



**JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO CON FUNCIONES DE
CONOCIMIENTO DE MEDELLÍN**

Sentencia: 011

Radicado: 05-001-60-00206-2007-10211

Sentenciado: Juan David Gutiérrez Zapata

Delito: Homicidio en persona protegida y otro

Decisión: Sentencia condenatoria- Preacuerdo

Medellín, veinticinco (25) de febrero de dos mil quince (2015)

1. Vistos

Se procede a proferir sentencia anticipadamente en atención al preacuerdo celebrado por el imputado y la Fiscalía, aprobado por este Despacho, según el cual el señor **JUAN DAVID GUTIÉRREZ ZAPATA** se declaró penalmente responsable de los delitos de concurso de HOMICIDIOS EN PERSONA PROTEGIDA (Art. 135 C.P) y FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO (Art. 365 C.P.).

2. Hechos

Tal y como los narró la Fiscalía en el escrito de acusación fueron los siguientes:

“Para el día 25 de mayo del año 2007, se produjo la baja de tres personas en el sector de la Vereda La Palma del corregimiento San Cristóbal de esta ciudad, en razón a que se requería la presencia de miembros del Ejército Nacional en la zona por la presencia de miembros de las Águilas Negras, las cuales estaban delinquiendo en ese sector de la ciudad. Lo anterior ocurrió en desarrollo de la operación SOBERANÍA, misión táctica 040 MAZOP, ORDOP suscrita por Edgar Emilio Ávila Doria y Raúl Huertas Ceballos. Las tropas EXPLOSOR, al mando de MARÍN QUINTERO LUIS, montaron el dispositivo, uno al mando de Mora Sánchez Edison y otro al mando de Jiménez Yepes José, había presencia de varias siluetas en el lugar, los atacan, los miembros del Ejército repelen el fuego, se realiza un registro, se encuentran 3 cadáveres con dos pistolas y un arma de fuego tipo escopeta marca Remington.”

El señor José Tomás Jiménez Yepes, dice que en estos hechos murieron tres indigentes, y el teniente Marín fue el que coordinó con unas personas para que le llevaran a quienes después aparecieron muertos. Les dio la orden el Teniente Marín que fingieran un combate, dispararon contra los 3 indigentes y organizaron la escena colocándole armas a las víctimas. Los que participaron en el operativo corresponde al C3 JIMÉNEZ YEPES JOSÉ, SLR ECHAVARRÍA HIGUITA HENRY, SLR OCAMPO ARENAS VIDAL, SLR GUTIÉRREZ ZAPATA JUAN DAVID Y SLR TRUJILLO TOVAR YEIMER.

A través de las actas de necropsia se pudo identificar a dos de estas personas asesinadas las cuales correspondían a los nombres de Gabriel Mauricio Zapata George y Darwin Esteban Carmona Montoya, la otra víctima no pudo ser identificada y las armas que se les halló eran aptas para producir los efectos para los cuales fueron producidas, esto es, para disparar.”

Debido a lo anterior y teniendo en cuenta que el señor GUTIÉRREZ ZAPATA se encontraba privado de su libertad se procedió a formular imputación, audiencia que se llevó a cabo el día 27 de noviembre de 2014 en el que la Fiscalía le endilgó los delitos de concurso de homicidios en persona protegida y fabricación, tráfico y porte armas de fuego.

Finalmente, el ente acusador presentó escrito con acta de preacuerdo al que había llegado con el procesado y su abogado defensor, mismo que fue presentado y aprobado por este Despacho.

3. Identificación

JUAN DAVID GUTIÉRREZ ZAPATA, identificado con la cedula de ciudadanía N°98.704.628 expedida en Bello (Ant), nacido el 11 de octubre de 1983, cuenta con 31 años de edad, hijo de Teresa y Otoniel, tenía como oficio Soldado Regular de las Fuerzas Militares y actualmente se encuentra recluso en el Batallón Pedro Nel Ospina.

4. Del preacuerdo

El preacuerdo estriba en que el señor **JUAN DAVID GUTIÉRREZ ZAPATA** se declara responsables en calidad de coautor de los delitos de 3 HOMICIDIOS EN PERSONA PROTEGIDA previsto en el artículo 135 del Código Penal y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego contenida en el artículo 365 del Código penal, recibiendo como contraprestación la imposición de la pena mínima prevista para el delito atentatorio de las personas protegidas por el derecho internacional humanitario, esto es, 480 meses de

prisión y multa de 2.666,66 s.m.l.m.v la que será aumentada en 20 meses y 266,66 s.m.l.m.v. por cada uno de los otros dos homicidios y dos meses más por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, obteniendo un total de 522 meses, multa de 7.999,98 e interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de 300 meses; a cambio de la aceptación la Fiscalía concede una rebaja del 50% pactando la pena definitiva a imponer en **DOSCIENTOS SESENTA Y UN (261) MESES DE PRISIÓN, MULTA DE TRES MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE PUNTO NOVENTA Y NUEVE (3.999,99) S.M.L.M.V E INHABILITACIÓN PARA EJERCER DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS POR UN TÉRMINO DE CIENTO CINCUENTA (150) MESES.**

A la actuación se arrimaron elementos materiales probatorios, evidencias físicas e informaciones legalmente obtenidas, que satisfacen a plenitud la exigencia contenida en el inciso tercero del artículo 327 del Código de Procedimiento Penal, relativa al mínimo de prueba requerido para inferir la autoría o participación del procesado.

