el supuesto alegado por los implicados, cuando el sedicioso armado y uniformado parece luego de que fuera prevenido para que se detenga y en lugar de hacerlo abre fuego, poniendo en peligro la patrulla militar.

Por lo que le corresponde a la segunda instancia verificar si el hecho juzgado respondió a una legítima defensa institucional, como lo alega la defensa, posición que no fuera aceptado por el *a quo*.

Para la Sala resulta claro que en desarrollo de los hechos no se presentó el enfrentamiento o la agresión inicial de parte del occiso JAIME EDUARDO PEÑA TAMAYO, que se pudo establecer así:

Es indiscutible que para la tarde del 25 de agosto de 2005, en la casa de NORA ALBA AGUDELO SÁNCHEZ, ubicada en la calle 62 No. 131-75 del barrio San Cristóbal de Medellín, se encontraba su cuñado JAIME EDUARDO PEÑA TAMAYO en compañía de las señoras ELVIA DE LOS ANGELES CARDONA VIUDA DE CORREA y LUZ EMIDA ARREDONDO OQUENDO, preparando unas *lumpias*, labor interrumpida por la presencia de un joven que a eso de las 7:30 de la noche golpeó la puerta y

lo preguntó, para luego de atenderlo, partir en su compañía, con la promesa de regresar pronto a culminar la labor culinaria, lo que nunca ocurrió.

ELVIA DE LOS ANGELES (f. 128 c.1), LUZ EMIDA (f. 140 c.1) y NORA ALBA (f. 135 c.1), al unísono declararon que esa tarde llegó un muchacho preguntando por JAIME, afirmando su cuñada NORA que fue LUZ quien abrió la puerta y comentó, luego de que partieron, que el joven que lo buscó era un "paraco", pero ésta lo niega, aduciendo que no lo alcanzó a ver pues no fue ella quien abrió la puerta. Lo cierto es que JAIME se fue con la promesa de volver a terminar de elaborar las *lumpias*, sin regresar, por lo que el desaparecido empezó a ser objeto de búsqueda.

Sin embargo LUZ EMIDA ARREDONDO OQUENDO (f. 175 c.2) en ampliación de su versión, aunque con cierto temor señaló: *"El que yo me doy cuenta que era paraco era "Chayane", pero después de eso no se de más. "Chayane" fue el que fue a llamar a Jaime, él fue solo. Yo no vi a nadie más. Yo no sabía ni porque le decían "Chayane". Ellos eran conocidos pues vivían en la misma casa"*. Como vemos finalmente aunque tímidamente ésta testigo señala que el occiso salió con un paramilitar, agregando: *"Sí, que en esa época era muy complicada, porque por esos tiempos todo mundo era paraco y toda la gente amenazaba era con eso. A la hora de la veroad todavía están los mismos, yo creo que no se reinsertó ninguno"*.

Como se observa estas mujeres relataron de manera similar la forma en que se reunieron con JAIME para la elaboración de los alimentos y cómo éste salió en compañía de alguien, en un principio sin atreverse a señalar con quién, lo cual obviamente resulta entendible, dadas las circunstancias que se viven en esas conflictivas zonas, donde la presencia y dominio paramilitar era evidente; pero en lo que si son concordantes es que JAIME era un humilde señor que se ganaba la vida elaborando *lumpias*, pasteles y empanadas que distribuía en algunos puntos estratégicos de Medellín como universidades y colegios, que si bien por esa época adeudaba un dinero, lo cual le había ocasionado algunos inconvenientes con el prestamista y el codeudor, trataba de conseguirlo honestamente para entregarlo el sábado siguiente a su fallecimiento, para lo cual le vendía a las mujeres que en el

momento de su última partida lo acompañaban, la fórmula que conocía para la elaboración de las *lumpias*, pero que en todo caso algo sí quedó en claro, lo que nadie de la zona de su residencia pone en duda, es que este humilde hombre nunca perteneció a grupos paramilitares y nunca llegó a portar armas de fuego.

Que JAIME EDUARDO tratara con miembros de grupos paramilitares de la zona es indiscutible, como lo hacían todos los residentes del sector, pues estos grupos utilizando la fuerza y el terror imponen las condiciones de convivencia en sus respectivas zonas de dominio; a más se demostró que algunos de los miembros de la organización criminal vivían en la casa de GILBERTO DE JESUS PEÑA LOPERA, padre del occiso, lo cual no ha sido ocultado, por lo que es un hecho cierto que JAIME se fue en compañía de miembros del grupo paramilitar en forma voluntaria.

Así lo confirmó su hermano PEDRO NOLASCO PEÑA TAMAYO el 28 de agosto de 2005 (f. 99 c.1), que como se recuerda es el compañero de NORA ALBA, quien en su declaración adujo que su fraterno sí salió con unos muchachos paramilitares, según su mujer se lo comentó, de lo cual también eran testigos las otras dos mujeres que ese día en su casa se encontraban elaborando los alimentos. Explica que su hermano estaba debiendo \$120.000, pero se rebuscaba la forma como los iba a cancelar, recabando en que éste nunca perteneció a grupos paramilitares y no portaba armas de fuego.

En la denuncia que formulara PEDRO NOLASCO por la desaparición de su hermano un día después, 26 de agosto de 2005 (f. 179 c.1), dio cuenta pormenorizada del problema que tenía su hermano por los \$120.000 que le adeudaba a CESAR MONSALVE del que era fiador CARLOS OSPINA, quien se dirigió a su otro hermano OLMEDO para comentarle la situación, lo cual puso en conocimiento del comisario de policía, pues presumían en ese momento que esa pudo ser la causa del rapto de su hermano.

