

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
SANTA ROSA DE VITERBO

Patrimonio Histórico y Cultural de la Nación
Ley 1128 de 2007

SALA ÚNICA

RADICACIÓN:	15759-31-04-002-2008-00002-05
PROCESO:	Penal – ley 600/2000 (sin preso)
PROVIDENCIA:	Sentencia segunda instancia
DENUNCIANTE:	DE OFICIO
SENTENCIADO:	FREDY ALEJANDRO ZAPATA DUARTE, JAIME ORLANDO PIRAGUA MILLAN, NELSON EDUARDO AYALA BAUTISTA, MELKIS LOAIZA LOAIZA, OMEL RANGEL SANTAMARIA, JORGE ARTURO ZAMBRANO Y FABIO NELSON VARGAS ALARCON.
DELITO:	Homicidio en persona protegida.
JUZGADO ORIGEN:	Segundo Penal del Circuito de Sogamoso
ACTA No.	<u>013</u>
M. PONENTE:	Dra. LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO. (Sala Primera de Decisión)

HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA-Valoración probatoria-Ausencia de pruebas-duda-Absuelve

El homicidio en persona protegida, fue incorporado a la legislación nacional a través del artículo 135 de la Ley 599 de 2000, en su Título II.-Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977-

No cabe duda que cuando se da muerte a un no combatiente implica *per se* el irrespeto al “principio de distinción”, según el cual los protagonistas de las hostilidades están obligados a distinguir entre los opositores y la población civil, manteniendo al margen de sus operaciones a éstos últimos, principio además que gobierna la regulación de los conflictos en el marco del DIH. Es preciso advertir que cuando las personas civiles o fuera de combate asumen una participación directa en las hostilidades, pierden las garantías provistas por el principio de distinción aquí señalado.

De entrada es preciso señalar que respecto al fallecimiento de los señoresXXXXX, recae el debate respecto a su condición de civiles o si por el contrario eran milicianos del grupo de las FARC.

Valoración Probatoria. No es posible por parte de esta Corporación, tener claridad respecto a la verdadera calidad de los occisos, en el sentido de poder determinar si eran o no milicianos que intervinieron activamente en el combate que se suscitó con tropas del ejército el día 8 de mayo de 2004. Sumado a ello, se tiene que si en gracia de discusión se dijera que eran milicianos del grupo de las FARC y que ese día empuñaron las armas contra el Ejército Nacional, aún queda por discutir y esclarecer, si tal como refiere el menor Santiago Verdugo, al salir de la casa con las manos en alto, los sigue amparando el Derecho Internacional Humanitario, tal como quedó reseñado previo a estas consideraciones, en punto del principio de distinción ya mencionado.

Estas imprecisiones son las que dan lugar a la persistencia de la duda respecto a la responsabilidad de la conducta que se atribuye a los uniformados que pertenecían a la brigada especial del batallón Tarqui que adelantó la operación EFICACIA UNO.

Por parte del grupo de balística forense del instituto nacional de medicina legal se acreditó en todos los cadáveres heridas causadas a larga distancia por arma de fuego, que descarta de plano la versión de haber sido rematadas por la ráfaga de un fusil a corta distancia. En cuanto al lugar en el que se encontraba al momento de arribar el Ejército a su casa también existen serias contradicciones.

De ahí la importancia de la prueba técnica de la que se duele esta Sala, que hubiese establecido el tipo de bala que se alojó en los cuerpos de las víctimas o los análisis a las balas y las armas que estaban asignadas a los uniformados aquí procesados, con ese mismo propósito.

En síntesis, la Sala estima que las pruebas acopiadas no permiten descartar la posibilidad de que los señores xxxx hayan atacado con armas de fuego a los uniformados que participaron en la operación EFICACIA UNO, ni que ellos hayan salido en rendición o buscando protección del Ejército Nacional, por ende, surge la existencia de una duda razonable que necesariamente debe resolverse a favor de

los procesados; incertidumbre que aflora en todo caso, aun desde otra perspectiva en el evento de admitirse en gracia de discusión que lo ocurrido fue un homicidio en personas protegidas y no un combate entre el Ejército Nacional y la Guerrilla de las FARC.

Lo anterior, porque no existe en la actuación elemento probatorio alguno que permita atribuir en tal evento dicho resultado a uno de los procesados o a todos ellos a título de dolo, máxime ante la ausencia de todo móvil para delinquir que hubiese dado fuerza a la tesis del ente acusador, por lo que se puede concluir que la duda se mantiene y se erige como el camino sobre el que se ha de tomar decisión de confirmar la decisión de primera instancia.

Lo que aflora de este análisis, es la duda persistente frente a las condiciones exactas en que se dio el combate entre el Ejército y guerrilleros de las FARC, duda respecto a la participación activa de las víctimas en el mismo, duda respecto a quién exactamente disparó contra ellos y los motivos por los cuales se llevó a cabo ese fatal acto. Se itera, no existen los elementos suficientes para determinar más allá de toda duda y con la certeza necesaria para atribuir la correspondiente responsabilidad de los hechos aquí investigados.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
SANTA ROSA DE VITERBO

Patrimonio Histórico y Cultural de la Nación
Ley 1128 de 2007

SALA ÚNICA

Febrero, doce (12) de dos mil dieciséis (2016).

RADICACIÓN:	15759-31-04-002-2008-00002-05
PROCESO:	Penal – ley 600/2000 (sin preso)
PROVIDENCIA:	Sentencia segunda instancia
DENUNCIANTE:	DE OFICIO
SENTENCIADO:	FREDY ALEJANDRO ZAPATA DUARTE, JAIME ORLANDO PIRAGUA MILLAN, NELSON EDUARDO AYALA BAUTISTA, MELKIS LOAIZA LOAIZA, OMEL RANGEL SANTAMARIA, JORGE ARTURO ZAMBRANO Y FABIO NELSON VARGAS ALARCON.
DELITO:	Homicidio en persona protegida.
JUZGADO ORIGEN:	Segundo Penal del Circuito de Sogamoso
ACTA No.	<u>013</u>
M. PONENTE:	Dra. LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO. (Sala Primera de Decisión)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía Tercera Delegada para asuntos de derechos humanos y por el procurador judicial 216 en su calidad de representante del ministerio público contra la sentencia proferida el 19 de diciembre de 2012, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Adjunto de Sogamoso.

1. HECHOS

El día 08 de mayo de 2004 en la vereda Cirguazá sitio mundo nuevo, límites entre los municipios de Labranzagrande y Mongua, dentro de la operación “EFICACIA 1” adelantada por la tropa del pelotón especial Apocalipsis adscrito al batallón de

artillería Tarqui de Sogamoso, el grupo de uniformados procesados y algunos más pertenecientes al batallón Tarqui de Sogamoso, arribaron a la casa de habitación del señor ALEJANDRO VERDUGO donde presuntamente se encontraba un cabecilla de finanzas del frente 38 de las FARC, conocido con el alias de ARLEY, cuando se disponían a hacer el registro del inmueble, hubo intercambio de disparos encontrando después que cesara el combate, los cadáveres de 7 personas, cuatro fusiles AK-47 y M-16 así como 2 revólveres y 1 pistola, radios de comunicación, una lista de empresas extorsionadas de Sogamoso y material ANFOR para explosivos.

El relato de uno de los menores que vivía en dicha casa, da cuenta que vio cómo su madre MARIA ANA AIRE NIÑO VARGAS y su hermana ELIZABETH VERDUGO NIÑO, quienes salieron con las manos en alto, fueron muertas por un soldado. También refiere como los soldados le dispararon a la señora ELVIA COLMENARES FERNANDEZ que se encontraba lavando ropa así como al señor MIGUEL GUATIBONZA GUTIERREZ, quien aparentemente había sido invitado momentos antes a tomar guarapo, afirmando además que los guerrilleros no salieron de la casa durante el tiroteo.

Por tal situación, mediante providencia de septiembre 3 de 2007, la Fiscalía 15 de la UNDH y DIH, profirió resolución de acusación contra de FREDY ALEJANDRO ZAPATA, JAIME ORLANDO PIRAGUA MILLAN, NELSON AYALA BAUTISTA, MELQUIS LOAIZA LOAIZA, OMEL RANGEL SANTAMARIA, JORGE ARTURO ZAMBRANO Y FABIO VARGAS ALARCON, todos ellos miembros del Ejército Nacional en calidad de coautores del concurso homogéneo y sucesivo del delito de homicidio en persona protegida contenido en el art. 135 del Código Penal y del que fueran víctimas MARIA ANA AIRE NIÑO VARGAS, ELIZABETH VERDUGO NIÑO, ELVIA COLMENARES FERNANDEZ Y MIGUEL GUATIBONZA GUTIERREZ.

2. SENTENCIA IMPUGNADA

Mediante providencia del 19 de diciembre de 2012, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Adjunto de Sogamoso, resolvió absolver a los señores Teniente FREDY ALEJANDRO ZAPATA, Sargento Primero JAIME ORLANDO PIRAGUA MILLAN y los soldados profesionales NELSON AYALA BAUTISTA, MELQUIS LOAIZA LOAIZA, OMEL

RANGEL SANTAMARIA, JORGE ARTURO ZAMBRANO Y FABIO VARGAS ALARCON del delito de homicidio en persona protegida¹.