Asimismo, este Despacho verificó la legalidad del acuerdo y estableció que la aceptación de los cargos y los términos del convenio por parte del imputado se hizo de manera libre, consciente, voluntaria, espontánea, debidamente informado y asesorado por su defensor, e igualmente que se respetaron los derechos y garantías que orientan el debido proceso.

También se corroboró el cumplimiento de las exigencias de los artículos 350 y 351 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el artículo 337 del mismo estatuto. En igual sentido se constató que el objeto de la negociación entre Fiscalía y acusado está autorizado por los artículos 350 y 351 del Código de Procedimiento Penal. En consecuencia se procede a la terminación anticipada de la actuación con la emisión del fallo condenatorio, en los términos acordados.

5. Consideraciones

Lo primero que ha de tenerse en cuenta es que las conductas por las cuales se profiere la presente sentencia es por los delitos de homicidio en persona protegida y fabricación, tráfico y porte armas de fuego o municiones, los cuales establecen que:

"1. Art. 135. HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. 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 cuatrocientos

ochenta (480) a seiscientos (600) meses, multa dos mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (2.666,66) a siete mil quinientos (7.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses...

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

1. Los integrantes de la población civil.

2. Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa...

2 Art. 365. FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES. *Modificado por la ley 890 de 2004. El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare o porte armas de fuego de defensa personal y municiones, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses de prisión."*

Ahora, el asunto que concita la atención del Despacho, tiene su fundamento en la manifestación preacordada de culpabilidad según la negociación realizada por las partes y aprobada por el Juzgado.

Por lo tanto, debe entenderse que la manifestación de culpabilidad se asimila a una confesión simple y llana, que abrevia el proceso penal, lográndose pronta y cumplida justicia a partir de la intervención y colaboración del imputado, activando así la solución al conflicto social que genera el delito y de contera la abreviación del proceso que conlleva a la economía procesal.

No obstante lo anterior, en el Estado Social de Derecho no es viable condenar a una persona con fundamento en su simple manifestación, sino que se debe hacer una confrontación entre la realidad fáctica y probatoria, que permita inferir la autoría y tipicidad de la conducta, así se dimana del Art. 327 Inc. 3º del Código de Procedimiento Penal, cuya finalidad principal es evitar que la justicia consensuada sea utilizada para provocar fallos condenatorios sin que existan los elementos materiales probatorios que así lo acrediten.

Con el fin de poder cumplir el cometido de justicia material, el Juzgado verificó los elementos materiales probatorios de tipo documental que fueron recolectados durante la investigación y dejados a disposición por parte del titular de la acción penal, de los cuales se pudo verificar la muerte de tres personas con ocasión de la orden de operaciones "SOBERANÍA-MISIÓN TÁCTICA N°040-MAZO", en la cual participó entre otras personas, JUAN DAVID GUTIÉRREZ ZAPATA, operación que resultó ser un montaje para hacer pasar a estas tres personas de la ciudad de Medellín como combatientes.

Es así como en el desarrollo de la investigación se recopiló la suficiente información para endilgar responsabilidad al señor GUTIÉRREZ ZAPATA por hechos ocurridos el día 26 de mayo de 2007; sino mírese que a través de orden de operaciones "SOBERANÍA-MISIÓN TÁCTICA N°040-MAZO" de la Séptima División, Cuarta Brigada, Batallón de Ingenieros de combate N°4 "PEDRO NEL OSPINA" del 1° de mayo de 2007 se ofrecía una **SITUACIÓN** cual era:

"Narcoterroristas de las OAML; cuadrillas 9 y 47 de las ONT-FARC, cuadrillas Bernardo López Arroyave del ELN, con sus respectivas milicias urbanas y rurales, delincuencia común, bandas emergentes al servicio del narcotráfico, que delinquen en la jurisdicción del Batallón de Ingenieros Pedro Nel Ospina que están en capacidad de desarrollar atentados terroristas y ataques contra la fuerza pública..."