En ampliación de declaración del 15 de diciembre de 2007 PEDRO NOLASCO (f. 170 c.2) ya se refiere a la persona que salió con su hermano JAIME la noche en que

fuera asesinado *"Este sujeto "Chayane" me paró en la calle y me dijo que el patrón le mandaba a decir que no fuera a poner denuncia por lo de mi hermano. El me dijo delante de mi hermana RUBIELA PEÑA a las 8 o 9 de la mañana del día siguiente de la muerte de su hermano"*

En nueva ampliación de declaración rendida en el mes de octubre de 2009, cuatro años después de la muerte de JAIME (f. 294 c. 6), PEDRO NOLASCO reitera que su finado hermano se dedicaba a la elaboración y venta de *lumpias*, para luego comentarle al investigador que en alguna ocasión su carnal tuvo problemas con la justicia por el robo a un taxista, de \$5.000 a \$10.000, por lo que estuvo detenido. Luego relata cómo desapareció JAIME y cómo encontraron el cadáver, para exponer que en la funeraria fue abordado por dos paracos que le dijeron: *"...que el patrón me había mandado a decir que dejara ese escándalo, que ellos no habían matado a ninguna gonorrea con ese nombre, entonces yo les dije tranquilos muchachos que si ustedes no son, no tienen el pecado, no tiene que estar preocupados, y entonces me advirtieron mucho que cuidado con poner la demanda, yo volví y les insistí que si no tenían nada que ver que no se preocupen, que no pasa nada. Ya se quedaron las cosas así por 15 días, las cosas quietas, a los 15 días nos llaman los paracos y nos dicen que quieren una reunión con los Peñas llamado el Honesto, entonces nosotros les dijimos que la reunión se hiciera donde mi hermana Marina, y allá fueron 6 paracos, de los cuales habían 2 que sacaron a mi hermano, diciéndonos por ellos nosotros no teníamos problemas, de ahí ya empezaron las amenazas llamándome a mi que me tenía que perder de San Cristóbal...".* Relata dramáticamente como los paracos, luego de hacerle la vida imposible en su barrio, hicieron que lo abandonara, incluso le pegaron, le quemaron la casa, para finalmente irse para Bogotá, regresando año y medio después, cuando su hermana MARINA le avisó que ya el comandante Jaidier de las AUC le permitía regresar.

Por su parte RUBIELA DEL SOCORRO PEÑA TAMAYO (f. 99 c.1), hermana del occiso, afligida y desconsolada, y descarnadamente hace un recuento de la forma como encontró el cadáver de su carnal, sin señalar específicamente quién fue la

2008 103

persona que finalmente la orientó para que se dirigiera al anfiteatro, lugar donde le informaron que había sido llevado el cuerpo de un guerrillero muerto en combate el jueves en la noche, aclarando que su hermano apenas llevaba como cuatro meses en la casa, pues hacía tiempo se había ido, pero siendo enfática en señalar que su hermano no pertenecía a ningún grupo al margen de la ley. Agrega que PEDRO NOLASCO le comentó que había sido amenazado por los "muchachos" refiriéndose a los paramilitares, quienes le dijeron que debía retirar el denuncia entablado por la desaparición de JAIME, incluso a ella, uno de esos *paracos* le advirtió que le dijera a su hijo, el "cabicipelado", creyendo que PEDRO NOLASCO era su descendiente, que quitara el denuncia.

OLMEDO DE JESUS PEÑA TAMAYO, para el 15 de septiembre de 2005 (f. 132 c.1) aduce que tres días antes de que mataran a su hermano se encontró con CARLOS OSPINA quien le comentó el problema que tenía con JAIME por el préstamo de un dinero, afirmando que iba a tener que responder por los \$120.000 que su carnal adeudaba, por lo que en tono amenazante su interlocutor exclamó que tendría que hacerlo coger de los "muchachos" sin saber a cuáles se refería.

En ampliación de su versión rendida el 15 de diciembre de 2007 (f. 176 c.2) OLMEDO DE JESÚS hace un descarnado relato de lo que ocurrió con su hermano, así *"Si. Después de que mataron a mi hermano, al otro día, en el velorio, en la funeraria, llegó Yolanda y me dijo que me mandaban a decir que nos teníamos que perder todos los Peñas de San Cristóbal, porque nos iban a matar a todos. Entonces yo me baje y hablé con el jefe de los reinsertados y el jefe de los no reinsertados, por que el uno le mandaba la papa caliente al otro y así. Entonces al ver que en la tarde cogieron a Nolasco y lo citaron en la casa, él subió y me dijo "Olmedo, fíjate que "Chayane", "el Loco" y "Queso", me están esperando en la casa que quieren hablan conmigo y creo que me van a matar", entonces yo les dije a mis hermanas que nos fuéramos todos y que le hiciéramos un escándalo para que la gente se diera cuenta quienes eran los que estaban haciendo las cosas. Entonces yo llegué y me le paré a Chayane y le pregunté qué pasaba, entonces él me dijo que necesitaba al calvito, entonces yo le dije que éramos hermanos y que*