Para arribar a esa conclusión, el Juzgado de primera instancia primero se ocupó de establecer la calidad de personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario de las víctimas, considerando los elementos de prueba con que se cuenta, tales como las declaraciones recaudadas a lo largo del trámite investigativo de las que se pudo concluir que aquellas personas que se encontraban en la casa, entre ellos integrantes de las FARC, al advertir la presencia del Ejército Nacional, optan por emprender fuego produciéndose un enfrentamiento sin poder establecerse con exactitud que los señores María ANA AIRE NIÑO, ELIZABETH VERDUGO NIÑO, ELVIA COLMENARES FERNANDEZ Y MIGUEL GUATIBONZA hayan tomado parte activa de las hostilidades. Respecto de las demás víctimas, quedó establecido que sí eran miembros del grupo subversivo.

Le imprime acierto y veracidad a las versiones de los uniformados en el sentido que al encontrar los cadáveres al momento del registro, todos tenían en su poder armas tales como fusiles y armas cortas, lo que sería indicativo que todos los que se encontraban en la vivienda habrían tenido participación activa en el enfrentamiento, aunado al hecho que la fiscalía no tomó la prueba de absorción atómica a los cadáveres y tampoco fueron objeto de estudio los proyectiles hallados en los cuerpos sin vida para verificar su procedencia.

Refiere que si bien existen declaraciones de familiares y vecinos del sector donde residían las víctimas en el sentido de afirmar que no pertenecían a ese grupo subversivo y que tan solo eran campesinos de la región, al confrontarlas con los demás medios probatorios quedan sin sustento alguno, no logrando demostrar sin asomo de duda que el día del enfrentamiento no hubiesen tenido participación activa pues en reiteradas oportunidades, ese frente del grupo subversivo, había arribado a la vivienda de don ALEJANDRO VERDUGO y por esa razón, la señora MARIA ANA AIRE NIÑO se encontraba tranquila con su presencia al punto de mantenerse en el lugar con los menores de edad. así mismo, que existen declaraciones de guerrilleros desmovilizados pertenecientes al programa de

¹ F. 1261 C. 11

reinserción, tales como OVIDIO FERNANDEZ GARCIA, NIXON OVIDIO PINTO, ROBINSON CHAPARRO (alias PITERLI), quienes son claros en señalar a las víctimas como colaboradores permanentes de ese grupo guerrillero, incluso a sus familiares y a algunos que han declarado en el proceso, afirmando lo contrario. Existe además informe de inteligencia del Ejército Nacional señalando al señor MIGUEL GUATIBONZA como auxiliador de la red de apoyo del frente 56 de las FARC.

Que la incertidumbre pudo haber sido despejada con la declaración del menor SANTIAGO VERDUGO NIÑO, testigo presencial de los hechos, de no ser por las múltiples inconsistencias que presenta, las cuales le han ido restando credibilidad pese a que existe un dictamen de medicina legal respecto al estado psicológico del menor indicando que no se evidencia presencia de mitomanía, sin que ello quiera decir que no pueda haber mentido en sus declaraciones. Cuestiona la versión del menor en el entendido que a la luz de la sana crítica y de la lógica, no se trata de un relato objetivo indicar que los militares irrumpieron a la vivienda permitiendo que el niño observara las muertes y ya cuando han cesado los disparos le permiten que se marche sin importar el riesgo que eso acarrearía para la fuerza pública, además si los soldados dejaron a los menores en un corral para protegerlos del fuego, como se explica que dejen a uno de ellos expuesto a los disparos tanto del ejército como de la guerrilla, aunado a que considera ilógico que indique el menor que observó todas las muertes ocasionadas por un solo soldado, si se encontraba en posición contra el suelo boca abajo, que no le permitía ver hacia atrás donde se encontraba su mamá ni mucho menos al lugar donde se encontraban MIGUEL GUATIBONZA y MARIA ELVIA.

En consecuencia, al generarse duda, sería improbable señalar que se reúnen las condiciones normativas del tipo penal de homicidio en persona protegida por lo que fue necesario absolver en su favor, prosiguiendo el análisis respecto del delito de Homicidio que trata el art. 103 del C.P.

Refiere que en cuanto a la responsabilidad de cada uno de los involucrados, no se observa señal o ánimo de encubrimiento o interés de faltar a la verdad para reflejar cosas contrarias a la realidad de lo ocurrido, imprimiéndoles credibilidad por lo que se pudo develar que la intención o motivación de los soldados no iba

encaminada a lograr otro objetivo que el encomendado en su misión táctica, lo que se vio afectado por el recibimiento del grupo subversivo que se hallaba en la vivienda directamente al grupo que comandaba el sargento PIRAGUA.

Concluye señalando que como hasta ese momento no hay elemento alguno que permita desvirtuar lo dicho por los aquí investigados, fue necesario declarar que la conducta típica adelantada por los procesados estuvo justificada al configurarse tanto los requisitos objetivos como subjetivos para arribar a tal conclusión, en el entendido que estaban desarrollando una actividad propia de sus cargos, como lo era combatir grupos armados al margen de la ley, restableciendo el orden constitucional, acorde a lo dispuesto en el artículo 32 numeral 3 del código penal.

3.- DE LA IMPUGNACIÓN

Inconformes con la aludida decisión, el representante de la Fiscalía General de la Nación y de la Procuraduría General de la Nación, interpusieron recurso de apelación, con fundamento en los siguientes argumentos:

3.1 FISCALIA GENERAL DE LA NACION.

Hace referencia a los instrumentos internacionales que protegen el derecho a la vida y normas y principios del derecho penal humanitario en el entendido que dentro del conflicto armado interno que padece Colombia, muchas de las conductas que atentan o amenazan los derechos humanos, constituyen infracciones al derecho internacional humanitario.

Refiere que el aspecto material de la conducta que se investiga, se encuentra acreditado suficientemente con pluralidad de medios de prueba tales como acta de inspección a cadáver, protocolos de necropsia, registros civiles de defunción así como testimonios que acreditan la presanidad de las víctimas.

Que los testimonios de los menores ALEJANDRO y CARDENIO VERDUGO, quienes se encontraban en el lugar de los hechos, dan cuenta que los hechos no sucedieron como lo señalaron los uniformados, afirmando que la muerte de esas personas se dio en estado de indefensión. Igualmente, que los familiares de las

cuatro víctimas acreditan que en esa zona había presencia miembros de grupos al margen de la ley quienes pernoctaban en las casas del sector así sus moradores se opusieron, informando que el día anterior habían llegado a la casa de la familia VERDUGO NIÑO 4 integrantes de las FARC.

Señala que todas las probanzas apuntan a señalar que MARIA ANA AIRE NIÑO VARGAS, ELIZABETH VERDUGO NIÑO, ELVIA COLMENARES FERNANDEZ y MIGUEL GUATIBONZA GUTIERREZ, quienes fueron dados de baja al exterior de la vivienda, eran campesinos, las dos primeras madres de familia dedicadas al cuidado de sus menores hijos y las otras dos quienes coincidentalmente el día de los hechos se encontraban en la vivienda.

Indaga del por qué si los antes citados ostentaban la calidad de guerrilleros o auxiliares como lo pone en tela de juicio la Juez de conocimiento, estas personas salieron a campo abierto para quedar expósitos frente a las armas de los efectivos, cuando las normas de la experiencia y el sentido común nos indicarían que en esas condiciones habrían tomado posiciones de enfrentamiento para responder al ataque de los uniformados. A esto señala que no eran subversivos y por ello salieron desprevenidos a campo abierto porque muy seguramente pensaron que los uniformados los iban a proteger como era su deber legal.

- No comparte el argumento del a-quo según el cual existe un manto de duda acerca de la actividad que realizaban las cuatro víctimas y que se afirme que eran auxiliares de la guerrilla, hecho que no se encuentra demostrado salvo en el informe de inteligencia sin confirmar donde aparece registrado el nombre de MIGUEL GUATIBONZA como auxiliador del frente 56 de las FARC así como el registro fotográfico donde se observa a ELIZABETH VERDUGO NIÑO, años atrás con un arma de fuego en sus manos. Estas circunstancias por si solas no demuestran militancia o simpatía por el grupo insurgente.

Refiere que la declaración del menor SANTIAGO VERDUGO NIÑO narra claramente cómo se dieron los hechos aquí investigados en versión completamente diferente a la de los uniformados, versión que tiene respaldo probatorio, no solo en la prueba testimonial de ALEJANDRO VERDUGO y su hijo CARDENIO VERDUGO sino también en la prueba documental y pericial

practicadas en el curso de la instrucción , entre las que destaca el álbum fotográfico No. 349, construido a partir de las versiones de SANTIAGO y los militares acusados. También coincide con el informe No. 2005-031522-RB-GBF en donde se grafica la trayectoria de los proyectiles en los cuerpos de algunas víctimas.

-Que si la posición de los militares era la descrita en las imágenes del álbum No. 35, 38, 39, 40, 41 y 42 según la versión de ellos, no tiene explicación como desde un plano superior, según medicina legal se registra en la humanidad de MIGUEL GUATIBONZA, herida graficada como T-3 en trayectoria de abajo hacia arriba, así como en la humanidad de ELVIA COLMENARES FERNANDEZ.

Que en todos los casos señalados la gran mayoría de los impactos ingresan por la espalda, situación inexplicable si según las versiones de los uniformados, el fallecimiento se presentó en pleno combate. Que si en gracia de discusión se aceptara que hubo enfrentamiento, este no debió direccionarse contra los civiles que ya habían salido con las manos en alto buscando protección del Estado y que se corrobora con el tipo de heridas que no corresponden con las propias de un combate frente a frente.

-Otro aspecto que resalta es el resultado de necropsia de los cuerpos de MARIA ANA AIRE NIÑO, ELIZABETH VERDUGO y ELVIA COLMENARES FERNANDEZ pues allí se indicó la presencia de anillos de contusión en los orificios de entrada de los proyectiles, con lo que se puede concluir que los disparos se realizaron a larga distancia, lo que coincide con la declaración del menor según la cual le dieron muerte cuando estaban fuera de la casa y cuando salieron al patio con las manos en alto, sin ofrecer ninguna resistencia.

