

JUZGADO SEGUNDO PENAL CIRCUITO ESPECIALIZADO
MEDELLÍN

ASUNTO: SENTENCIA ORDINARIA 001
RADICADO: 05-001-31-07-002-2013-00231
ACTUACIÓN: CONDENASIN SUBROGADO

Medellín, enero veinticuatro (24)
de dos mil catorce (2014).

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Formulada la resolución de acusación por la Fiscalía Delegada Especializada y una vez se celebró la audiencia pública correspondiente, procede el Despacho a dictar sentencia dentro de la causa seguida en contra de **CARLOS ANDRÉS NIVIA SERRANO**, por el punible de homicidio en persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario en concurso con concierto para delinquir con fines de cometer delitos determinados (artículos 135 y 340 del Código Penal).

No se vislumbran causales de nulidad que puedan invalidar, total o parcialmente, lo actuado y por ello se entra a proferir el fallo que en derecho y justicia corresponda.

2. HECHOS:

Tuvieron desarrollo en la vereda La Playa del vecino municipio de Barbosa, en horas de la tarde del día 26 de septiembre de 2005, cuando el señor Carlos Alberto Ospina Bedoya, se dirigía a la finca donde labora, fue interceptado y retenido por el cabo del Ejército Nacional Eneil Quiroz Flórez y obligado se vistiera con un uniforme del mismo Ejército y una capucha o pasamontañas, para luego dispararle con su fusil en tres oportunidades, una vez cadáver le coloca en la mano un revólver calibre 38 largo y lo acciona en tres ocasiones, dándole la orden a los tres soldados que comandaba hacer disparos al aire para simular un

combate, a tiempo que reportaba a su superior el capitán Carlos Andrés Nivia Serrano, la baja de un extorsionista, como previa y con suficiente antelación se habían concertado para el efecto.

3. FILIACIÓN E INJURADA:

CARLOS ANDRÉS NIVIA SERRANO, nació en Bogotá el 14 de mayo de 1974, hijo de Florentino y María Cristina, cedula con el número 79'645.795 expedida en el municipio cundinamarqués de Chía, estado civil casado. Para el momento de los hechos era miembro del Ejército Nacional en el grado de Capitán.

Al ser vinculado mediante indagatoria, indica que para el día 27 de septiembre por orden del mayor Naranjo, se encontraba en la vereda Las Lajas, concretamente en el paraje Pescadito, a 21 kilómetros de Barbosa, a 40 minutos en vehículo. El cabo Eneil Quiroz Flórez, era el coordinador "de abastecimiento de mi compañía, luego lo enviaron a comandar uno de los pelotones que yo tenía a mi cargo que era Baraya 1, permaneciendo sobre el sector de la parte alta de Barbosa, en un sitio que se llama Las Marraneras".

Esgrime que para el 27 de septiembre, el sargento Quiroz los llamó que "había recibido una información que una señora estaba siendo extorsionada en el sector la vereda la Playa que ya la había llamado y que iban hacer presencia unos individuos pero no especificó, ya de eso estaba enterado el batallón por los informes de inteligencia que se enviaban con anticipación". Siendo autorizado Quiroz para realizar un operativo, acudiendo al lugar en vehículo. Luego el "sargento en el transcurso de la tarde, noche me reporto que ya se encontraba en el lugar que estaba haciendo registro, que estaba mirando", para de inmediato nuevamente "reportó que había entrado en un combate de encuentro que había dado de baja a un individuo encapuchado" y quien portaba un arma con corta. No sabe quien solicitó apoyo a la

Fiscalía. Afirma que el levantamiento se cumplió en la vereda la Playa por la señora Fiscal, en razón a que "yo fui con ella, o sea yo fui con el teniente Sánchez nos fuimos en el vehículo recogimos la doctora y llegamos al sitio, más o menos por indicación que me dio el sargento, se llegó al sitio y la doctora inició con el procedimiento para el levantamiento, terminado el proceso de levantamiento". Aclara que con respecto a lo dicho por Quiroz, "yo refuto esa afirmación del sargento", porque "yo no me encontraba con el sargento para ese tiempo y tampoco en el sitio de la Marranera, yo estaba recién llegado de vacaciones, asumí el comando de la fuerza de tarea en el sitio denominado Pescadito que es totalmente lejos del sitio donde se encontraba el sargento, yo estuve con el sargento mucho tiempo pero mucho mas adelante en compañía del teniente Sánchez". Además porque "tenía mi puesto fijo en la vereda las Lajas por que era un sitio de control que me había impuesto mi mayor Naranjo y el cual me podía recoger rápidamente para yo asumir el comando cuando él se ausentara". No tuvo ninguna contraprestación por la baja, pues se los "daban a las personas que daban el resultado, yo al tener el cargo de ser comandante de la compañía yo no tenía acceso ni a reconocimiento ni a felicitaciones, inclusive" no fue llamado hacer el curso de ascenso por no contar con anotaciones de bajas.