Situación que da lugar a la **MISIÓN**, que consistía en que:

*"El batallón de Ingenieros de Combate N°4 General Pedro Nel Ospina con las unidades Gavión 1-2-3-4 Explosor 1-2-3 conduce operaciones urbanas de ocupación, registro, control militar de área y neutralización sobre el área metropolitana de Medellín (comuna 1,3 y 13) y del Valle de Aburra incluyendo todos sus municipios y áreas suburbanas y responde por la seguridad e integridad de las instalaciones del puesto de mando atrasado, con el fin de localizar caletas, capturar en flagrancia, someter a la justicia a terroristas pertenecientes a las ONT-ELN-FARC- BANDAS CRIMINALES AL SERVICIO DEL NARCOTRÁFICO, y en caso de resistencia armada reducirlas con la fuerza legítima ocasionando el menor daño posible teniendo como objetivo **ELIMINAR LA AMENAZA Y NO A LAS PERSONAS...**"*

Además, en la ejecución de esta misión se recomendaba a las unidades militares, dentro de la cual se destacaba **JUAN DAVID GUTIÉRREZ ZAPATA**, que las acciones que desplegaran con ocasión de la misión táctica, debía en toda circunstancia conservar el respeto por los derechos humanos de los ciudadanos y normas del Derecho Internacional Humanitario, garantizar seguridad en integridad de la población civil, protegiéndoles la vida, honra y bienes, quedándoles prohibido realizar cualquier actividad diferente a la ordenada, mucho menos asesinatos, violación, torturas o uso excesivo de la fuerza, incluso, en el numeral 30 de las recomendaciones se indica que: *“Es preferible que escape un delincuente y no que vaya a morir un inocente si no se está seguro de su identidad o intenciones.”*

Ahora, como consecuencia de esta orden Misión táctica “N°040 MAZO”, el pelotón EXPLOSOR 2 a órdenes del Teniente LUIS MARÍN QUINTERO rindió informe donde se da cuenta que el personal de su contingente integrado por José Jiménez Yepes, Henry Echavarría Higueta, Vidal Ocampo Arenas, Yeimer Trujillo Tovar y **JUAN DAVID GUTIÉRREZ ZAPATA**, obtuvo información de inteligencia que daba cuenta que en el sector de La Palma había presencia de personas armadas extorsionando a los habitantes del sector, con la excusa de que servían como seguridad de la zona.

Por tal razón, el día 25 de mayo de 2007 aproximadamente a las 20:30 se inició movimiento vehicular por la ruta que conduce de Medellín al túnel de occidente con el objetivo de infiltrar el sector de La Palma en su parte alta y desde allí montar puestos de observación y escucha; no obstante, siendo las 01:00 horas del 26 de mayo de 2007 uno de los soldados que se encontraba despierto escuchó varios ruidos, procediendo a informar la situación al Cabo Tercero Jiménez, quien a su vez dio la orden a los demás soldados de tomar posiciones y momentos después lograron advertir las siluetas de varias personas entre las marañas; en este momento lanzaron la proclama de Ejército Nacional, obteniendo como respuesta disparos, ante lo cual se dio la orden de emprender fuego y al revisar el lugar encontraron tres sujetos que habían muerto en el enfrentamiento. Situación que igualmente se puso en conocimiento del Juez 24 Penal Militar, que aparece suscrito por el comandante Pelotón EXPLOSOR 2 y donde se relaciona a las personas que participaron en el operativo, destacando al **SLR GUTIÉRREZ ZAPATA JUAN DAVID**.

Aunado a lo anterior, se cuenta con tres inspecciones técnicas a cadáver del 26 de mayo de 2007, elaboradas por los servidores de policía judicial Juan Carlos Escobar y Edwin Ramírez, donde se plasmó como en la vereda La Palma del sector La Acuarela fueron recibidos por miembros del Ejército Nacional los cuales los condujeron al lugar de los hechos, sitio donde hallaron 3 cuerpos tendidos en la grama, advirtiendo que el lugar no fue acordonado, sin embargo, procedieron a fijar fotográfica y topográficamente la escena,

acto seguido iniciaron la búsqueda, encontrando en la primera zona un cuerpo de sexo masculino en posición dorsal, al lado derecho de la cabeza de éste se encontró una pistola color negra made in Hangary FEG, calibre 9x19 con número externo 09249, número interno 09248, proveedor color plateado con un cartucho y en la recámara de la pistola un cartucho. En la segunda zona ubicaron otro cuerpo de sexo masculino en posición dorsal a once metros del primer cuerpo y al lado derecho de aquél una pistola niquelada con número externo T122940, marca Browning madi in Belgique, un proveedor para la misma con un cartucho y en su bolsillo delantero del pantalón dos cartuchos. En la zona número tres hallaron el tercer cuerpo sin vida de sexo masculino en posición lateral y al lado una escopeta marca Remington 870 expres con número externo x308382m con una cápsula percutida y tres más en la recámara sin percutir. *Resaltando como observaciones de policías judiciales que en la zona número 3 se observó una huella de arrastre sobre la grama.* Inspección que fue apoyada con el dibujo topográfico, remitida la información a Medicina legal para lo de su competencia.