Que a propósito del álbum fotográfico, allí se da claridad respecto al lugar donde fue obligado a tenderse por parte de los uniformados y la percepción de los hechos que tenía desde allí, contrario a lo afirmado por la juzgadora de conocimiento al indicar que le resta credibilidad al dicho del menor porque no tenía visibilidad de la muerte de las 4 víctimas, cuando dicho álbum da cuenta que si tenía acceso a las cuatro escenas criminales.

-Que del protocolo de necropsia No. 76 se describe heridas irregulares ovales y circulares entre 0.5 hasta 2 cm en número de 50 a 60 que compromete toda la cara anterior e interna de ambas piernas y dorso de pies, secundarias a misiles primarios y secundarios por artefacto explosivo (metralla), lo que es indicativo que hubo uso de granadas que son equivalentes a misiles secundarios, cuyas huellas de esos fragmentos afectaron la vivienda y que coincide con la versión del menor SANTIAGO VERDUGO NIÑO quien dijo haber escuchado una explosión en el inmueble, distinto a lo que afirmó el sargento PIRAGUA quien afirmó que en efecto se habían lanzado granadas aunque estas fueron direccionadas hacia los sujetos que iban en huida por la quebrada, hacia la casa no se dispararon granadas.

Considera poco descabellado pensar que los militares se aprovecharon que los subversivos se encontraban en la habitación viendo televisión a alto volumen, en estado de indefensión para atacarlos y rematarlos con armas de fuego, indicando un propósito criminal amparados en su investidura militar.

-Refiere que aunque las declaraciones de SANTIAGO VERDUGO cuentan con algunas inconsistencias en lo secundario, sus dichos en los aspectos sustanciales tienen respaldo en otros medios probatorios como ya se ha señalado. Agrega que todo indica que las muertes no fueron producto de la dinámica propia de un combate, en defensa de los intereses de la nación sino en exceso de los miembros de la fuerza pública, quienes dispararon a mansalva sin percatarse que en el lugar habitaba una familia con varios menores y no todos los que allí estaban pertenecían al frente 38 de las FARC.

Que existe un indicio grave de responsabilidad en contra de los procesados en el entendido que las trayectorias de los disparos no corresponden con sus dichos ya que si hubiese ocurrido como ellos afirman, los proyectiles necesariamente habrían impactado las paredes de madera que dividen las habitaciones del inmueble y en la inspección judicial adelantada al sitio de los hechos, no fueron encontrados los orificios producidos por los proyectiles que necesariamente debieron haber impactado dichas divisiones, lo que indica que los procesados están mintiendo.

-Que el oficial ZAPATA en su indagatoria manifiesta que al llegar al sitio donde se planeó el registro, lo primero que observó fueron niños, esa situación debió llevarlo

a deducir que dentro de la vivienda podían encontrarse además de los guerrilleros, población civil que no podían ser objetivos militares, razones para que en su condición de comandante lo llevaran a tomar medidas para evitar la trasgresión del derecho internacional humanitario como finalmente sucedió, y en su calidad de comandante lo colocaba en posición de garante con deber de control, protección y vigilancia.

-Hace mención a las imprecisiones de las declaraciones de los procesados en aspectos como el clima, la visibilidad, la cantidad de granadas disparadas y el tiempo de duración del combate y cuestiona la versión del sargento PIRAGUA quien refiere que un perro ladró y alertó a las personas que se encontraban en la casa lo que no concuerda con lo dicho por el menor SANTIAGO VERDUGO quien dijo que tenían dos perros pero ellos no ladraron, que estarían durmiendo. Lo cual constituye un indicio de mendacidad (sic) en sus declaraciones.

-En cuanto a los testimonios rendidos por los desmovilizados, solicitados por la defensa, para la fiscalía resultan sospechosos y no pueden ser motivo de credibilidad en el entendido que no son consecuentes con los medios de prueba aducidos por encontrarse contradicciones en ellas en puntos tales como la supuesta “lanza de proclama” del que el mismo teniente ZAPATA adujo nunca se dio. Que esos testigos no son presenciales pues señalan no haber visto el supuesto combate solo que escucharon el accionar de las armas por lo que no se puede concluir inequívocamente que se presentó combate y extraño resulta que afirmen que al ver el ejército huyeron del lugar cuando lo lógico, según ella, es que repelieran el ataque y protegieran a uno de sus comandantes alias ARLEY y sus demás compañeros que se encontraban en esa casa, por lo que se aprecia interés marcado tendiente a favorecer a los militares que integraban el pelotón apocalipsis.

Cuestiona que el despacho de primera instancia le haya otorgado un ponderado éxito e indiscutible legitimidad a las declaraciones de los desmovilizados y le haya restado total credibilidad a los testimonios de los habitantes de la región y del mismo menor SANTIAGO VERDUGO, cuando medicina legal afirmó que sus declaraciones son “confiables y se ciñen a la realidad”.

-Que la Fiscalía imputa a los procesados la calidad de coautores impropios no por el hecho de pertenecer al grupo de contraguerrilla apocalipsis, sino por su participación directa y mancomunada en los hechos investigados, actuando bien por orden de uno de ellos o por quien comandaba la acción delictual, pero en todo caso, ejecutaron un comportamiento fuera de la ley en virtud que se causó un daño a un derecho fundamental y resaltando que cada uno actuó porque esa fue su propia disposición.

Por estos argumentos solicita la revocatoria de la sentencia absolutoria emitida en segunda instancia para en su lugar declarar a los procesados, responsables del delito de homicidio en persona protegida.

3.2 PROCURADOR JUDICIAL PENAL

En su recurso de apelación, se refiere a la duda respecto a la calidad de campesinos de las víctimas y que en declaración del menor SANTIAGO VERDUGO siempre se manifestó que cuando empezaron los disparos dichas personas salieron con brazos en alto, en señal de rendición y que sin embargo un soldado les disparó y las mató. Y que en el caso de los civiles ELVIA COLMENARES y MIGUEL GUATIBONZA, la primera estaba lavando ropa en el lavadero y el segundo estaba tomando guarapo en el patio de la casa y también el soldado les disparó y los mató, afirmando entonces que, para la Procuraduría, esos civiles estaban bajo el control y sometimiento de los soldados; no tenían posibilidad de agredir a los soldados por lo que el deber de ellos como miembros del ejército, era respetarles la vida, capturarlos y ponerlos a orden de la autoridad competente, atendiendo los principios del derecho internacional humanitario.

Que si en gracia de discusión se tomara a esos civiles como milicianos de las FARC, de la declaración del menor SANTIAGO VERDUGO y de las correspondientes necropsias, sin lugar a dudas se demuestra que se rindieron, que estaban indefensos y sin embargo, los soldados no les respetaron la vida.

-Sobre el relato del menor SANTIAGO VERDUGO, del que la Juez de primera instancia tomo como sospechoso, psiquiatría forense ha dicho que un menor no está en capacidad de relatar una experiencia sino es porque la ha vivido o

experimentado, señalando que ese testimonio debe ser analizado bajo las reglas de la experiencia, la sana crítica y la lógica, pero en conjunto con los demás medios probatorios y no descartarlo porque proviene de un menor de edad o porque tenga parentesco con las víctimas.

Que dicho relato ha sido reiterativo en el sentido de indicar que vio al soldado cuando le disparó a su mamá y a su hermana, como su mamá se quejaba del dolor que le produjeron los disparos y como es rematada, como su hermana se abalanza sobre su mamá y es allí donde le disparan. Resalta que dicho menor no fue presionado ni está mintiendo y que por ser menor de edad, no puede desecharse su versión.

-Que el juzgador desestima el hecho de que el menor haya manifestado que los disparos propinados a los civiles se hubieran realizado entre 10 y 20 metros, ya que el dictamen de medicina legal afirma que todo disparo presenta bandaleta o anillo de contusión y en la necropsia se evidencian en los cadáveres los referidos anillos de contusión para determinar que los disparos se hicieron a larga distancia sobre los cuerpos, precisando que larga distancia se refiere a más de un metro de distancia.

4. INTERVENCION DE LOS NO RECURRENTES.

4.1 Apoderado del señor FABIO NELSON VARGAS ALARCON

Solicita la declaratoria de desierto del recurso de apelación por no haber sido interpuesto ni sustentado en el término legal previsto para ello y en su defecto, se confirme la sentencia impugnada con base en las inconsistencias investigativas que dan cuenta de la participación de todos los occisos en el combate que se presentó el día 8 de mayo de 2004.

En cuanto a la declaración del señor TITO MANOSALVA PRIETO, presidente de la junta de acción comunal de la época, da cuenta como el grupo guerrillero de las FARC hacía presencia constante en el lugar de los hechos y compartían con los habitantes del sector, dando cuenta de la cercanía y confianza que los habitantes de esa región con los miembros de ese grupo y cuestiona el por qué ese líder

comunal, no daba aviso a las autoridades de la presencia de esos terroristas en el sector.

Que la versión del menor SANTIAGO VERDUGO NIÑO, obedece a preparación por parte de sus familiares o de los miembros del grupo terrorista que aun opera en la región, dado que se encuentran muchas inconsistencias en las declaraciones vertidas en el proceso penal, tales como manifestar que desde su posición vio cómo se daba muerte a los cuatro civiles en cuestión, cuando desde su ubicación y posición, era imposible alcanzar a divisar todos los planos, si se encontraba en un solo punto y boca abajo. Que ese testimonio nunca fue corroborado por los testigos técnicos del CTI cuando en la visita al lugar de los hechos, no se tomó por parte del perito la posición del menor SANTIAGO VERDUGO y de esta manera determinar el ángulo de visibilidad y el alcance del mismo, sino que se concluye que no se puede tener certeza de las trayectorias de los disparos por su multiplicidad sin ser posible su individualización pues el testigo no recordó con precisión las posiciones.