yo respondía, entonces él me dijo que lo que pasaba era que mi hermano había puesto la denuncia y que ellos no querían que colocaran esa denuncia, entonces yo al ver las cosas me bajé para la Alpujarra al otro día y allá conocí a unas personas que me ayudaron y llamaron a San Cristóbal y preguntaban que qué pasaba con nosotros, que ya habían cometido una equivocación, que no se siguieran equivocando. Lo primero que me preguntaron en la Alpujarra era que si mi hermano era guerrillero, entonces ellos mismos dijeron "vea estos, por dar positivos para demostrar que están trabajando y los soldados por ganarse 15 días de licencia". Entonces me dijeron que me fuera tranquilo y que viviera con mi familia y que si cualquier cosas que los buscara. Entonces inmediatamente cambiaron el personal de allá y el único que quedó fue Chayane, tato y narices o el flaco, pero sin embargo quedó uno de los que habían allí de apellido Briceño y esa persona fue donde yo estaba trabajando en pollos y entonces fue el costeño a decirme que le diera pasajes para irse para Cartagena y entonces yo le dije "ustedes mataron al hermano mío y yo he ido a cobrarles algo?", entonces él me preguntó que cual era mi hermano y yo le dije "JAIME PEÑA, el que ustedes entregaron al ejército como guerrillero" y entonces me dijo "Cómo así que era hermano tuyo?" y entonces yo le di \$20.000 pesos y que cuando regresara hablábamos. Y cuando regresó en efecto fue a donde yo estaba trabajando Pollos Hollywood y me contó todo lo del hermano mío que como había sido. Me contó que eran 3 personas las que había que sacar de las casa, que lo jugaron a la cachiporra y perdió Jaime, lo saco "Chayane, estaba "el loco" de cómplice, estaba "Narices" y ellos vivían donde mi papá, porque él les tenía alquilado un apartamentico, se lo llevaron, se lo entregaron al ejército y ellos pensaron que no íbamos a reclamarlos ni a encontrarlos, pero se equivocaron porque lo encontraron al otro día, entonces Briceño me dijo "ustedes porque caminaron ligero y por culpa de ustedes el ejército no ha vuelto hacer trato con nosotros por eso se calentaron...". Agrega que la gente se dio cuenta de la amistad con Briceño y de todo lo que le había contado por lo que lo iban a matar, pero éste se escondió y le manifestó que le iban a hacer lo mismo, que el ejército estaría por ahí esperándolo. Que después lo llevó para el billar de su hermana a donde llegó "el loco" con todos sus cómplices y Briceño les

dijo: "Descarados, conchudos, me iban a legalizar, yo no sé ni como entran a este billar después de lo que les hicieron a ellos".

GILBERTO DE JESUS PEÑA LOPERA (f. 106 c.1), padre del occiso, aduce que JAIME, cuatro meses atrás de su deceso residía en su casa, por petición de su esposa moribunda a quien llegó a visitar, ya que antes vivía en Cali, que en ese corto tiempo que lo acompañó el finado se dedicó a elaborar empanadas y comida china que sabía preparar, lo que hacía donde PEDRO NOLASCO, fiambres que vendían en colegios y universidades.

Como vemos sus parientes y vecinos, como el que más, son los únicos que pueden dar noticia del modo de vivir y actividades desarrolladas por JAIME, resultando claro que residía en ese sector apenas cuatro meses antes de su deceso, dedicado a preparar comidas rápidas, que para iniciar el negocio tuvo la necesidad de valerse de un dinero, que le habría ocasionado algunos inconvenientes con los prestamistas al no poder pagarlo en tiempo, pero que pretendía cancelarlo vendiendo la fórmula para la preparación de esos alimentos; cuando eso hacía, fue sacado de la vivienda donde se encontraba, sin volverse a tener noticia de su paradero.

Versiones que descartan cualquier insinuación de que JAIME EDUARDO integrara grupos antisociales, por el contrario fue víctima de ellos.

Si bien es cierto, como lo recuerda la abogada recurrente, de acuerdo al contenido de algunas declaraciones trasladadas de sus hermanos PEDRO NOLASCO y RUBIELA DEL SOCORRO, que JAIME EDUARDO había cometido algunos errores, como que se vio involucrado en el atraco de un taxista o que incluso trató de robar a MARINA, también hermana, dueña de una tienda, ello lo que denota es la sinceridad de sus relatos, pero son hechos muy distantes para inferir que en el corto tiempo que llevaba en el sector, cuando llegó a visitar a su madre moribunda, se haya enrolado con grupos al margen de la ley y que muy posiblemente tuviera armas de fuego, como lo insinúa la apelante.

Tampoco resulta desde ningún punto justificable que por no ser JAIME un modelo colmado de virtudes, haberse visto envuelto en algunos escándalos en sitios públicos, ser moroso en el pago de sus deudas, tener problemas con su padre y hermanos e incluso en épocas pretéritas incurrir en actos ilegales como el hurto, como sinceramente lo comentaron sus hermanos, fueran motivos suficientes para haber dispuesto en forma arbitraria de su existencia.

Conductas irregulares, pero desafortunadamente corrientes en un humilde hombre habitante de las zonas deprimidas de Medellín, donde impera la pobreza y el futuro es desesperanzador, sin mayores oportunidades para llevar una vida digna, donde lo único real es la lucha por la supervivencia, unos con el poder de las armas y otros sometidos, por lo que resulta desafortunada la inferencia que hace la abogada recurrente, que por JAIME haber tenido en el pasado problemas con la justicia necesariamente debía portar armas de fuego.

En punto al hecho de que JAIME EDUARDO se haya ido la noche del miércoles 25 de agosto de 2005 de la casa de su hermano, en forma voluntaria, en compañía de jóvenes integrantes de grupos al margen de la ley, mal llamados paramilitares, para la Sala tampoco admite discusión alguna, es incuestionable que ello ocurrió.