De esta manera y complementario a la inspección de cadáver, se tiene el informe pericial de necropsia N°2007010105001000843 del 27 de mayo de 2007 realizado por la Dra. Carolina Domínguez Márquez, donde se indicó que se trata de un hombre que ingresó como N.N., joven de unos 25 a 30 años, de aspecto descuidado, sin signos de intervención médica, en quien se evidencia lesiones por proyectil de arma de fuego que le produjo *“1. Trauma penetrante cráneo-encefálico severo: fractura de calota y la base del cráneo, fractura de mandíbula derecha, laceración de duramadre, hemorragia subaracnoidea, laceración encefálica, sección completa del tallo cerebral. 2. Hematoma intramuscular, fractura de arco costal izquierdo. Muerte violenta por proyectil de arma de fuego, por laceración encefálica al paso de proyectil de arma de fuego de alta velocidad en cabeza”*. Persona que fue reconocida por Martha Cecilia George Zapata quien afirmó ser su madre y que correspondía al nombre de GABRIEL MAURICIO ZAPATA GEORGE.

También se cuenta con informe pericial de necropsia N°2007010105001000842 del 27 de mayo de 2007 realizado por la Dra. María Victoria Pérez Salazar en el cual se plasmó que se trata de un persona de sexo masculino con edad entre 25 y 30 años de aproximadamente 170–175 cm, de 70 kilogramos y contextura delgada evidenciándose heridas con proyectiles de arma de fuego en su piel, faneras, cuero cabelludo, extremidades superiores y axilas concluyendo la perito que: *“la muerte de NN masculino 25-30 años de edad fue consecuencia natural y directa del CHOQUE TRAUMÁTICO POR HERIDAS MÚLTIPLES CON PROYECTILES DE ARMA DE FUEGO. LESIONES DE NATURALEZA ESENCIALMENTE MORTAL.”* Esta persona que llegó a medicina legal para procedimiento de necropsia fue reconocida el día 29 de mayo de 2007 por la señora Nancy Beatriz Valencia Montoya como sus sobrino DARWIN ESTEBAN CARMONA MONTOYA

C.C.1.017.162.801 de 25 años de edad y habitante de la calle en el sector Tejelo de la ciudad de Medellín.

Igualmente, se aportó informe pericial de necropsia N°2007010105001000841 del 27 de mayo de 2007 realizado por la Dra. Maria Victoria Pérez Salazar en el cual se consignó que se trata de una persona de sexo masculino entre los 35 y 40 años de edad que se evidencia con heridas por proyectiles de arma de fuego en su piel y faneras, cuero cabelludo, torax, abdomen y avulsión en codo derecho concluyendo que: *“la muerte de NN masculino 35/40 años de edad aparente fue consecuencia natural y directa del CHOQUE TRAUMÁTICO POR HERIDAS MÚLTIPLES CON PROYECTIL DE ARMA DE FUEGO. Lesiones de naturaleza esencialmente mortal.”*

En el análisis de estos elementos se estaría frente a la muerte de tres personas en combate con el Ejército Nacional bajo una orden legal de operaciones que requería la protección de la población civil, la observación de los derechos humanos y aplicación del Derecho Internacional Humanitario; no obstante, hay otros elementos que dan cuenta de lo que realmente sucedió ese 26 de mayo de 2007 en el sector La Palma del Barrio San Cristóbal de Medellín; sino, mírese como el señor **JUAN DAVID GUTIÉRREZ ZAPATA** rindió interrogatorio el día 8 de agosto de 2014 en compañía de su abogada defensora, renunciando a su derecho a guardar silencio e indicando que:

*“Yo ingresé al Ejército el 21 de febrero de 2006 como soldado regular en el batallón Pedro Nel Ospina, presté servicio militar por 23 meses, siempre en ese batallón, mis superiores fueron varios, entre ellos y para el día de los hechos el comandante del pelotón era el teniente Marín y le seguía el cabo Jiménez. Acerca de los hechos de la vereda La Palma del 26 de mayo de 2007 en el corregimiento San Cristóbal de Medellín donde el Ejército dio de baja a tres personas y el comandante Marín Quintero, debo indicar que ese día el teniente Marín dio la orden al cabo Jiménez de hacer patrulla en San Cristóbal, nos dijo lo que íbamos a hacer, nosotros estábamos en la base que quedaba en Robledo, cuando formamos el teniente Marín nos dijo que lo esperaríamos en el lugar donde dimos las bajas, que íbamos a dar unos resultados que lo esperaríamos allá. El solo dijo que lo esperaríamos. Nosotros nos desplazamos hacia el lugar y como ya sabíamos lo que íbamos a hacer disparamos, pero no se cómo llegaron las personas que dimos de baja, pero yo vi dos personas de civil, **YO DISPARÉ CONTRA ESAS PERSONAS (min 08:50) PORQUE LA ORDEN DEL TENIENTE ERA DAR RESULTADOS, CUANDO LES DISPARAMOS NO NOS ESTABAN ATACANDO, NO LES VI ARMAS, NI QUE ESTUVIERAN HACIENDO ALGO ILEGAL. DESPUÉS DE DAR MUERTE A ESAS PERSONA PRESTAMOS***