Además, en cada interrogatorio, da una versión diferente en cada oportunidad pues señala en una que se encontraba en el corredor, en otra que estaba en la pieza mirando televisión con los guerrilleros y en otra que estaba en el patio, por lo que se trata de declaraciones confusas y dudosas.

Que respecto de CARDENIO, él afirmó que se encontraba con los otros niños, pero el mismo CARDENIO fue claro en señalar que “salió corriendo para otra casa, observando que el ejército le disparaba”.

-Se pronuncia respecto de la sospecha en la declaración del señor ALEJANDRO VERDUGO, cuando se le pregunta por las armas que portaban los guerrilleros, él contesta no distinguirlas, pero al preguntarle por su oficio, él hace alarde de su calidad de militar y exhibe su libreta militar, dejando el interrogante de cómo, luego de haber sido militar, no es capaz de reconocer o diferenciar entre una escopeta y un revolver o entre armas largas y cortas. Y al ser indagado por el monumento levantado en memoria de los muertos caídos, que se encuentra en el patio de su casa, se disculpa asegurando que no sabe leer ni escribir y mostrando un comportamiento nervioso, indeciso y dudoso.

Así mismo, como afirmó en repetidas oportunidades que ese día de los hechos había salido temprano a buscar una medicina para su mujer que se encontraba enferma, al preguntársele sobre la clase de droga, manifiesta no saber ni conocer tampoco el médico tratante ni sustenta el por qué si ella estaba afiliada al SISBEN en Labranzagrande, se dirigía a Mongua.

- Afirma que la Fiscalía lo único que probó fue la muerte de unos terroristas pero no prueba quien los mato, máxime que los hechos ocurrieron en combate y fuego cruzado, sin establecerse a ciencia cierta a qué arma pertenece el proyectil encontrado en los cuerpos de los occisos ni a quién pertenece, incluso si esa arma homicida pertenece al Estado o por el contrario a ese grupo insurgente, haciendo referencia a una posible muerte producida por los mismos subversivos.

Ante esas incertidumbres, solicita la aplicación del principio de indubio pro reo y confirmar la absolución de su cliente.

- Refiere que en la diligencia de inspección al inmueble, se dijo que se hallaron “múltiples orificios producto de una fragmentación con dirección interna externa”. Dicha manifestación, corrobora la versión del sargento PIRAGUA cuando él afirma que “un artefacto explosivo fue detonado posiblemente por uno de los guerrilleros y el terrorista ARLEY, pudo haber disparado contra estas personas para impedir se entregaran y no dejar rastros al verse acorralado”, coincidiendo con el dictamen de necropsia respecto de las heridas irregulares por artefacto explosivo.

Que las fuerzas militares utilizan granadas las cuales en su composición química se encuentra pólvora negra, anfo, fulminantes y demás, pero en ningún momento “metralla”, la cual se conforma de vidrio, puntillas, material orgánico, etc, propio de la conformación de explosivos artesanales de estos grupos subversivos y terroristas.

-Respecto del inmueble, dice que la Fiscalía miente cuando afirma que en la inspección judicial al lugar de los hechos, no fueron encontrados los orificios producidos por los proyectiles lo que indica que los procesados están mintiendo, cosa que según él, es completamente falsa porque existen registros fotográficos y

videos que demuestran lo contrario (registro fotográfico y estudio balístico de trayectorias folios 107 a 109 c.7), pues en dichos informes se observa en imagen 06 los orificios de entrada de proyectiles y en imagen 07 huellas de proyectiles sobre los muros internos.

-En cuanto a la declaración del desmovilizado ROBINSON CHAPARRO GONZALEZ, ex integrante del frente 38 de las FARC, este es claro en señalar a cada una de las personas colaboradoras con la organización, señalando entre ellas a los señores TITO MANOSALVA (presidente junta de acción comunal y declarante en el proceso) y el señor ALEJANDRO VERDUGO (lugar de los hechos es estudio), información que es cotejable con los informes operacionales y de inteligencia del Ejército. Asegura el testigo que prácticamente tenían campamento permanente en la casa de ALEJANDRO VERDUGO y que además quien daba informes de presencia del ejército en el sector era el señor MIGUEL GUATIBONZA y da cuenta de la cercanía y familiaridad con la familia VERDUGO NIÑO, quienes incluso asistieron a una boda en compañía de alias ARLEY y otros reconocidos personajes del terrorismo.

-Agrega que a los procesados se les acusa del delito de homicidio en persona protegida cuando quedó demostrado que esas personas sí hacían parte de ese grupo terrorista, contraviniendo el derecho internacional humanitario. Hace referencia al protocolo II de Ginebra para precisar que es población civil todos aquellos que no participen directa o indirectamente en el conflicto.

-Concluye su alegato precisando que la conducta de su defendido y demás procesados es atípica y se encontraban en cumplimiento de un deber legal y de una orden legítima de autoridad competente además de estar defendiendo su propia vida ante la agresión de los moradores de la vivienda. Aunado a esto, el Estado no demostró la calidad de personas protegidas de las víctimas, por lo que solicita la confirmación de la sentencia de primera instancia en aplicación del principio del INDUBIO PRO REO

4.2 Apoderada de los señores NELSON EDUARDO AYALA, JORGE ARTURO ZAMBRANO y MELKIS LOAIZA LOAIZA.

Señala que de manera diáfana y en derecho se profirió la sentencia de absolución con base en la falencia probatoria de la fiscalía que no logró determinar la responsabilidad de los acusados, cuya contundencia y eficacia fuesen más allá de la duda razonable pues no se practicó diligencia de inspección a los cadáveres y del lugar de los hechos, no se recolectaron evidencias del mismo, no se realizó prueba dérmica para determinar residuos de disparo en aquellos.

Que el testimonio de SANTIAGO VERDUGO ofrece incertidumbre dadas las inconsistencias de sus versiones, pese a que en dictamen de medicina legal se dijo que no se evidencia sintomatología de mitomanía, pero indica que las personas pueden mentir aunque no sean mitómanas ni tengan alteración mental.

Surgen dudas en cuanto al número y clase de disparos que observó le propinaron a su señora madre y hermana un miembro del ejército nacional a 10 o 20 metros de distancia ya que el dictamen médico legal, señalando que los casos en revisión, las heridas que se encuentran en áreas corporales descubiertas por prendas (cabeza y cara) no presentan características adicionales descritas para heridas de contacto firme, distancia corta e intermedia, no se determina residuos de disparo, señalando que para establecer la distancia de disparo era imprescindible analizar las prendas de vestir en las lesiones que están ubicadas en las zonas cubiertas por ellas.

- Que el testimonio del desmovilizado OVIEDO HERNANDEZ GARCIA, que hizo parte del frente 38 de las FARC y de la cuadrilla que fue abatida el 8 de mayo de 2004, señala conocer a TITO MANOSALVA como auxiliador de ese grupo subversivo.

Que ante la presencia de dudas sobre la materialidad y existencia del delito investigado o sobre la responsabilidad del acusado, se debe acudir a la aplicación del principio in dubio pro reo, esto es, resolver la vacilación probatoria en punto de la demostración de la verdad a favor del acusado.

5.- CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor del artículo 76, numeral 1 y el artículo 204, de la ley 600 de 2000, dentro de los límites previstos por el legislador para el funcionario de segunda instancia, circunscritos al objeto de la apelación, conformado por los asuntos contenidos en la sustentación del recurso y aquellos que le estén inescindiblemente vinculados, procede la Sala a resolver lo que corresponda.

Por otra parte, en explícita respuesta a uno de los pedidos elevado por la defensa del señor FABIO NELSON VARGAS ALARCON, la Sala admite que de conformidad con el artículo 194, inciso 2, ibídem, la falta de sustentación de la apelación interpuesta en tiempo, o la sustentación extemporánea de la inconformidad con el respectivo pronunciamiento, determina la declaratoria de deserción de la impugnación *“mediante providencia de sustanciación contra la cual procede el recurso de reposición”*.

Este mandato, acepta también la Corporación, está dirigido en principio al a quo, esto es, al funcionario a quien de conformidad con el mismo precepto le corresponde conceder la alzada previa determinación de la satisfacción a cabalidad de los requisitos de procedibilidad del recurso, pero sin que ello implique ni comporte que el *ad-quem* no pueda efectuar lo propio cuando se configure el supuesto de hecho de que trata la norma y el juzgador de primera instancia omita darle aplicación a la disposición en cita.

Lo anterior, básicamente, porque no es la concesión equivocada o no de la apelación la que otorga competencia para resolverla, sino el cumplimiento de las cargas procesales a las que está supeditado el recurso como medio de impugnación de las providencias judiciales, máxime en la comprensión de que soslayadas aquéllas, en especial, el deber de sustentar la inconformidad, *“en tal evento el juzgador no podría conocer sobre qué aspectos del pronunciamiento se predica el agravio...”*, como lo tiene discernido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal².

Ahora bien, al tenor de la norma referida, *“vencido el término para recurrir, el secretario, previa constancia, dejará el expediente a disposición de quienes apelaron, por el término de cuatro (4) días, para la sustentación respectiva”*, lapso

²Sentencia de mayo 2 de 2002, radicación 15.262. M.P. Fernando Arboleda Ripoll.

que contrario a lo propugnado por el no apelante fue estrictamente observado por la representante de la Fiscalía y del Ministerio público.