En general de los señalamientos que le hace Quiroz, "eso es completamente falso yo me encontraba en el sitio las Lajas con el teniente Sánchez con la contraguerrilla Baralla 3", como se puede verificar con el "informe de situación de tropas de esos días según lo que yo tengo el 24, 25, 26 y 27 permanecí en ese sitio Pescadito y están dentro del expediente doctor".

No se explica cuál la razón de los señalamientos hechos por Quiroz, pues "yo no permitía o sea que yo no aceptaba que hicieran irregularidades para obtener resultados que a lo ultimo iban a traer todo este tipo de problemas, por que yo era consciente yo ya había estado en el

batallón yo ya sabía como era la situación de complicada y yo al sargento a los soldados no solamente al sargento si no a todas las unidades yo siempre les decía lo mismo".

4. PRUEBAS

Con el lleno de los requisitos legales, obran en los cuadernos principales, los siguientes elementos de juicio:

4.1 Declaraciones rendidas ante un agente del Das por Walter Arcángel García Osorio, John Freddy Irrego Correa y Abenis Marín Herrera, el día 23 de septiembre de 2005, (fls. 26 a 33, c.1).

4.2 Acta Nro. 006 contentiva de la diligencia de inspección de cadáver, sin identificar, reportado como NN, practicada el 27 de septiembre de 2005, cumplida en la morgue del hospital San Vicente de Paul del municipio de Barbosa. Describen las prendas de vestir "Pantalón y chaqueta tipo militar, color negro, café y verde". Se deja constancia que el ejército le encontró un revólver calibre 38 largo, sin marca ni número externo, con número interno 778698, con cachas de madera y cuatro proyectiles calibre 38 largo, y dos vainillas percutidas. Describe las heridas. Se deja consignado que el sargento segundo del Ejército nacional manifiesta que "según información técnica y humana se tuvo conocimiento que en el sector de la Vereda la Playa, Montañitas y Yarumito, tres presuntos bandidos pertenecientes a la autodefensa venían extorsionando a todos los finqueros del sector y en un desplazamiento para verificar dicha información, fueron sorprendidos por disparos de arma de fuego lo cual hicieron la proclama que eran tropas del Ejército Nacional; se escucharon otros disparos entonces reaccionamos y en el posterior registro fue encontrado el cadáver de uno de ellos quien portaba un arma tipo revólver", (fls. 85 a 87, c.1).

4.3 Escuchado en declaración, Nelson de Jesús Ospina Bedoya, señala que el cuerpo que se encuentra en la morgue es de su hermano, quien en vida respondía al nombre de Carlos Alberto, quien junto con su esposa trabajaba cuidando una finca en la vereda la Playa. Jamás tubo problemas con las autoridades, menos portaba armas, ni vestía uniformes. Niega se haya enfrentado con el Ejército, pues era muy pacífico, (fls. 91 a 93, c.1).

4.4 Se incorpora necropsia practicada a quien en vida respondía al nombre de Carlos Alberto Ospina Bedoya. Describen tres orificios de entrada de proyectil de arma de fuego y dos de salida, se establece que tiene un proyectil incrustado pero no se logró ubicarlo. Concluye que la causa de la muerte "fue consecuencia natural y directa de CHOQUE HIPOVOLEMICO debido a HERIDAS EN HIGADO, por PENETRACIÓN A ABDOMEN producida por PROYECTILES DE ARMA DE FUEGO DE ALTA VELOCIDAD, de naturaleza esencialmente mortal", (fls. 114 a 122, c.1).

4.5 declaran Yomar Esneider Rivera Ospina y Mariela del Socorro Ospina Bedoya, tío y hermana del óbito, del cual dicen era pacifico, miedoso y nunca se metió en problemas. Sobre la muerte violenta nada aportan, (fls. 95 a 96 y 127 a 131, c.1).