SEGURIDAD Y EL TENIENTE MARÍN SE DEDICÓ A MAQUILLAR LA ESCENA, ES DECIR PONERLE LAS ARMAS, PERO YO NO SE MAS NADA PORQUE ESTABA PRESTANDO SEGURIDAD, NO SE COMO LO MAQUILLARON. Después de prestar seguridad ese día llegó el CTI para hacer el levantamiento, a nosotros nos llevaron al bunker para la declaración. Yo también declaré en la Justicia Penal Militar pero yo dije en esa oportunidad que fue en combate, pero eso no era verdad. Manifesté que había sido un combate porque el capitán Marín nos formó para dar resultados y a mi por haber participado en esos resultados me dieron 10 días de permiso, solo eso. Las personas que dimos baja no se de dónde provenían, ni se que ganaban los superiores con esas bajas. A las víctimas les encontraron dos pistolas y una escopeta, pero no tuve conocimiento de esas armas, antes de las bajas no las vi, ni se como se las pusieron a las víctimas. Yo recuerdo que las personas cuando llegaron, ya nosotros sabíamos que íbamos hacer, pero no tengo conocimiento de donde están las otras personas.”

Igualmente el día 8 de agosto de 2014 en diligencia de interrogatorio a JOSÉ TOMÁS JIMÉNEZ YEPES, quien también participó en el operativo donde se dieron de baja tres personas y que fungía como comandante de escuadra informó lo siguiente:

*“En el Corregimiento San Cristóbal en la vereda La Palma, ese día ya el teniente Marín Quintero Luis Gabriel nos reunió y nos dijo que íbamos a hacer, es decir, dar unos resultados en la vereda La Palma, dijo que escogiera soldados y lo esperaríamos allá, escogí los soldados, entre ellos **JUAN DAVID GUTIÉRREZ ZAPATA** y les dije que íbamos a dar unos resultados, como a las doce de la noche llegó el teniente con los que dimos muerte y otros señores que no sé quiénes eran porque el teniente era el que coordinaba todo y llevó la gente. Cuando llegó ya nosotros sabíamos que íbamos a hacer y empezamos a disparar, ya el con los otros señores se encargaron de maquillar la escena, lo que nosotros hicimos después fue prestar seguridad y ellos maquillaron la escena. En esa época yo era cabo tercero y me daban mando de una escuadra y el teniente Marín era mi superior. El nombre del pelotón no lo recuerdo. Cuando recibí orden de teniente Marín, el me dijo que escogiera los soldados que estaban libres, yo los escogí y el teniente habló con ellos, es decir, que íbamos a dar resultado, ellos también lo sabían. Nosotros estábamos en una base por el sector de Robledo y nos desplazamos a pie, ya nosotros conocíamos el sector. El teniente Marín se presentó con unas personas, todos llegaron de civil, pero no se si pertenecían al Ejército o no, después de eso yo no volví a ver a esas personas, tampoco sabía la procedencia de las personas*

que dimos de baja; ellos llegaron y nosotros simplemente disparamos. Los 3 que llegaron les dimos de baja, posteriormente realicé declaración en el Juzgado del Batallón, allá dijimos que había sido producto de un enfrentamiento armado, ya que, el teniente nos orientaba que debíamos decir ante las autoridades. Respecto a las armas que le colocaron a las víctimas, lo único que sé es que los que llevaron a los señores también llevaron las armas.”

Relatos que evidencian lo realmente ocurrido ese día 26 de mayo de 2007, contrario al informe que se había presentado con ocasión de la misión táctica “Nº040 MAZO”.

Dado lo anterior, recuérdese que el Artículo 135 del Código Penal que define y sanciona el homicidio en persona protegida, es el desarrollo normativo a las obligaciones Internacionales adquiridas por el Estado Colombiano, que dimanen directamente de los Convenios de Ginebra, más exactamente el Artículo 3º común y el Protocolo II adicional de ellos.

El Derecho Internacional Humanitario, entendido como el derecho de la Guerra, lo que pretende es humanizar la misma y sembrar un mínimo de reglas que las partes enfrentadas deben respetar, o como lo define el Dr. Rodrigo Uprimny Yepes, es el conjunto de normas consuetudinarias y convencionales que con el fin de solucionar los problemas humanitarios se aplican a los conflictos armados internacionales y no internacionales; normas que limitan los medios y métodos de combate utilizados por las partes contendientes y protegen a las personas que no participan en las hostilidades o por alguna razón, dejaron de participar.

El Derecho Internacional Humanitario a su vez se alimenta de principios, por lo que se constituyen en criterios de optimización en la interpretación de los derechos en juego, que a saber son: Distinción, Limitación, Proporcionalidad, inmunidad de la población civil y no reciprocidad.

Para el caso concreto, haremos énfasis en los principios de distinción e inmunidad a la población civil.