Ciertamente, la simple revisión de las diligencias permite discernir que las partes nombradas (Fiscalía y Ministerio Público) radicaron ante la funcionaria de conocimiento el memorial de presentación del recurso el 21 y 23 de enero de 2013 respectivamente, término que corresponde al interregno posterior a la desfijación del edicto mediante el cual se notifica la decisión, el cual data del 18 de enero de 2013.

En consecuencia, del simple cotejo de la constancia secretarial del despacho respectivo y atendidas las previsiones del artículo 194 de la ley 600 de 2000, el plazo para radicar la sustentación de la alzada, de 4 días hábiles, empezaba desde el día 24 de enero hasta el 29 de enero del año 2013, término dentro del cual se han presentado las sustentaciones de los recursos de alzada interpuestos por la Fiscalía y el Ministerio Público en las fechas 28 y 29 de enero de 2013 respectivamente.

Por lo expuesto, la decisión sobre la apelación del Ente Acusador y del Ministerio Público necesariamente será de fondo o mérito.

DEL TIPO PENAL

Se determina como persona protegida, aquella a quien se le concede estatus especial bajo las condiciones establecidas en las Convenciones de Ginebra como parte del Derecho Internacional Humanitario y con base en el principio de distinción. De acuerdo a la Cuarta Convención relativa a la 'Protección de Civiles en tiempo de Guerra' de 1949, en su artículo 4º define lo que se debe entender por persona protegida, existiendo dos tipos de civiles a quienes la protección debe ser concedida de cara a acciones arbitrarias por parte del enemigo en tiempo de guerra: 1. Personas de la nacionalidad enemiga que residen en territorio del Estado beligerante. 2. Habitantes de territorios ocupados.

En el Protocolo para el reconocimiento de casos de violaciones a los DDHH e infracciones al DIH, se establece que cuando se habla de Persona protegida: 'Se trata de una connotación o consideración no sólo jurídica, sino ético-política. En el

marco de situaciones particulares, fáctica y jurídicamente definidas como situaciones ligadas a conflictos armados, tanto de carácter externo como interno; se otorga un reconocimiento especial a diversos tipos de personas que se hallan en situación particular de vulnerabilidad: sus derechos se protegen de manera particular en función de la situación fáctica y específica de vulnerabilidad. Son personas protegidas aquellas a las que se aplica un tratado humanitario en particular, es decir, las personas a las que se aplican las normas de protección estipuladas en el derecho internacional humanitario'.

El homicidio en persona protegida, fue incorporado a la legislación nacional a través del artículo 135 de la Ley 599 de 2000, en su Título II, correspondiente a los "Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario", bajo la siguiente descripción típica: "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 (...). Parágrafo. Para los efectos de este artículo y las demás normas del presente título se entiende por personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario: 1. Los integrantes de la población civil. 2. Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa. 3. Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate. 4. El personal sanitario o religioso. 5. Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados. 6. Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga. 7. Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados. 8. Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse."

Ello implica necesariamente que las fuerzas armadas legalmente constituidas, al derrotar y debilitar el potencial táctico y bélico contrario u hostil; les resulta imperioso por virtud de la norma, que una vez el enemigo esté sometido, este se convierte en persona protegida y no puede exterminarse aun cuando la confrontación se advierta finiquitada, pues es para ese momento un civil y no ya combatiente; deviniendo el principio de distinción, consagrado en el artículo 4º del Protocolo II, que rige tanto los conflictos internos como internacionales; por ello,

tiene aplicación en nuestro país el tipo penal que consagra homicidio en persona protegida, ante la norma rectora de integración y principio consagrado constitucional y legalmente de prelación de tratados internacionales.

Por tanto, no cabe duda que cuando se da muerte a un no combatiente implica *per se* el irrespeto al “principio de distinción”, según el cual los protagonistas de las hostilidades están obligados a distinguir entre los opositores y la población civil, manteniendo al margen de sus operaciones a éstos últimos, principio además que gobierna la regulación de los conflictos en el marco del DIH.

La Corte Constitucional partiendo del principio de distinción que opera en los conflictos armados no internacionales, señaló en el fallo C-291 del 25 de abril de 2007, que: *“Para los efectos del principio de distinción en su aplicación a los conflictos armados internos, el término “civil” se refiere a las personas que reúnen las dos condiciones de (i) no ser miembros de las fuerzas armadas u organizaciones armadas irregulares enfrentadas y (ii) no tomar parte en las hostilidades, sea de manera individual como “personas civiles” o “individuos civiles”, o de manera colectiva en tanto “población civil”.*

Sin embargo, también es preciso advertir que cuando las personas civiles o fuera de combate asumen una participación directa en las hostilidades, pierden las garantías provistas por el principio de distinción aquí señalado. Así las cosas, se adentrará la Sala en el estudio correspondiente en aras a esclarecer si las víctimas tenían el status de personas protegidas o si por el contrario, pertenecían como miembros activos de la organización terrorista de las FARC.

DEL CASO CONCRETO.

Ante las impugnaciones de la Fiscalía y Ministerio Público, orientadas a obtener la revocatoria del fallo absolutorio del a quo y, en su lugar, a que se profiera la condena en contra de los procesados, la Sala debe avanzar en el análisis conjunto de los medios de prueba practicados e incorporados en forma legal, regular y oportuna en la actuación, como lo impone el artículo 238 de la ley 600 de 2000, efectuado además con observancia de los parámetros de la sana crítica sin dejar de lado la presunción de inocencia consagrada en el artículo 7 *ibidem*. Lo anterior, para

determinar si en el caso examinado están satisfechos los requisitos probatorios establecidos en el artículo 232 del estatuto en referencia, esto es, la certeza sobre las conductas punibles así como respecto de la responsabilidad penal.

De entrada es preciso señalar que respecto al fallecimiento de los señores MARIA ANA AIRE NIÑO, ELIZABETH VERDUGO NIÑO, ELVIA COLMENARES FERNANDEZ Y MIGUEL GUATIBONZA, recae la debate respecto a su condición de civiles o si por el contrario eran milicianos del grupo de las FARC.

Se tiene la muerte de tres personas más, que sin duda alguna pertenecían a dicho grupo, el cual opera en los municipios de Labranzagrande, Mongua y Aquitania. Para ello, se cuenta con las actas de inspección a cadáver de las 7 personas en hechos ocurridos el 8 de mayo de 2004. Se cuenta además con los álbumes fotográficos de las víctimas y los respectivos protocolos de Necropsia.

El objeto de la presente decisión será entonces, verificar la legalidad del fallecimiento de las personas de quien se discute su calidad de civiles, en el entendido que las demás no ofrecen duda alguna respecto a su condición de miembros activos del frente guerrillero de las FARC. Para ello, se ocupara la Sala en primera medida de determinar si eran o no miembros de la organización de las FARC.

Cuestionan los apelantes la posición del Juzgado de conocimiento por la cual se atacaba la calidad de campesinos de las víctimas, bajo el entendido que existen múltiples elementos de prueba que los ubican como ajenos a la organización subversiva de las FARC, tales como las repetidas declaraciones de los familiares y vecinos del sector en donde habitaban, quienes son claros en afirmar que se trataba de unos simples ciudadanos encargados de las labores del hogar y del campo.

Sobre este primer aspecto sustancial, es imperioso la revisión de los elementos de prueba recopilados en el curso de la investigación, para que analizados de manera integral y objetiva, la Sala se pronuncie sobre este aspecto en particular.

En cumplimiento de dicho cometido, el Tribunal a la manera de consideración previa indica que de los elementos de persuasión acopiados surgen dos

escenarios diametralmente opuestos o divergentes. El primero, por el cual propugnan en coincidencia los apelantes, consistente en que los occisos eran civiles ajenos al conflicto y merecedores de la protección que brinda el Derecho Internacional Humanitario. El restante, sobre el cual insisten los apoderados de los procesados y que fue el acogido en la sentencia de primera instancia, de conformidad con el cual existen elementos para considerarlos como milicianos, calidad con la que los ubicaron los desmovilizados y ex pertenecientes al frente 38 de las FARC que rindieron declaración juramentada, aunado a los informes de inteligencia del Ejército Nacional que los señalan de auxiliares y colaboradores permanentes de ese grupo criminal.

Era tal la información de inteligencia del Ejército respecto a la actividad permanente de ese grupo guerrillero en la zona de los hechos aquí investigados, que por la misma se elaboró el plan de operaciones EFICACIA UNO, por parte de la Primera Brigada del Ejército, la cual asignó 4 pelotones del batallón Muisca y dos del batallón Tarqui, quienes tenían la misión de truncar el plan criminal del grupo de las FARC en la zona que comprende los límites entre los municipios de Labranzagrande y Mongua, desde donde se sabía, operaba el frente 38 de las FARC que tenía azotada la provincia de Sugamuxi y sus alrededores, mediante extorsiones y ataques a infraestructura del Estado.

Se cuenta además con el informe de inteligencia del ejército nacional donde figuran anotaciones a nombre de MIGUEL GUATIBONZA como auxiliar del frente 56 de las FARC. (fl. 261 c. 6)

Pero aún más determinante para esta situación, lo es el relato de los desmovilizados, ex integrantes del frente 38 de las FARC tales como ROBINSON CHAPARRO GONZALEZ, (Fls. 45 a 47 C. 2 y 13 a 19 C. 7) quien es claro en señalar a cada una de las personas colaboradoras con la organización, señalando entre ellas a los señores TITO MANOSALVA y al señor ALEJANDRO VERDUGO (esposo de MARIA ANA AIRE NIÑO y padre de ELIZABETH VERDUGO). Asegura el testigo que prácticamente tenían campamento permanente en la casa de ALEJANDRO VERDUGO y que además quien daba informes de presencia del ejército en el sector era el señor MIGUEL GUATIBONZA y da cuenta de la

cercanía y familiaridad con la familia VERDUGO NIÑO, de quienes sostiene eran todos milicianos del frente 56 y 38 de las FARC.