Como se acaba de consignar, los familiares y vecinos de JAIME EDUARDO son concordantes al señalar que éste salió de la vivienda en compañía de un joven que lo fue a buscar, estableciéndose que fue con el conocido como "Chayane" quien residía en un apartamento de su padre.

Por lo que el hecho de que se presenten contradicciones en sus relatos, como lo aduce la recurrente, en punto de que LUZ EMIDA negó haber abierto la puerta y que fue un *paraco* el que golpeó y se llevó al occiso, no le resta credibilidad a los testimonios, en torno a que conocidos integrantes de los grupos paramilitares del sector se llevaron al infortunado JAIME EDUARDO, como posteriormente se pudo aclarar.

Es que debe advertirse que en todo proceso subsisten dudas, vacíos o lagunas, también contradicciones entre los declarantes, por lo general en cuestiones tangenciales e insustanciales, pero esas contradicciones no son suficientes para infirmar la decisión de condena.

Pero son estas tímidas pero valerosas versiones las que llevan a los organismos de investigación a escudriñar a los integrantes de los grupos paramilitares que por aquella época poblaban esa zona, algunos de ellos en proceso de desmovilización, para que aclararan estos hechos.

Fue así como JUAN CARLOS VILLA SALADARRIAGA alias "ocho" (f. 152 c. 4) reconoció haber sido integrante de las autodefensas "Cacique Nutibara", en la que alias "King Kong" era el encargado de las zonas de San Cristóbal, comuna 13, Margaritas, Vallejuelos y San Félix, aclarando que ellos estaban establecidos en San Cristóbal bajo las órdenes de los alias "el Negro" "Fabián", "el Pollo" (fallecido seis meses antes de la declaración) y "el Paisa" (asesinado en el 2003), aduciendo que los cambiaron de sector en el 2006. Afirma que para la época del homicidio estaba retirado de la organización en el barrio La Loma de San Cristóbal, pero que supo del asesinato de PEÑA porque alias "Guachilejo", quien ya es muerto pero para esa época comandaba la organización en ese corregimiento, le comentó, ocho días después del deceso, que se lo habían llevado por orden del propio papá, con quien tenía un negocio. Agrega que varias veces los hermanos de PEÑA le interrogaron el porqué se habían llevado al hermano, por lo que les aconsejó que no siguieran indagando, porque podían correr peligro, ya que el comandante era muy estricto y mala gente. Explica que según le relató "Guachilejo", cuando conducía a JAIME por el sector de la Aguada otro de los barrios de San Cristóbal, fueron interceptados por el Ejército, quienes los encendieron a bala. Confiesa que en el 2008 fue al billar de MARINA, hermana del difunto Peña, hablando con el garitero del billar, hermano de esta mujer, preguntándole sobre quienes habían acudido a la Fiscalía a declarar, comentando que el papá y algunos hermanos, por lo que le advirtió que no se pusieran a dar declaraciones, porque algo les podía pasar, regresando al billar como a los ocho días y ya el garitero se había ido de paseo, según le comentaron,

pero aclarando que no era su interés hacerles daño, pues los estimaba, agregando que no volvió a saber nada de lo ocurrido en atención a que lo capturaron en el mes de marzo de 2008.

Relata textualmente éste señor: *"Yo le recibo esa zona a guachilejo porque estaba haciendo cosas que se estaban saliendo de control en ese lugar, llamando mucho la atención de la fuerza pública, mataba perros y les pegaba a los civiles, y él me explica que lo llevaban era para hacerle unas preguntas y porque estaba peleando tanto con el paore pero ahí se salieron las cosas de las manos porque hay personas de nosotros que no debemos decir algunas cosas, como decían que era un positivo que le habían entregado al Ejército, pero él dudaba mucho de eso porque si el llevaba esa persona para entregar por qué también lo querían legalizar también a él, por qué si él llevaba ese muchacho para entregárselo al Ejército por qué a él también le dispararon, no dijo para donde lo llevaban".* (fs. 152 y 153 c.4). Luego del descarnado relato sobre la muerte de PEÑA aduce que ese día otros paramilitares los acompañaban como los alias "Queso" y "Julián", ya muertos, así como los alias "Tato", "El Loco", "Nariz" y "La Chinga", describiéndolas funciones de cada uno de ellos para esa época y dónde se encuentran, aclarando que "El Loco" no hacía parte de la organización, que era como *metiche*.

Explica que para la época no tenía relaciones con los miembros del Ejército, pero los otros muchachos sí, que alias "Estartat" quien se desmovilizó como integrante del "Héroes de Granada", sin tener claro si fue de la comuna trece o de la comuna occidental que es corregimiento de San Cristóbal, Robledo, Paris, 12 de octubre, pero que era la persona que se reunía con los miembros de la fuerza pública.