El primero, establece que si la guerra lo que pretende o busca es debilitar militarmente al enemigo, no tiene por qué afectar a quienes no combaten, ya sea porque nunca han empuñado las armas (población civil), ya sea porque han dejado de combatir (enemigos desarmados), puesto que ellos no constituyen potencial militar. De igual manera, las

hostilidades no tienen por qué dirigirse hacia bienes que no estén involucrados en el conflicto bélico, por lo que este criterio de optimización en la interpretación, lo que busca es que se diferencia entre combatientes y no combatientes, entre civiles y objetivos militares, y en consecuencia las hostilidades solo podrán dirigirse contra combatientes y objetivos militares.

El segundo principio, radica en que los civiles que no participen directamente en las hostilidades no pueden ser objeto de ataque.

A partir de esos dos principios es que surge claramente cuáles son las personas y bienes protegidos por el DIH, y que se identifican plenamente en el parágrafo del Art. 135 del C.P.

En ese orden, en los casos de conflicto armado Internacional o no Internacional, el DIH está regulando la actividad de las partes contrincantes para que respeten y se abstengan de atentar contra esas personas o bienes que no son objetivo militar.

Ahora, para poder establecer la aplicabilidad del DIH en Colombia, lo primero que hay que determinar es si cumplen los parámetros internacionales para considerar que existe un conflicto armado interno.

Para ello, es necesario remitirnos al ámbito de aplicación material del protocolo II adicional a los convenios, que regula lo relacionado con el conflicto interno, el que en su artículo 1º establece los requisitos de aplicación:

- a. Existencia de un conflicto armado interno
- b. En el territorio de la parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas disidentes o grupos armados organizados;
- c. que opere bajo la dirección de un mando responsable;
- d. que se ejerza sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas.

Esos presupuestos se cumplen para el Caso Colombiano, de allí que el Tribunal de Cierre en Materia penal, haya aceptado la existencia del conflicto no internacional, al considerar:

“De lo expuesto se colige que aunque la conceptualización de conflicto no internacional es compleja y los gobiernos tienden a no aceptar su existencia; se está ante uno de esa naturaleza cuando los rasgos de un conflicto internacional se presentan en el territorio de un Estado al verificarse elementos tales como: (i) enfrentamiento entre partes, ya sea fuerzas armadas gubernamentales y disidentes, o las primeras frente a insurrectos organizados; (ii) un mando responsable, sin que implique una organización “tradicional” militar sino una suficiente para llevar a cabo operaciones militares calificadas, y con la posibilidad de imponer una disciplina; (iii) un control del territorio, sin que sea relevante la porción o permanencia, solo un control “tal” que le permita servir el Protocolo y realizar las operaciones; (iv) el carácter sostenido y concertado de las operaciones militares está lejos de coincidir con lo permanente –duración– o esporádico pero, eso sí, unido a la forma de ser organizado, ordenado y preparado; y (v) capacidad de aplicar el Protocolo, lo que no indica que en efecto ello sea constante, sino que se tenga la capacidad, ya que se posee la estructura para hacerlos.

La realidad Colombiana es evidente, existe un conflicto no internacional, y para ello no se requiere la manifestación expresa del Gobierno, pues el conflicto es un hecho y no una declaración”(Sentencia del 23 de marzo de 2011, radicado 35.099, M.P. Dr. Augusto Ibáñez Guzmán)

Pues bien, del marco fáctico en el que se sucedieron los hechos no queda la menor duda que la normativa aplicable es la correspondiente al DIH, en razón a que el Soldado Regular **JUAN DAVID GUTIÉRREZ ZAPATA**, pertenece o integra la Fuerza Militar Gubernamental, a la cual le es predicable la observancia plena de la Normatividad en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, que fue grotescamente omitida, con la finalidad de cumplir objetivos trazados por los mandos en cuanto a resultados operacionales; por lo tanto, es autor de la conducta punible de homicidio en persona protegida en las personas DARWIN ESTEBAN CARMONA MONTOYA, GABRIEL MAURICIO ZAPATA GEORGE y un N.N. por hechos acaecidos del 26 de mayo de 2007.

De esta manera, se reitera que su tipificación es en homicidio en persona protegida y para ello el Juzgado adopta los razonamientos de la sentencia 36460 del 28 de agosto del año 2013 M.P. María del Rosario González que manifestó: *“no hay duda que la oprobiosa práctica de los llamados falsos positivos en virtud de la cual miembros de las Fuerzas Armadas causan la muerte a ciudadanos inermes ajenos al conflicto armado en cuanto carecen de la calidad de combatientes por no formar parte de los grupos institucionales y no institucionales involucrados en la contienda interna y participar de la misma, para*

después mostrarlos ante la opinión pública y sus superiores como bajas del grupo armado ilegal en supuestos escenarios de combate y a partir de ello obtener beneficios como permisos, felicitaciones en la hoja de vida o ascensos, se encuentra íntimamente ligado con el conflicto armado interno pues es esta la condición necesaria para que tengan lugar tales desmanes.