Señala además al señor ISRAEL NIÑO, hermano de ANA AIRE, como comandante de las milicias bolivarianas y que cerca de la casa donde ocurrieron los hechos, existía una gran caleta con armas junto con uniformes del ejército. Que la señora ANA AIRE NIÑO tenía una relación sentimental con el señor alias ARLEY, y que su hija ELIZABETH (a quien llaman Chavela) también era auxiliadora y encubridora de la guerrilla y era esposa de un amapolero de nombre ALBERTO quien también auxiliaba a la guerrilla. Igual descripción se hizo de la señora MARIA ELVIA COLMENARES a quien también reconoció como auxiliadora y que vivía del pago que le hacía la guerrilla por la información y los mensajes que llevaba cuando llegaba el ejército.

Respecto a lo ocurrido el día de los hechos, señala haber llegado con su frente guerrillero 5 días antes de que ocurrieran las muertes, a la casa de Alejandro Verdugo, donde habitualmente los recibían y les daban comida, al punto que recuerda con nombre propio a los señores Alejandro Verdugo, María Ana Aire Niño y a los menores Santiago y Cardenio, por la misma frecuencia con que los visitaban. En cuanto a la pregunta si los presuntos milicianos manejaban armas, señala que Arley les había enseñado a disparar pero que el recuerde, ese día no portaban armas, a menor que Arley se las haya dado en ese momento.

A su turno, para dar firmeza a esa versión, es de resaltar la declaración juramentada de NIXON OVIDIO PINTO CRUZ, desmovilizado de las FARC y perteneciente al frente 38, quien se encontraba en el lugar y día de los hechos, en diligencias de declaración juramentada en audiencia pública (CD 2 cuaderno 10) algunos aspectos puntuales y relevantes tales como: *“nosotros siempre nos manteníamos ahí en esa casa el señor CARLOS ALBERTO SILVA era uno de los que confiaba harto en el camarada ARLEY, nosotros no hacía mucho habíamos estado allá, éramos ARLEY, OLGUER, YASHMIN Y SHIRLEY, MIGUEL GUATIBONZA, la señora ANA, CHAVELA y los niños que estaban allí. Siempre que nosotros íbamos allí el señor CARLOS ALBERTO SILVA, ARLEY y el señor MIGUEL GUATIBONZA se la pasaban allí procesando amapola, ellos siempre trabajaban sembrando amapola, celebraban como ahí tenían una planta, tomaban cerveza(...)*

(...)siempre que llegábamos nosotros ahí siempre nos recibían bien, durábamos 15 o 20 días ahí, nos íbamos y volvíamos al mismo sitio porque en ese sitio toda la gente es informante de la guerrilla y guerrilleros(...) después que estaba dentro de la casa escuche unos disparos y un grito duro que dijeron “somos del ejército”, en ese momento me acuerdo que habían unos niños entrando y saliendo de la casa jugando, después del grito y los disparos ya no volví a ver a los niños, ahí mismo una señora que estaba fuera comenzó a disparar como loca (SHIRLEY), en ese momento tuve la oportunidad de volarme de ahí y no supe más que pasó en la casa(...)”

Da cuenta que el día de los hechos, él se encontraba de poste o centinela y el ejército cuando llegó, lanzó la proclama y Shirley, una camarada, empezó a dispararle al ejército y se armó el combate. Llevábamos como 8 días ahí, en la casa de don Alejandro Verdugo. Llegamos con el camarada Arley, Holguer, Shirley, Piterly, Oswaldo y mi persona. Quien me recibió turno ese día fue Jairo.

Refiere que los habitantes de la casa y dados de baja posteriormente, eran constantes informantes de los grupos guerrilleros que militan en la zona. “ellos nos avisaban de los chulos”, incluso señalándolos de ser quienes les abastecían provisiones como alimentos y medicinas.

Sostiene que momentos antes del combate con el ejército, no habían niños al interior de la casa, ni en los pasillos ni en los cuartos.

Todos estos elementos conducen a señalar a estas personas no precisamente como civiles ajenos al conflicto armado, sino más bien como colaboradores constantes de ese grupo delincencial con amplio arraigo en la región de los hechos.

También es cierto que existen también varias declaraciones de familiares y vecinos del sector que contradicen estas versiones, señalándolos tan solo como labriegos y campesinos de la región. La realidad es que no existe elementos con la firmeza y contundencia suficiente para considerar que las versiones de los desmovilizados hacen parte de una realidad fantasiosa o que están diseñadas para desacreditar a los moradores de la región ni un interés personal o beneficio a cambio de su versión. Por el contrario, nótese cómo el análisis conjunto de estos

desmovilizados, junto con el de los soldados implicados, permiten sostener la relación activa que existía entre estas personas y la organización terrorista de las FARC.

Distinta situación se podría presentar si se contara con la prueba técnica idónea que estableciera por ejemplo, la participación activa en el combate a través de la prueba de absorción atómica a los cadáveres, como tampoco se tiene constancia del debido manejo de la escena del crimen y de los cuerpos de las víctimas, cuando no se veló por la protección de la evidencia técnico científica que despejara las dudas respecto a la utilización o no de armas de fuego previo a su fallecimiento.

Al respecto, se tiene el oficio 00926 del 11 de mayo de 2004 del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD en donde informan que no es posible tomar la prueba de absorción atómica a los cuerpos sin vida ya que no se cumplió con todos los requisitos para su realización tales como 1. Haber protegido las manos de los cuerpos sin vida con bolsas de plástico a la altura de la parte media del antebrazo. 2. No debe transcurrir un tiempo mayor a 24 horas. 3. No haber tomado la necrodactilia o reseña dactiloscópica. 4. Preferiblemente que no le hayan practicado la necropsia. (fl. 71 c. 1)

Además, se cuenta con la declaración jurada del soldado PACHECO ASIS JONNY ALBERTO (fls. 84 a 86 C. 3), jefe de armas decomisadas en el batallón Tarqui para la fecha de los hechos, quien afirma que respecto a los vestidos de los occisos el Fiscal que hizo la diligencia de levantamiento de cadáveres nunca los dejó a disposición de la unidad y que siempre se enviaban los cadáveres con la ropa a la morgue y que por su parte, nunca solicitó la destrucción de algún elemento de material de intendencia pues todas las órdenes eran sujetas por la fiscalía. (fl. 84 a 86 c. 3)

Esto para relieves la omisión de la Fiscalía frente al manejo de las prendas de vestir de los occisos, que también hubiese complementado la información respecto de la forma en que perdieron la vida las personas por las cuales se adelanta la presente investigación. Al respecto, el dictamen médico legal de solicitud de pruebas del Instituto de Medicina Legal de fecha julio 02 de 2004. Señala que “es

imprescindible analizar las prendas de vestir en las lesiones que están ubicadas en las zonas cubiertas por ellas. Los gránulos de pólvora y el hollín, propios de los disparos de distancia intermedia y corta, impregnaron las ropas y solo el análisis de ellas, en conjunto con las lesiones de la piel, proporcionará una aproximada distancia del disparo. (...) para los procedimientos de autopsia no fueron aportadas prendas. Según consta en el acta de inspección a cadáveres, existe anotación que todas las prendas fueron incineradas con autorización de la Fiscalía que realizó el procedimiento de inspección. Por tal razón no podemos realizar un estudio más detallado y claro de la distancia aproximada de disparo”(fl. 138 y 139 c.2).

Por tanto, no es posible por parte de esta Corporación, tener claridad respecto a la verdadera calidad de los occisos, en el sentido de poder determinar si eran o no milicianos que intervinieron activamente en el combate que se suscitó con tropas del ejército el día 8 de mayo de 2004. Sumado a ello, se tiene que si en gracia de discusión se dijera que eran milicianos del grupo de las FARC y que ese día empuñaron las armas contra el Ejército Nacional, aún queda por discutir y esclarecer, si tal como refiere el menor Santiago Verdugo, al salir de la casa con las manos en alto, los sigue amparando el Derecho Internacional Humanitario, tal como quedó reseñado previo a estas consideraciones, en punto del principio de distinción ya mencionado.

Aun si en gracia de discusión se afirmara que estas personas María Ana Aire Niño, Miguel Guatibonza, Elizabeth Verdugo y Elvia Colmenares no eran milicianos como se ha insistido, sino que en su calidad de civiles presenciaron el combate del ejército con quienes sí eran subversivos y que en virtud de ello, las señoras María Niño y Elizabeth Verdugo (madre e hija) salieron de la casa con las manos en alto y allí el ejército les disparó causándoles la muerte, o que aun siendo milicianos y partícipes directos del combate se hubiesen rendido ante las fuerzas del Estado asumiendo el carácter de personas protegidas por el DIH, conlleva necesariamente a esta Sala a valorar los elementos de prueba relacionados con esta situación en particular, especialmente las versiones del testigo Santiago Verdugo, testigo que asegura haber presenciado esta situación.

Estas imprecisiones son las que dan lugar a la persistencia de la duda respecto a la responsabilidad de la conducta que se atribuye a los uniformados que pertenecían a la brigada especial del batallón Tarqui que adelantó la operación EFICACIA UNO.