Por su parte JAIME EDUARDO ORTIZ MUÑOZ alias "Briceño" (f. 76 c.5) quien adujo: *"...estuve trabajando con grupos armados allá pero nunca me entregué ni me reinserté, lo que pasa es que JAIME PEÑA lo hicieron pasar como un positivo falso, como yo sabía todo y me enteré de todo, MARINA y OLMEDO me dijeron que declarara en contra de OCHO que era el que mandaba allá, yo no entiendo lo que pasa es que los hermanos de PEÑA me escondieron una vez me colaboraron con*

comida, una vez me escondieron en el billar de doña MARINA". Luego explica "El Gaula andaba pidiendo un positivo para poder salir de permiso o subir de rango, estaba GUACHILEJO que tenía la segunda o sea era la mano derecha de CERO OCHO que era el comandante, el CALVO que es del GAULA con otro que no recuerdo el nombre, habló con GUACHILEJO para un positivo y este le dijo que en la noche le resolvía el problema, GUACHILEJO preguntó a los trabajadores que necesitaba un guerrillero, pero no pudieron encontrar un guerrillero, este señor PEÑA había tenido un problema días anterior con X persona, no se a quien, le rompió un vidrio y estuvo en el calabozo con CHAYAN y NARIZ, que son trabajadores del grupo Héroes de Granada, GUACHILEJO llamó a NARIZ y le dijo que necesitaba un positivo y éste le dijo que PEÑA estaba muy desatinado haciendo cosas indebidas y lo mandaron a llamar, lo buscaron en la casa de él, estos dos fulanos que le nombré CHAYAN, NARIZ y GUACHILEJO le dijeron al señor que los acompañara a la Loma, llegaron a La Loma y de ahí se lo llevaron para la 43 que es un sector del mismo barrio La Loma, eso era donde en ese sector empezó la guerrilla y era donde se enfrentaba con nosotros al otro lado de la iglesia, yo iba pasando con la novia mía con NATALY, me encontré a alias LOCO vestido de soldados como el mismo Gaula, me dijo ábrete costeño, cuando se escuchó el tiroteo aquel más no sabía quién era la persona que llevaban, igual forma yo no podía hacer nada ahí porque no hacía parte del grupo, de parte mía el señor no era ni guerrillero, ni era un delincuente, al contrario, era una persona que era bien, que la familia de él me ayudaba mucho a mi, le habían puesto el uniforme, le pusieron un trabuco, ahí fue donde lo hicieron pasar como un guerrillero...".

HENRY HERMINSO SANTOS GALVIS (f. 96 c. 6), señalado como integrante del grupo paramilitar de la época con el alias de "El Loco". Acepta que residía en la zona de influencia de la organización criminal, pero niega en la diligencia de indagatoria la pertenencia a la misma. En esta diligencia el defensor público dejó constancia de que en las charlas sostenidas con su defendido pudo notar marcadas incoherencias en su comportamiento sicofuncional por lo que solicitó fuera enviado a un examen psiquiátrico. Otros señalados paramilitares de la época en sus

versiones, si bien aceptaron haber sido habitantes del sector, negaron la militancia en el grupo subversivo.

Como vemos, resulta indiscutible que el tristemente desaparecido JAIME EDUARDO fue engañado al sacarlo de la vivienda donde se encontraba, para ser conducido al lugar donde finalmente fue ejecutado, sin que se pueda desconocer ese hecho porque las versiones de parte de los homicidas, integrantes de los grupos paramilitares, presenten contradicciones, pues es normal que ello ocurra, como ya se advirtió, pues tímidamente están reconociendo su participación en los hechos investigados, tratando de justificar la conducta o aminorar su responsabilidad, culpándose entre ellos, señalando a fallecidos delincuentes del grupo, relatando que casualmente por el sitio transitaban o que de pronto no era un *falso positivo* porque los militares contra ellos también dispararon; pero en lo fundamental, reconocieron timoratamente que un humilde hombre, ajeno al conflicto armado, fue entregado para ser mostrado como *baja en combate*, el que incluso, según el relato que JAIME EDUARDO ORTIZ MUÑOZ le hiciera a OLMEDO DE JESUS, aceptado así en la indagatoria (f. 83 c.5), fue rifado entre tres jóvenes que estaban ocasionando problemas en el sector, jugada su existencia a la *cachiporra*.

Tampoco demerita las declaraciones de los paramilitares el hecho de que se hayan referido a que el escogido fue entregado a miembros del Gaula del Ejército, mientras los militares involucrados pertenecían al PAU, ello no tiene ninguna trascendencia, como tampoco la tiene el que se haya afirmado que el occiso fue vestido como guerrillero, existiendo constancia de que vestía jean y camiseta.

De otro lado resulta válida la crítica de la abogada recurrente en punto a que parte del contenido de la declaración de la señora NORA ALBA no corresponde a su dicho, sino el de su compañero PEDRO NOLASCO, lo que seguramente respondió a un error en la digitación, pues ese mismo 15 de diciembre de 2007 se recibieron varios testimonios, irregularidad que no afecta de manera sustancial la prueba recaudada, pues fácil es escudriñar el sentido de cada uno de los declarantes, quienes varias veces acudieron al proceso a exponer lo por ellos percibido.

202 112

De otro lado los militares implicados en este asunto, como respondiendo a un libreto, utilizado en varias investigaciones por hechos similares, señalan que salieron de la guarnición, transportados en furgones con destino al sector previamente escogido, con el fin de realizar labores de patrullaje y registro, buscando forajidos; que en la zona a inspeccionar se distribuyeron las tareas tácticas, cuando realizaban las labores de registro observaron desconocidos, de tres a cuatro, que ante la proclama de ser miembros del Ejército Nacional fueron atacados con ráfagas de disparos, por lo que se vieron en la obligación de abrir fuego.

Esta posición defensiva aducida por todos los integrantes de la patrulla resulta infirmada por la sólida prueba puesta de presente, analizada ampliamente en la sentencia de primera instancia, la que muestra de manera fehaciente e inequívoca que la actuación de los uniformados no respondió a la agresión del enemigo, simplemente se hizo una ejecución extrajudicial.