4.6 Se escucha a la señora Lía Magdalena Roa González, esposa de la víctima, indica trabajan en la finca del señor Ricardo Estrada, en razón a que la operaron su esposo estuvo a su lado en el hospital desde el sábado hasta el lunes y salió para la casa, pero él no llegó a la finca donde trabajaba ni la volvió a visitar en el hospital. Luego le contaron que estaba muerto en la morgue. En la casa de los Arango, llegó su esposo a cambiarse los zapatos a las 3:50, se puso las botas pantaneras para poder seguir el camino. Eso se lo dijo la señora de la casa, además iba vestido con una camisa de cuadros naranja y azules, pantalón gris humo. Su esposo siempre fue una persona pacifica y jamás portó armas, (fls. 132 a 138, c.1).

4.7 Se arrima registro civil de defunción número 5202857, de NN, expedido por la registraduría del municipio de Caldas, sentado por orden de la Juez 24 de Instrucción Penal, tiene como fecha de la muerte 24 de septiembre de 2005, (fl.103, c.1). Igual se incorpora el registro civil de defunción de quien en vida respondía al nombre de Carlos Alberto Ospina Bedoya, con fecha de defunción 26 de septiembre de 2005, a las 7:30, expedido por la registraduría del municipio de Barbosa, (fl. 139 y 138, c.1).

4.8 Examen técnico hoplológico practicado al revolver y las vainillas, determinándose que las dos vainillas efectivamente fueron percutidas con el revólver marca Colt, calibre 38 especial y número de identificación 77698, el cual esta en buen estado de funcionamiento, (fls. 149 a 151, c.1).

4.9 la madre del occiso, señora María Rosmira Bedoya de Ospina, indica que su hijo el día lunes 26 de septiembre de 2005, llegó siendo las 4:30 de la tarde a la casa de Gonzalo Arango a cambiarse los zapatos, salió de allí y no llegó a la finca donde laboraba. Dicen que lo encontraron muerto dos soldados porque se enfrentó con el ejército, sus papeles de identidad no aparecieron y lo enterraron como NN. En los registro aparece que él era un "autodefensa vacunador", por ello fueron a preguntar en la vereda si era cierto que él los vacunaba, respondiéndoles que no, por el contrario que era muy trabajador y respetuoso, (fls. 161 y 162, c.1). En posterior ampliación de declaración confirma sus dichos, (fl. 124, c.2).

4.10 Se allega el INSITOP y el Esquema de Maniobra de la unidad Baraya 1 para el día 26 de septiembre de 2005, (fls. 182 a 186, c.1).

4.11 En un desafortunado y antitécnico interrogatorio, con base en preguntas sugestivas, se escucha en descargos al soldado Luis Fernando Agudelo Espinoza,

afirma que por los fogonazos eran tres las personas que los enfrentaron. Acepta haber disparado pero no recordar en cuantas oportunidades. Se vieron forzados a disparar porque los atacaron y por defender sus vidas dispararon, (fls. 188 a 191, c.1).

4.12 Con la misma falta de técnica en el interrogatorio, se escucha en indagatoria al sargento Eneil Quiroz Flórez, que salieron a patrullar a las tres de la tarde, en la parte alta de La Playa, en respuesta a la voz de alerta del capitán Nivia, en cuanto por esa zona se encontraban unos sujetos extorsionando, luego instalaron un puesto de observación y a las siete de la noche hicieron un movimiento táctico hacia abajo, así a las 7:15 o 7:20, escucharon disparos, dando la voz de alerta, pero continuaron los disparos, a lo que reaccionaron respondiendo al fuego, luego se acercaron al lugar y encontraron un sujeto muerto, vestido con prendas de uso privativo de las fuerzas armadas, encapuchado, con botas de caucho y a su lado se encontró un arma corta. Reportó a sus superiores lo sucedido, recibiendo la orden del teniente Lancheros tomaron que lo trasladara a la morgue para que allí le hicieran el levantamiento. Se encontraba cumpliendo la orden de operación "ÉXITO MISIÓN SECANTE". Hizo doce disparos en defensa propia. El pelotón bajo su mando estaba compuesto de dos grupos, uno al mando del Cabo Rojas con tres soldados y el otro dirigido por él con otros tres soldados, a su vez era comandante. Recuerda que la señora Alba, le hizo saber que venía siendo extorsionada, exigiéndole \$20.000.000, pero desde la baja del sujeto no la volvieron a extorsionar. Remata su intervención insistiendo que es inocente de los señalamientos por homicidio, (fls. 192 a 196, c.1).