En tal sentido, se duele la fiscalía que, tal como quedó acreditado mediante la versión del menor SANTIAGO VERDUGO, que estas personas fallecieron en condiciones de indefensión, pues salieron de la casa con las manos en alto y que si en verdad se tratara de milicianos o combatientes, estos hubiesen tomado posiciones de combate y habrían respondido el ataque del Ejército.

Las declaraciones del menor SANTIAGO VERDUGO NIÑO, a criterio de la Juez de primera instancia, sometidas a las reglas de la experiencia y la sana crítica, no pueden corresponder a un relato objetivo de los acontecimientos el indicar que los uniformados irrumpieron a la vivienda y permitieron que el niño observara las muertes y ya cuando han cesado los disparos le permiten que se marche sin importar el riesgo que esto acarrearía en el momento para la fuerza pública y no entiende como sí los soldados procuraron proteger los niños del combate que se suscitó, dejaban ellos a un menor en medio del fragor de dicho combate. Además, no considera lógico que el menor, en una sola posición, contra el suelo y boca abajo, hubiese podido observar todos los lugares en donde ocurrieron las muertes de los señores ANA AIRE, ELIZABETH, MIGUEL Y MARIA ELVIA, restando así mismo credibilidad al hecho de que estos no participasen activamente del enfrentamiento.

Al respecto, en las tres salidas procesales del menor, si bien existen datos coincidentes, también lo es que abundan las contradicciones que lastimosamente ponen en tela de juicio la veracidad de los señalamientos hechos por el menor respecto de las condiciones fácticas que rodearon los hechos acá investigados, pese a que existe un dictamen de medicina legal que concluye no encontrar sintomatología de mitomanía, pero aclarando a renglón seguido, que no se descarta la posibilidad de que el menor haya podido mentir en sus declaraciones, posiblemente inducido o presionado por terceros, tal como se avizora en la primera diligencia de declaración rendida ante el Juez Penal Militar (fl. 118 a 123 C. 2), el día 25 de junio de 2004, en donde quedó evidenciado cuando el padre del

declarante lo codea en varias oportunidades durante la diligencia, específicamente cuando afloraban contradicciones en su declaración, y es requerido para que guarde silencio mientras éste hacia su declaración. En aquella oportunidad, este menor de 11 años de edad, señala encontrarse en el corredor cuando escuchó el tiroteo y de ahí salió para el patio en donde los soldados le dijeron que se tendiera al piso y boca abajo, observó cuando su mamá salió con las manos arriba y su hermana también, gritando pero no les entendió que era lo que decían. Refiere encontrarse a una distancia de 30 metros. Que le dieron tiros a su mamá y esta se tiró al suelo y le cayó encima su hermana y estando allí, los soldados les dispararon a ellas y las mataron, explicando que su mamá estaba en el piso y el soldado estaba parado y puso el fusil hacia el piso, hacia el cuerpo de su mamá y allí escucho un rafagazo de varios disparos y que no escuchó más disparos después.

El padre del menor interviene codeándolo por ejemplo cuando se le indagó del por qué si los demás niños estaban en la parte de arriba de la casa, en la parte opuesta donde él se encontraba, supo que con ellos no había militares si era imposible darse cuenta de eso. Manifiesta que en la casa, en una habitación, había 3 guerrilleros, dos hombres y una mujer, que “el día anterior habían llegado cuatro, no tres”.

Ante la inquietud del por qué si normalmente un niño cuando escucha disparos, busca protección hacia adentro de algún lugar, él sale de la casa y observa todo lo que paso, no sabe dar explicación del por qué, máxime cuando líneas más adelante refiere ser un niño nervioso.

Imprecisiones como por ejemplo la forma como dieron muerte a su mamá y su hermana, específicamente respecto a la forma de muerte de ellas y el sitio donde estaba ubicado cuando llegó el ejército, son circunstancias que generan incertidumbre y fortalecen la duda que cierne alrededor de los procesados, pues no se entiende específicamente cómo se afirma en primer lugar que su madre ANA AIRE y su hermana ELIZABETH sufrieron un disparo por los soldados y al caer al piso, fueron rematadas por una ráfaga hecha cuando ya se encontraban en el piso quejándose de las heridas causadas, cuando el dictamen de medicina legal en el protocolo de necropsia y en el informe 2005-031522 de fecha 16 de abril de

2007, por parte del grupo de balística forense del instituto nacional de medicina legal, (fl. 1 al 17 del c. 6) se acreditó en todos los cadáveres heridas causadas a larga distancia por arma de fuego, que descarta de plano la versión de haber sido rematadas por la ráfaga de un fusil a corta distancia.

En cuanto al lugar en el que se encontraba al momento de arribar el Ejército a su casa también existen serias contradicciones, tal como lo apunta el apoderado del señor FABIO NELSON VARGAS, al señalar en una declaración que se encontraba en el corredor, en otra que estaba en la pieza mirando televisión con los guerrilleros y en otra que estaba en el patio, por lo que se trata de declaraciones confusas y dudosas.

Fls. 58 a 62 C. 5 (segunda declaración 14 de febrero de 2007.) no refiere encontrarse en el corredor cuando escuchó los primeros disparos, sino en la pieza. Que Salió y los soldados le dijeron que se acostara en el suelo para que no le pasara nada, que cuando pasaron los tiros, lo llevaron para atrás con los otros niños. Refiere que cuando estaba en el piso vio cuando mataron a su mamá y su hermana quienes estaban adentro y salieron con las manos en alto. Llama la atención de esta Sala que este menor diga que los primeros tiros los escuchó dentro de la casa y que los hizo la guerrillera hacia arriba donde venían los soldados y que más adelante diga “yo no vi disparar a la guerrillera (...)”; además que diga que escuchó una granada encima de la casa y que el techo quedó roto donde cayó la granada, cuando en la diligencia de inspección al inmueble (fl. 20 a 24 c. 7) se dictaminó múltiples orificios producto de una fragmentación con dirección interna externa, resultado completamente opuesto al narrado por este menor.

En su tercera intervención, dentro de la declaración rendida el 25 de junio de 2011 ante la Fiscalía Especializada (fls. 254 a 257 C. 6), el menor SANTIAGO VERDUGO, al ser indagado por la actitud de las personas que se encontraban dentro de la casa al momento de escuchar los disparos, dice no haber escuchado nada, cuando en anterior oportunidad, afirma haber escuchado disparos desde adentro de la casa. Es de resaltar además que respecto de su posición en el momento de los disparos, refiere estar de espaldas a la tropa, por lo que no se entiende cómo puede referenciar al soldado que le disparó a sus familiares,

incluso con señales como su talla, color, contextura. Resulta más que extraño ese señalamiento cuando dice encontrarse dando la espalda al ejército cuando ellos estaban disparando.

Desafortunadamente en el informe de la diligencia de inspección judicial al lugar de los hechos, (Fl. 20 a 24 c. 7) y álbum fotográfico y planos topográficos (fl. 63 a 91 c. 7) en el que se analizaron las trayectorias de los proyectiles según la versión del menor SANTIAGO VERDUGO, si bien dichas trayectorias coinciden con la versión de éste, no se verificó por parte de los técnicos que adelantaron la diligencia, si desde la posición en que refiere el menor haberse encontrado en el momento de los homicidios, existía el ángulo suficiente para observar al mismo tiempo las muertes de los señores María ANA AIRE NIÑO, ELIZABETH VERDUGO NIÑO, ELVIA COLMENARES FERNANDEZ Y MIGUEL GUATIBONZA en el entendido que sus cuerpos quedaron en sectores alejados unos de los otros.

Señala por su parte la Fiscalía que la versión del menor SANTIAGO VERDUGO encuentra respaldo en las declaraciones de ALEJANDRO VERDUGO y de CARDENIO VERDUGO, argumento que no encuentra sustento para esta Sala pues obsérvese como el señor ALEJANDRO VERDUGO, padre de estos dos menores (Santiago y Cardenio), no se encontraba en el lugar de los hechos toda vez que había abandonado el sitio desde tempranas horas a buscar un medicamento para su esposa MARIA ANA AIRE y al indagársele cuál medicamento era, no da una respuesta precisa ni del por qué estando ella afiliada al Sisben de Labranzagrande, acudió al municipio de Mongua por las medicinas. Además se ha cuestionado el hecho de que él prestó servicio militar pero aduce no distinguir entre un arma corta de una de largo alcance, entre una escopeta y un revólver. Situaciones estas que debilitan su aporte a la versión del menor SANTIAGO VERDUGO.

A su turno, CARDENIO VERDUGO, en poco o nada puede aportar a la versión de su hermano SANTIAGO, más allá de informar el sitio en el que se encontraban los guerrilleros al momento del arribo del ejército pues este siempre ha sido claro en manifestar que tan pronto escuchó los primeros disparos alrededor de la casa, salió corriendo hacia los matorrales que colindan con una quebrada, hecho que

coincide con el desmovilizado ROBINSON CHAPARRO GONZALEZ, alias PITERLI, quien también huyó de la casa en ese mismo momento.