Adicionalmente porque tales desmanes no solamente tienen como finalidad obtener esos beneficios administrativos o de permiso, sino, adicionalmente tiene una tendencia de mostrar una efectividad en la lucha o en el conflicto que se tiene, que realmente no sucede; y dentro de esa efectividad y afán de dar positivos lamentablemente la organización estatal a través del Ejército nacional se convierte en un escuadrón de la muerte.”

De esta manera, encontramos que para este caso específico sí se reúne lo correspondiente al mínimo probatorio que se requiere para poder establecer la tipicidad de la conducta que ya ha sido analizada y adicionalmente establecer que el señor **GUTIÉRREZ ZAPATA** es coautor del concurso homogéneo de tres homicidios en persona protegida; además que la tipificación del delito de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego de uso personal también se da en este caso, sobre todo si se tiene en cuenta que para presentar un informe en el cual se simuló un combate los participantes de la operación debieron ubicar armas y munición cerca de los occisos siendo aptas para los que se diseñaron según informe de balística del 20 de junio de 2007 y que fueron disparadas para hacer más creíble la versión de un enfrentamiento militar; fue así como se hallaron en el lugar de los hechos un arma de fuego tipo pistola marca FEG calibre 9mm con número serial G09249 y grabado made in Hungary, con un proveedor para el mismo calibre; un arma de fuego tipo pistola marca Browning, calibre 9 milímetros de funcionamiento semiautomático con grabado FABRIQUE NATIONALE DARMES DE GUERRE HERSTAL-BELGIQUE BROWNING'S PATENT DEPOSE con un proveedor para el mismo calibre y un arma de fuego tipo escopeta remington calibre 12 mm, con número de identificación X308382. Armas y munición que según el Decreto 2535 de 1993 son de uso personal, pero para su porte o tenencia debe existir el permiso correspondiente, por lo que también deberá responder por el delito establecido en el artículo 365 del Código Penal.

En cuanto a la antijuridicidad, se tiene la afectación al bien jurídico de la seguridad pública y el de primordial importancia como lo es el D.I.H., pero igualmente debe tenerse en cuenta que la actividad a través de la cual se está desplegando una actividad como agente del Estado, es decir, la Fuerza Pública, resulta altamente nocivo y de gran impacto para la población, porque la sociedad en quien puede creer si no es en los propios agentes, máxime cuando se encuentran uniformados, además no puede olvidarse que el uniforme es un símbolo a través del cual se le dice a la ciudadanía que hay presencia del Estado y a

través de esa presencia es que se va a evitar la afectación de bienes jurídicos tutelados; pero sorprende que precisamente a través de ese símbolo es que se afecta a la población civil y se producen las diferentes conductas punibles que afectaron el D.I.H.

Lo referente a la culpabilidad es una persona imputable que tiene capacidad de comprender y determinarse conforme a las normas de determinación, luego sobre ese punto no hay necesidad de mayor profundización y respecto al juicio de reproche, claramente se encontraba él no solamente en condiciones para haber obrado de la forma como debía ser, el deber ser del servicio público, porque se encontraba preparado para ello, había recibido la capacitación por parte del Estado para realizar y emprender las actividades que la constitución le imponían, de suerte que frente a la culpabilidad el juicio de reproche es máximo.

En consecuencia, dado que no concurre ninguna circunstancia de atenuación punitiva o eximente de responsabilidad, se hace acreedor del reproche penal que el legislador ha establecido para quienes contravienen las disposiciones penales, que no es otro que la imposición de la pena contemplada para los tipos penales por el que es llamado a responder, cuya responsabilidad de manera libre y voluntaria la aceptó.

6. Individualización de la pena

Dentro del traslado previsto en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, que permite a las partes la posibilidad de aludir a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del declarado responsable, así como a la posible concesión de beneficios o subrogados, tanto la fiscalía como la defensa y el delegado del Ministerio Público manifestaron que debido a que no proceden beneficios y subrogados por ausencia del requisito objetivo, no se refieren a los mismos y no hacen petición alguna.

Siendo así, la sanción punitiva a imponer será la pactada por las partes expresamente en el preacuerdo aprobado por el Despacho, el cual no denota transgresión alguna al principio de legalidad, máxime que el artículo 3 de la Ley 890 de 2004 incorporó un último inciso al artículo 61 del estatuto de las penas, según el cual el sistema de cuartos no tiene lugar en aquellos eventos en que se han llevado a cabo acuerdos o negociaciones. Así mismo, se respetaron las reglas que para determinar la pena, en caso de concurso establece el artículo 31 del Código Penal.

Por lo anterior, sin mayores consideraciones se impondrá al señor **JUAN DAVID GUTIÉRREZ ZAPATA** la pena de **DOSCIENTOS SESENTA Y UN (261) MESES DE PRISIÓN, MULTA DE TRES**

MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE PUNTO NOVENTA Y NUEVE (3.999,99) S.M.L.M.V E INHABILITACIÓN PARA EJERCER DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS POR UN TÉRMINO DE CIENTO CINCUENTA (150) MESES.