Por ello vale la pena recalcar que las pruebas de cargo, si bien presentan vacíos o contradicciones, imprecisiones en algunos aspectos accesorios o incidentales, como lo ponen de presente los abogados recurrentes, ello obedece a que corresponden a versiones que perciben las cosas desde su propia óptica, lo cual es de la esencia de la persona humana, pero en lo fundamental son claros y contundentes en señalar que el vendedor de empanadas fue entregado al Ejército para que fuera ejecutado, por lo que esos testimonios resultan creíbles; por el contrario, las versiones de los militares resultan sospechosas, pues son casi textualmente reproducidas, lo que sugiere que fueron preparadas para ocultar lo ocurrido, como se puede otear en las diferentes indagatorias que son casi calcadas.

Como lo adujera el juez de primera instancia no resulta creíble que tres o cuatro sujetos que se desplazaban subiendo por el sector de La Loma, armados de un changón, artefactos que vale la pena destacar no son de uso común de los grupos guerrilleros, enfrenten a una patrulla del Ejército compuesta de seis adiestrados militares, provistos de armas de largo alcance, tipo fusil, estratégicamente

distribuidos en el campo de batalla, donde todos abren fuego, para sólo alcanzar a lesionar a uno de ellos y por la espalda, con solo dos proyectiles, a pesar de la gran cantidad de munición utilizada, cincuenta según los protagonistas, que debieron dejar una gran cantidad de vainillas en el campo de batalla, de lo que no se dejó constancia alguna en el acta de levantamiento del cadáver realizado por la Fiscalía (f. 94 c.1), así como nada se consignó acerca de que fueran hostigados por los facinerosos mientras realizaban la diligencia de levantamiento.

La defensa afirma que el occiso sí portaba un arma de fuego en atención a que en lugar de los hechos, cerca al cuerpo del muerto en combate fue encontrado un changón doble cañón y dos vainillas percutidas, por lo que practicada la prueba de residuos de disparos a las manos del cadáver dio resultado positivo.

Pero es la misma defensa la que cuestiona la importancia de la prueba de absorción atómica, pues como se ha estudiado por los eruditos en balística, ésta prueba puede dar lugar a lo que se ha denominado en la literatura forense como falsos positivos y negativos, sin dejar de lado que la escena del delito, en un primer momento fue asegurada por los mismos militares involucrados, presentándose los miembros de la Fiscalía dos horas después, pues según la versión de los implicados la muerte se produjo a las 10:40 p.m. del jueves 5 de agosto de 2005, mientras que el levantamiento se realizó a las 12:45 a.m. del día siguiente, lo que obviamente puede dar lugar a la contaminación o alteración de las muestras, de ahí que no resulte confiable esta evidencia.

Respecto de la prueba de absorción atómica la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia señaló⁹:

“Cuando pregona que el resultado negativo de la prueba de absorción atómica excluye a su defendido CALDERÓN LUGO de haber sido el autor de los disparos que acabaron con la vida de su compañera, lo único que evidencia es su inconformidad con la valoración de los juzgadores, y no el anunciado desconocimiento de las reglas de la ciencia. Si bien es cierto que el dictamen pericial suministra al proceso conocimientos técnicos, científicos o de cualquier otra índole, también lo es que el funcionario judicial no está atado a su resultado; como cualquier otra prueba, debe apreciarlo en conjunto con los demás

⁹. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, radicado 30.612, 3 de febrero de 2010, M.P. Jorge Luis Quintero.

elementos de juicio, de acuerdo con el método de persuasión racional y, así formar su convencimiento para emitir el correspondiente juicio de responsabilidad.

Para la Sala no se exhibe irrazonable, y mucho menos contradictorio con las reglas de la ciencia, cuando advierte el juzgador que la prueba de absorción atómica no es suficiente para desligar de responsabilidad al imputado porque sus resultados se pueden alterar por la persona examinada. Como ya ha sido precisado por la jurisprudencia¹⁰, el resultado positivo, a lo sumo, es indicativo de la presencia de residuos de disparos en las manos del sospechoso, pero no de su autoría; por distintas razones es posible que el hallazgo de plomo, antimonio, bario y cobre, no sea la consecuencia de haber disparado un arma y, viceversa, la ausencia de estos elementos puede ser el resultado de la prueba practicada en una persona que si disparó un arma.

Es de precisarse que la apreciación que ellos hicieron de los resultados de las pruebas de absorción atómica, coincide con los principios científicos que la presiden, en cuanto que a través de esta pericia solo es posible establecer la presencia de residuos de disparo en las manos del sospechoso (plomo, antimonio, bario y cobre), no la autoría del mismo, como equivocadamente lo entiende el libelista.

Por razones de distinta índole puede suceder que los resultados de presencia de disparos en las manos de una persona sean positivos, no obstante no haber accionado el arma, o negativos a pesar de haberla disparado, dando lugar a lo que técnicamente en balística se denomina falsos negativos y falsos positivos (...)¹¹.

Contrario a la flaqueza de esta prueba, que para el señor defensor de uno de los procesados sólo se constituye en un indicio, no puede pasar por alto la Sala el grave indicio de capacidad para delinquir que presentan algunos implicados. El Subteniente CASTILLO GALVIS, que según el investigador de criminalística de la Fiscalía (f. 146 c.2) que revisó un total de 75 procesos por hechos similares, encontró que en tres de ellos fungió como comandante o responsable de la patrulla involucrada en la operación, con ciertas coincidencias, como que de los cinco occisos a cada uno se le incautó una única arma de fuego, tres con revólveres y dos tenían changón con cartucho percutido. Igualmente dejó constancia el funcionario que en los procesos radicados con los números 3508 y 3486 participó el Cabo Tercero JULIAN ÁLVAREZ GUERRERO.