-Ha dicho además la Fiscalía que si la posición de los militares era la descrita en las imágenes del álbum No. 35, 38, 39, 40, 41 y 42 según la versión de ellos, no tiene explicación como desde un plano superior, los occisos presentan heridas con trayectorias de abajo hacia arriba y que en todos los casos señalados la gran mayoría de los impactos ingresan por la espalda, situación inexplicable si según las versiones de los uniformados, el fallecimiento se presentó en pleno combate. En ese sentido, ha sido el mismo Instituto de Medicina Legal quien determinó en relación a la posición de los cuerpos al momento de recibir las heridas, que la trayectoria de los proyectiles nos da una apreciación del sentido en que fueron recibidas las lesiones, pero que un cuerpo poder tomar posiciones caprichosas luego de recibir un impacto de proyectil arma de fuego lo que hace que si se recibe más de uno sigue siendo aún más caprichosa la posición adoptada y no es posible determinar cómo se encontraba la persona impactada, si fue de pie, apoyado, sentado o acostado. Igualmente es importante con ello una descripción del lugar de los hechos, cómo quedaron los cuerpos en el sitio y desde qué lugar o lugares se realizaron los disparos. Todos estos elementos son importantes para fijar una posición de víctimas y victimarios. (fl. 138 y 139 c.2).

Así las cosas, todas estas circunstancias eran necesarias para arribar a la conclusión que pretende la Fiscalía de atribuir responsabilidad a los uniformados a partir de la trayectoria y posición de los impactos de bala en la humanidad de las víctimas pero ante su ausencia, sigue incólume la duda en favor de los procesados, aunado al hecho de que la versión del menor SANTIAGO VERDUGO según la cual su mamá MARIA ANA AIRE NIÑO y su hermana ELIZABETH VERDUGO, cuando escucharon los disparos salieron de la casa con las manos en alto, no encuentra respaldo probatorio para su confirmación.

Es tan importante esa situación que de ocurrir como lo narró el menor SANTIAGO VERDUGO, no sería descabellado lanzar la hipótesis que pudieron haber sido los mismos guerrilleros encabezados por alias ARLEY quienes les dispararon, si en gracia de discusión se tiene que ellos voluntaria e inocentemente salieron al fuego cruzado con las manos en alto, pero no pasa de ser eso, una simple hipótesis. De

ahí la importancia de la prueba técnica de la que se duele esta Sala, que hubiese establecido el tipo de bala que se alojó en los cuerpos de las víctimas o los análisis a las balas y las armas que estaban asignadas a los uniformados aquí procesados, con ese mismo propósito.

A estas inconsistencias y falencias, se suma el informe consignado en la diligencia de inspección al inmueble (fl. 20 a 24 c. 7) en donde se dictaminó múltiples orificios producto de una fragmentación con dirección interna externa”, lo que de plano descarta la hipótesis de la Fiscalía en el sentido de señalar que los militares se aprovecharon que los subversivos se encontraban en la habitación viendo televisión a alto volumen, en estado de indefensión para atacarlos y rematarlos con armas de fuego, indicando un propósito criminal amparados en su investidura militar, pues para esta Sala, no parece lógico que el ejército haya activado “sus granadas” desde el interior de la casa para atentar contra los tranquilos y entretenidos guerrilleros, pero sí corrobora la versión del sargento PIRAGUA cuando él afirma que “un artefacto explosivo fue detonado posiblemente por uno de los guerrilleros y el terrorista ARLEY, pudo haber disparado contra estas personas para impedir se entregaran y no dejar rastros al verse acorralado”, coincidiendo con el dictamen de necropsia respecto de las heridas irregulares por artefacto explosivo.

Además se cuestiona la no presencia de impactos de bala en las paredes de la casa cuando ese argumento carece de sustento, pues se puede observar en el estudio balístico de trayectorias No. 636 visible a folios 105 a 109 C. 7, las múltiples huellas de proyectiles de fragmentación sobre los muros internos y orificios de entrada de proyectil de arma de fuego sobre la cubierta con una dirección externa interna.

Finaliza la censura atacando la versión de los procesados en punto de las imprecisiones respecto del clima, la visibilidad, la cantidad de granadas activadas y el tiempo de duración del combate que todos dieron en sus indagatorias. Considera esta Sala que si bien es cierto existen imprecisiones en las versiones de los procesados, también lo es que se observa el mismo defecto en las versiones de los testigos como se ha acotado anteriormente, sin que de ello se pueda constituir prueba de cargo que a nivel de certeza, nos señale responsabilidad sobre estos hechos, con la salvedad que las citadas

inconsistencias pueden calificarse de nimias, o dicho de otra manera, carentes de entidad. Obsérvese como los procesados en sus descargos, elaboran diagramas de la ubicación de la casa, de las tropas, de la ubicación de los cuerpos, de los niños que protegieron del fuego cruzado y en lo esencial y fundamental, son coincidentes.

Por el contrario, las coincidencias existentes en los relatos sobre aspectos sustanciales, inclusive, en buena parte de los pormenores de lo ocurrido son significativas. Así, se tiene que los enjuiciados narraron al unísono cómo llegaron a la casa del señor ALEJANDRO VERDUGO por indicaciones de un campesino que les indicó en donde se ubicaban los guerrilleros que estaban haciendo presencia en el sector y al llegar a dicho sitio, se desplegó la tropa en tres cuadrillas para asegurar el sitio, siendo recibidos con disparos por lo que se vieron en la necesidad de repeler el ataque mediante el uso de sus armas de fuego contra los que allí se encontraban sin poder distinguir entre civiles y guerrilleros y dicha versión aparece soportada por algunos elementos de prueba recaudados y otros que no podrán ser esclarecidos ante la falta de prueba técnica.

Se ha reprochado el valor probatorio asignado a las declaraciones de los desmovilizados que participaron de los hechos investigados o que pertenecieron a ese frente guerrillero a los que la fiscalía considera sospechosos y con un claro interés de favorecer a los miembros del Ejército nacional, pues sus relatos no tienen respaldo probatorio y no deben considerarse toda vez que no estuvieron presentes en el combate.

Como se señaló párrafos atrás, esas versiones han sido coincidentes en señalar a María Ana Aire Niño, Elizabeth Verdugo (a quien reconocen como Chavela), Miguel Guatibonza y Elvia Colmenares como auxiliares y milicianos de ese grupo guerrillero así como muchos de sus familiares que han rendido declaración en estas diligencias, sin que de ellos tampoco pueda predicarse con exactitud o con grado de certeza su vínculo con dicha organización. Ello no implica necesariamente que su versión de los hechos deba ser desechada de plano, máxime cuando no existe evidencia de su parcialización o interés de tergiversar el buen desarrollo de la investigación.

En síntesis, la Sala estima que las pruebas acopiadas no permiten descartar la posibilidad de que los señores María ANA AIRE NIÑO, ELIZABETH VERDUGO NIÑO, ELVIA COLMENARES FERNANDEZ Y MIGUEL GUATIBONZA hayan atacado con armas de fuego a los uniformados que participaron en la operación EFICACIA UNO, ni que ellos hayan salido en rendición o buscando protección del Ejército Nacional, por ende, surge la existencia de una duda razonable que necesariamente debe resolverse a favor de los procesados; incertidumbre que aflora en todo caso, aun desde otra perspectiva en el evento de admitirse en gracia de discusión que lo ocurrido fue un homicidio en personas protegidas y no un combate entre el Ejército Nacional y la Guerrilla de las FARC.

Lo anterior, porque no existe en la actuación elemento probatorio alguno que permita atribuir en tal evento dicho resultado a uno de los procesados o a todos ellos a título de dolo, máxime ante la ausencia de todo móvil para delinquir que hubiese dado fuerza a la tesis del ente acusador, por lo que se puede concluir que la duda se mantiene y se erige como el camino sobre el que se ha de tomar decisión de confirmar la decisión de primera instancia, reconociendo el acierto en la decisión atacada, pero no por los mismas razones o consideraciones.

La Juez de instancia fundó su decisión en punto de la culpabilidad, al señalar que la conducta de los procesados estuvo justificada por el cumplimiento de un deber legal restableciendo el orden constitucional, refiriéndose al hecho de haber combatido fuerzas subversivas de las FARC que operaban en la zona de los hechos. Ello fuese factible si se predicase sin asomo de duda sobre la participación activa de las víctimas, como miembros del grupo subversivo, dentro del combate suscitado el día de los hechos aquí investigados.

Como se ha señalado en el transcurso de esta providencia, no existe la referida certeza en cuanto a dicha participación ni a su vínculo con la organización, aun menos sobre las condiciones exactas en las que se produjo la muerte de estas 4 personas. Lo que aflora de este análisis, es la duda persistente frente a las condiciones exactas en que se dio el combate entre el Ejército y guerrilleros de las FARC el día 8 de mayo de 2004, duda respecto a la participación activa de las víctimas en el mismo, duda respecto a quién exactamente disparó contra ellos y los motivos por los cuales se llevó a cabo ese fatal acto. Se itera, no existen los

elementos suficientes para determinar más allá de toda duda y con la certeza necesaria para atribuir la correspondiente responsabilidad de los hechos aquí investigados.

Por lo argumentado, se confirmará la sentencia de primera instancia en el sentido de absolver a los acusados del cargo que les fue imputado como coautores del delito de homicidio en persona protegida.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo Sala Primera de Decisión, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 19 de diciembre de 2012 proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sogamoso, dentro del proceso penal adelantado en contra de los señores FREDY ALEJANDRO ZAPATA, JAIME ORLANDO PIRAGUA MILLAN, NELSON AYALA BAUTISTA, MELQUIS LOAIZA LOAIZA, OMEL RANGEL SANTAMARIA, JORGE ARTURO ZAMBRANO Y FABIO VARGAS ALARCON como coautores del delito de homicidio en persona protegida, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Contra la presente determinación procede el recurso de casación, de manera excepcional, de acuerdo al inciso final del artículo 205 de la Ley 600 de 2000.

TERCERO: En oportunidad devuélvase a la oficina de origen para lo pertinente.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO

Magistrada Ponente

JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL

Magistrado

GLORIA INÉS LINARES VILLALBA

Magistrada