En posterior ampliación y ya ante la Fiscalía General de la Nación, solicitó nuevamente se le escuchara, pues iba a contar la verdad de lo ocurrido, aseverando que "eran aprox. Las 3 de la tarde me encontraba con el señor Capitán NIVIA SERRANO CARLOS, en la finca la Marranera al lado del municipio de Barbosa, cuando él recibió

una llamada donde me informaba que el hoy occiso u óbito iba a ir a reclamar la extorsión de 20 millones de pesos, a una finca de recreo en la vereda la Playa, el señor Capitán NIVIA me dijo: viejo Quiroz, arranque para el sitio que el tipo va para allá, salgo con el soldado GOMEZ LONDOÑO DIDIER ARLEY, ABEIZA GALLEGO JORGE Y AGUDELO ESPINOZA, también soldados los tres, llegamos a la finca, tomamos contacto con la señora ALBA, a la finca de recreo donde iba a llegar el extorsionista, tomo contacto con la señora ALBA y el señor JHON quienes son los administradores de esta finca, me informan que el tipo el día anterior se había comunicado vía celular con ellos, les había dicho que hoy a las 4, que ese día a las 4 de la tarde, iba a ir por la plata de la extorsión", luego se esconde "en un cuarto a la espera de dicho sujeto, el hoy óbito llega a eso de las 4 y 30, y comienza a pedirle la plata a los señores antes mencionados", luego sale y lo encaño con mi fusil de dotación, lo reviso en la cintura porque la traía al parecer un arma, y era una linterna que hacía de bulto, para engañar, a las víctimas". Por súplica del capturado y al ofrecerle entregar unas paletas de verta de droga "yo le digo que listo, pero le digo que así como esta vestido no lo puedo llevar, que voy a mandar a buscar un uniforme y un pasamontañas, para que no lo reconozca la población civil, envío al soldado regular GOMEZ LONDOÑO DIDIER, donde el señor Capitán NIVIA y éste me envía con él, el camuflado, el pasamontañas y un revólver calibre 38, que teníamos guardado en dicha finca, en la finca la Barranera, a eso de las 6", una vez tiene la indumentaria "se lo hago colocar al hoy óbito, caminamos hacia más o menos 100 metros aproximadamente fuera de la finca, que estaba siendo extorsionada, y a la altura de un puente, yo le digo que se pare ahí, y esperamos que el carro que nos va a mandar mi comandante, yo me retiro, le digo al SOLDADO AGUDELO, que le dispare, y el me dice, no mi sargento, yo de eso no se, yo le digo, listo mijo, no hay problema, me retiro, aprox. A 10 metros llamo al hoy óbito cuando el voltea, le disparo, en tres o dos o tres ocasiones, él cae, yo reporto a mi unidad, y a mi comandante el Capitán NIVIA, que ya se hizo la vuelta y que voy a reportar como si estuviera en combate, a lo cual

le ordeno a los soldados que comiencen a disparar al aire mientras yo hablo por radio para que en el batallón, escuchen y crean que yo estoy en combate", luego "le informo a mi Capitán que todo se hizo, él se viene hacia el sitio de los hechos", (fls.132 a 145, c.3).

Reitera que el arma se la mandó el Capitán Nivia, se la coloca en la mano al muerto y hace tres disparos, concreta que el Capitán Nivia sabía de toda su actuación. Reseña bajo la gravedad del juramento que "él tenía conocimiento claro de todo lo que yo realizaba, ya que permanecía conmigo a todo momento y por intermedio de él, por informaciones que investigadores del DAS le suministraron a él fue que yo fui a realizar esa actuación". Con el Capitán Nivia había acordado asesinarlo, pues "Ya eso estaba cuadrado con el señor Capitán NIVIA, de que si capturamos al sujeto extorsionista, lo íbamos a dar de baja". Deja claro que el capitán Nivia, "si sabía, que le íbamos a dar muerte al hoy óbito". Admite que fueron felicitados y les dieron diez días por el asesinato. Reconoce que únicamente estaba con tres soldados lo que es anormal, pues que para este tipo de operaciones se requiere de una escuadra.

Acepta que estaba "concertado con el Capitán NIVIA, pero la intención era limpiar la zona de estos delincuentes". De la misma manera actuó en otros casos con las mismas personas que actuó en estos hechos y los soldados ayudaron a "disfrazar el evento". Además ya fue condenado a 28 años de prisión por similar homicidio. Recién tuvo contacto con la víctima no le podía disparar por que era de día, debió esperar que oscureciera.