A este expediente se trasladaron copias del radicado 3508 que por el delito de homicidio en persona protegida se sigue en contra del Subteniente **GERSON CASTILLO GALVIS**, Cabo Tercero **JULIAN ANDRES ALVAREZ**, pero con los

¹⁰ 14587 del 6 de septiembre de 2001 y 13871 del 21 de febrero de 2002, entre otras.

¹¹ Cfr sentencias Nos 10361 del 18 de julio de 2001.

Soldados Regulares ROBINSON DELGADO SALAS, ALEXANDER MACIAS ROJAS, JAVIER PINO GIRALDO y MANUEL OCAMPO JONES, siendo víctimas los señores MARCO ANTONIO ACEVEDO VALENCIA y LUIS FERNANDO MONSALVE ALVAREZ, por hechos similares ocurridos el 16 de julio de 2005, apenas un mes antes de los aquí investigados (f. 245 a 304 c. 3)

Doloroso es reconocerlo la actuación denominada por los medios de comunicación como el *escándalo de los falsos positivos*, de lo que la Sala no puede ser ajena, que no es más que las revelaciones realizadas a finales del año 2008 que involucraban a miembros de Ejército de Colombia con el asesinato de civiles inocentes para hacerlos pasar como muertos en combate dentro del conflicto armado que vive el país, mostrando con ello resultados en la lucha antiterrorista, lo cual es conocido en el Derecho Internacional Humanitario como ejecuciones extrajudiciales y en el Derecho Penal Colombiano como homicidios en persona protegida, de lo que la Fiscalía inició múltiples investigaciones a partir de la aparición de cadáveres correspondientes a diecinueve jóvenes que habían desaparecido en Soacha, Cundinamarca, apareciendo como *bajas* en el departamento de Norte de Santander, por lo que incluso el Ejecutivo destituyó a varios oficiales y suboficiales del Ejército Nacional.

Todos los hechos puestos de presente se encuentran probados con las pruebas analizadas, tanto en primera como en segunda instancia, de lo que se infiere razonadamente, lo que no admite duda alguna, que la muerte de JAIME EDUARDO PEÑA TAMAYO no fue una *baja en combate*, como lo alegan los militares involucrados, sino que se trató de una *ejecución extrajudicial*, lamentablemente siguiendo un patrón similar que recorrió varias regiones del país.

Así lo ha reconocido la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia¹²:

"Al valorar estos comportamientos vistos en su conjunto se puede llegar a la conclusión que obedecen a una estrategia criminal del terrorismo de Estado¹³

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 29.221 del 2 de septiembre de 2009.

202 114

diseñada en las esferas más altas de la dirigencia, y que desde la apariencia de las justificaciones lo que en últimas hacen es explotar el orden constitucional. No obstante que los funcionarios públicos no se hallan articulados a una organización criminal sino a la administración en jerarquías de diferente grado, lo cierto es que para los fines y consumación de los artículos 340 y 340 inciso 2º *ejusdem* se relacionan a través de la coautoría por cadena de mando.”.

Considera la Sala entonces que a más de la prueba testimonial que señala que en desarrollo de los hechos se presentó fue una ejecución extrajudicial o como comúnmente se le conoce un *falso positivo*, el proceso cuenta con hechos debidamente probados, los que dentro de la estructura del indicio corresponde a los hechos indicadores, de lo que se infiere de manera razonada, de acuerdo con las reglas de la experiencia, que los acusados incurrieron en un *homicidio en persona protegida* y no una *baja en combate* como resultado de una confrontación armada con grupos al margen de la ley, por lo que no resulta válida la crítica a la sentencia de primera instancia realizada por la abogada recurrente, en cuanto a que el fallador hizo apenas conjeturas o suposiciones, pues como se analizó, los hechos indicadores están debidamente demostrados.

Se probó que el occiso era un humilde vendedor de empanadas y pasteles; presentaba algunos problemas de comportamiento en su sector y adeudaba unos dineros; residente en el barrio San Cristóbal; su deceso se produjo en el barrio San Javier La Loma, aledaño al de su residencia; salió del lugar donde se encontraba a las 7:30 de la noche y muerto a las 10:20, antes de tres horas; a pesar de darse un supuesto enfrentamiento con tres o cuatro facinerosos, sólo uno resultó muerto, con dos disparos en la espalda, a pesar de que se dispararon cincuenta vainillas, ninguna recuperada; dos de los militares acusados se encuentran investigados por hechos similares.

De otro lado debe señalarse que todos acusados son coautores, por cadena de mando, de la conducta punible de homicidio en persona protegida de la que fuera víctima el señor JAIME EDUARDO PEÑA TAMAYO, sin que se pueda diferenciar

¹³ La ejecución sistemática de delitos (torturas, desaparición forzada, apropiación de menores, etc.) contra la sociedad civil ha sido calificada por la jurisprudencia argentina como "terrorismo de Estado". La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina ha dicho que la condena a los máximos responsables del terrorismo de Estado tiene un valor preventivo respecto

varias categorías de participación en los integrantes del pelotón, como lo pretende el defensor del soldado IVAN DARIO HERRERA TAPIAS, para que se reconozca que su prohijado apenas cumplía órdenes de su superior por lo que su conducta estaría justificada.