7. Subrogados y mecanismos sustitutos de la pena

En este punto, lo primero que se anotará es que las figuras sustitutivas de la ejecución de la pena y de la prisión domiciliaria contenidas en el Código Penal, fueron modificadas por la Ley 1709 de 2014, la cual flexibilizó los requisitos para su concesión, sin embargo, es necesario advertir desde ya que no procede la concesión de los mismos para el procesado ni bajo la normatividad anterior y tampoco lo resulta con la actual.

Esto por cuanto si en este caso fuera aplicarse la Ley 599 de 2000 sin la modificación introducida por la Ley 1709 de 2014, no habría lugar a la concesión de ninguno de los institutos por ausencia del requisito objetivo. Mírese que el artículo 63 Código Penal, parte del presupuesto de la imposición de una pena de 36 meses de prisión y la impuesta supera con creces ese quantum, en igual sentido el artículo 38 del Código Penal exige que el delito consagre una pena mínima de 5 años y el punible por los que se les condena tienen una pena mínima de 40 años de prisión.

De otro lado, tampoco podrían concederse los subrogados al amparo de la Ley 1709 de 2014, pues aunque se diera el factor objetivo, tanto los artículos 29 como el 23 de esa normatividad establecen que no habrá lugar a la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni a la prisión domiciliaria cuando se trate de uno de los delitos que consagra el artículo 32 de esa ley que modificó el artículo 68^a de la Ley 599 de 2000 y al revisar el listado de delitos respecto de los cuales el legislador realizó previamente una valoración abstracta de gravedad *encontramos los delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario*, de allí que no hay lugar a la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni a la prisión domiciliaria.

Además, es importante anotar que, al valorar las conductas, considera este Despacho que no es procedente conceder ningún beneficio al condenado en atención a su magnitud y gravedad, se estima **ABSOLUTAMENTE NECESARIO** el cumplimiento de la pena en centro de reclusión intramural, para de esa manera satisfacer las funciones de prevención general, retribución justa y prevención especial.

En consecuencia, deberá el procesado, descontar la pena impuesta en el establecimiento

penitenciario que para el efecto señale el INPEC, teniendo derecho a que se le abone como parte cumplida, el tiempo que llevan en detención preventiva en razón de este proceso.

8. OTRA DETERMINACIONES

Respecto al arma de fuego tipo pistola marca FEG calibre 9mm con número serial G09249 y grabado made in Hungary, con un proveedor para el mismo calibre; al arma de fuego tipo pistola marca Browning, calibre 9 milímetros de funcionamiento semiautomático con grabado FABRIQUE NATIONALE D'ARMES DE GUERRE HERSTAL-BELGIQUE BROWNING'S PATENT DEPOSE con un proveedor para el mismo calibre y un arma de fuego tipo escopeta Remington calibre 12 mm, con número de identificación X308382, se ordena el comiso definitivo a favor del Departamento de Control de Armas, de la Cuarta Brigada de la ciudad de Medellín.

Por lo expuesto, **EL JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE MEDELLÍN**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Resuelve:

PRIMERO: Declarar al señor **JUAN DAVID GUTIÉRREZ ZAPATA**, de condiciones civiles y personales reseñadas en precedencia, penalmente responsable en calidad de coautor de las conductas punibles de Homicidio en persona protegida y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones; en consecuencia, se le impone la pena principal de **DOSCIENTOS SESENTA Y UN (261) MESES DE PRISIÓN, MULTA DE TRES MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE PUNTO NOVENTA Y NUEVE (3.999,99) S.M.L.M.V A FAVOR DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA E INHABILITACIÓN PARA EJERCER DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS POR UN TÉRMINO DE CIENTO CINCUENTA (150) MESES.**

SEGUNDO: Por las razones expuestas en precedencia, el condenado no tiene derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia ni a la prisión domiciliaria, por tanto la pena impuesta se hará efectiva en el establecimiento carcelario que para el efecto determine el INPEC.

TERCERO: Una vez en firme esta decisión, las víctimas cuentan con el término de treinta (30) días para que presenten incidente de reparación integral, tal y como lo indica el artículo 106 del Código de Procedimiento Penal.

CUARTO: Una vez cobre formal ejecutoria esta decisión, se remitirá la carpeta al centro de servicios administrativos y de allí a los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad, para lo de su competencia.

QUINTO: En firme la presente decisión, expídanse las comunicaciones de rigor a las autoridades administrativas correspondientes; además, se ordena correr traslado de esta sentencia a la Dirección Ejecutiva Seccional Judicial Antioquia, Departamento de cobro coactivo para lo de su competencia, frente a la pena de multa impuesta.

SEXTO: Se ordena el comiso definitivo de las armas relacionadas en la parte motiva de esta providencia a favor del Departamento de Control de Armas, de la Cuarta Brigada de la ciudad de Medellín, en caso de que no se haya hecho.

SÉPTIMO: Contra esta decisión procede el recurso de apelación ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARÍA ISABEL ARANGO HENAO

Juez