Sobre este aspecto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la misma sentencia antes citada señaló:

"Pero la coautoría por cadena de mando también se puede consolidar tratándose de comportamientos punibles consumados por funcionarios públicos de menor o residual grado, quienes como anillos últimos hubiesen recibido órdenes de inmediatos superiores constituidos en mandos medios, y éstos a su vez de otras jefaturas ascendentes que administrativamente se hallan articuladas hasta llegar a la cabeza principal¹⁴ quien dio la inicial orden. En este seriado descendente del mandato o propósito hasta llegar al ejecutor, todos responden a título de coautores.

"Existen eventos de comportamientos realizados por servidores oficiales, los que en principio aparecen a la luz pública efectuados bajo el aparente mando de la legalidad o como resultado de presuntas acciones legítimas en defensa de la patria, la democracia y sus instituciones. En sus inicios al tratarse de hechos singulares se los valora como casos aislados resultados de voluntades individuales y la responsabilidad penal se orienta y recae en ejecutores de menor o residual grado, pero dada su secuencia devienen en casos plurales de características similares."¹⁵

Para la Sala no existe discusión alguna en cuanto a que la participación de todos los acusados se hizo en calidad de coautores del delito de homicidio en persona protegida del que fuera víctima **JAIME EDUARDO PEÑA TAMAYO**, como quiera que en sus indagatorias plantearon unidad de acción, comunidad de designio, acogiendo como propia la acción que naturalmente todos tratan de justificar, por lo que absolutamente todos tenían dominio del hecho, sin que se pueda admitir la

de la repetición de violaciones a los derechos humanos (Véase la sentencia en la caso Simón), S. 1767 XXXVIII, 14 de junio de 2005, Radicación 17.768.

¹⁴ El dirigente que ocupa dentro de un aparato organizado de poder con actitud global criminógena un determinado rango y da órdenes a un miembro de la organización que ostenta un rango inferior para que cometa un delito, puede contar con que a causa de la actitud criminal del colectivo, ya establecida y del poder de mando y disposición a cumplir órdenes que en aquel existe, muy probablemente su orden será cumplida, lo que le convierte en autor mediato del hecho realizado por el ejecutor material. El subordinado es penalmente responsable, pero quien da la orden también es responsable con base en su poder de mando y en la absorción envolvente del subordinado en la organización que asegura su obediencia (...). El dominio por organización se da cuando el aparato de poder organizado jerárquicamente que asegura la obediencia y es utilizado por el que está detrás, se opone, según el convencimiento general con sus atrocidades basadas en su actitud ideológico-criminal de carácter civil a las concepciones valorativas de las naciones civilizadas y el que utiliza semejante aparato de poder se ha colocado mediante la comisión de atrocidades fuera del amparo civil del principio *nulla poena*. PATRICIA FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2004, página 98.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 29.221 del 2 de septiembre de 2009.

115

súplica trasnochada que presenta a última hora el defensor del soldado HERRERA TAPIAS en cuanto a la justificación de la conducta de su prohijado al atender las órdenes de su superior jerárquico, pues desde ningún punto de vista se puede siquiera admitir la posibilidad de que se estaba frente a una orden legítima.

Son las anteriores razones suficientes para confirmar el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, esta Sala de Decisión Penal del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, por mandato constitucional y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** el fallo de naturaleza y origen relacionados en la parte motiva, proferido por el Juzgado 21 Penal del Circuito de Medellín el 29 de marzo de 2011, en contra de los señores **GERSON HERNANDO CASTILLO GALVIS, JULIAN ANDRES ALVAREZ GUERRERO, ANDRES FELIPE HURTADO GONZALEZ, WILDER ALFONSO HIGUITA VALLE, IVAN DARIO HERRERA TAPIAS y JHON FREDY MOLINA MONSALVE**, como coautores del delito de **HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA**, señor **DIDIER DAVID OSORIO SEPÚLVEDA**, condenándolos a la pena principal de 30 años de prisión, así como la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 15 años. Decisión discutida y aprobada por los Magistrados que integran la Sala, en sesión de la fecha, según consta en el acta respectiva.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

Magistrado Ponente


SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA

Magistrado


ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Magistrado

CONSTANCIA EJECUTORIA-

Le informo señor Juez, que la Sentencia proferida en el proceso N° 2010-0689, fue confirmada por la Sala Penal del H. Tribunal Superior de Medellín, contra la cual la apoderada de los condenados interpuso el recurso de casación; mismo que fue declarado desierto. La última notificación se realizó por estado fijado el Diecinueve (19) de Abril de 2012. Por lo tanto, la ejecutoria formal y material de la presente decisión fue el Veinte (20), Veintitrés (23) y Veinticuatro (24) de Abril de 2012, a las 5:00 p.m.

Medellín, 30 de Abril de 2012


SANDRA LILIANA LEZAMA RAMIREZ
Secretaria

JUZGADO VEINTIUNO PENAL DEL CIRCUITO
Medellín, Treinta de Abril de dos mil Doce

Estése a lo dispuesto por la Sala Penal del Honorable Tribunal Superior de Medellín, al Confirmar la Sentencia proferida en contra de **JULIAN ANDRÉS ALVAREZ GURRERO Y OTROS**; contra la cual la apoderada de los procesados interpuso el recurso de casación, mismo que fue declarado desierto, en consecuencia, dése cumplimiento total al fallo. Se ordena remitir las copias de Sentencia a las autoridades correspondientes y envíese el cuaderno duplicado a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad ® de la ciudad, para lo de su competencia.

Cúmplase


ARNULFO SERNA GIRALDO
Juez