Nos hace saber además que con dicho asesinato le servía "para las estadísticas si, subían el Batallón, subiendo en calidad el batallón PEDRO NEL OSPINA". Remata su intervención insistiendo que el capitán NIVIA tuvo participación en estos hechos y "está claro", pues "en concertación con el capitán NIVIA SERRANO CARLOS ANDRES, decidimos dar de baja a todos los delincuentes que fuéramos

capturando y simular el respectivo combate. En fin de limpiar la zona de tanto malechor". Rechaza el delito de concierto para delinquir y de homicidio en persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario, pues estaría enmarcado en un homicidio agravado. Pide que se tenga en cuenta su confesión y solicita se le dicte sentencia anticipada, (fls. 132 a 144, c.3).

El día 22 de mayo de 2012, Quiroz Flórez, mediante acta de cargos, acepta la comisión de los hechos y su responsabilidad, (fls. 338 a 347, c.3).

En audiencia pública insiste en que su presencia en la vereda la Flaya era la de confirmar o desvirtuar la información de una extorsión, pero terminó simulando "un supuesto combate". Pero ya señala, contrario a sus aseveraciones anteriores, que le dijo al "soldado Gómez que vaya hacia donde yo había dejado unas cosas mi equipo de campaña y que me trajera un bolso de asalto que yo tenía allí, el soldado va a Molino Viejo, recoge el bolso y me lo trae", además para "simular el combate, procedo a llamar a mi comandante de compañía el capitán Nivia y le informo que tuve un combate a lo cual él llega como a las cuarenta minutos con el Mayor Naranjo y el apoyo respectivo o sea más soldados". Le pidió al soldado Gómez le trajera un bolso que tenía "en mi equipo", advirtiéndole al soldado que "le preguntara al señor Nivia donde se encontraba ya que él por ser el comandante de la compañía para nosotros no cargar con tanto peso y realizar operaciones de escoters o sea livianos nos guardaba lo que más pesaba, el soldado llega y me trae el bolso". Dice que no se acuerda donde se encontraba el Capitán Nivia "no se si estaba en Molino Viejo o en Lajas o en Escadito". Indica que lo señaló como responsable porque "Sentí que se me daño la vida y la de mi familia por la presión de resultado que exigían mis comandantes entre ellos el capitán Nivia lo cual me llevaron a realizar dichas acciones por eso en retaliación en un momento de ira y de rabia contra él lo involucré en este proceso, porque no era justo, decía yo, que a mi se me hubiera acabado toda mi vida

y él estuviera bien, por eso en este Despacho dejo presente que le pido perdón al señor Nivia y a su familia por el daño que le cause y le estoy causando por no saber asumir mi responsabilidad". Con Nivia "hablábamos muy frecuentes porque el tenía que estar en otro sector que me encontraba yo, no se cuantos días pero si lo tuve al tanto muchos días antes de la investigación que estaba realizando con respecto a la extorsión que se estaba llevando a cabo en la vereda la Playa". Termina diciendo que el acusado Nivia Serrano "no tuvo ninguna participación, fue engañado en su buena fe por confiar en sus subalternos". De los presuntos actos de extorsión que estaba ejecutando Carlos Alberto Ospina, estaban enterados "integrantes de inteligencia del Departamento de seguridad DAS, la señora Alba y el señor John administradores de la finca y por parte del ejercito el capitán Nivia porque yo le informaba de lo que iba pasando y yo". Los datos sobre la extorsión se la suministraron los funcionarios de DAS, de manera personal "unos 8 o 9 días antes".

Arguye que se retractó porque "Me volví un católico consagrado, a realizar curso mariano y a hacer las cosas, a tratar de hacer las cosas lo mejor posible, teniendo en cuenta que no podía devolverle la vida a las personas a las cuales había asesinado por lo tanto tomé la decisión".

Aclara "que le dije al soldado Didier fue que vaya donde se encuentra el capitán Nivia en Molino Viejo y me trae un bolso de asalto que tengo en mi equipo, mi capitán sabe donde esta mi equipo". Igual ratifica que Nivia Serrano si se encontraba en la Marranera porque "ese día el estaba ahí porque era de día, además los movimientos se trataban de hacer de noche". Actuó por información "de inteligencia que estaba llevando a cabo el departamento de seguridad Das, no me acuerdo del funcionario y lo corroboré con los administradores, de la casa campo". El capitán "llegó como cuarenta o una hora después, con el mayor Naranjo y unos soldados". Remata su intervención recalcando que el Capitán

Nivia "no tuvo ninguna participación, fue engañado en su Buena fe por confiar en sus subalternos".

Sobre la extorsión puntualiza que participaron quienes "debe de obrar en el expediente, integrantes de inteligencia del Departamento de seguridad DAS, la señora Alba y el señor John administradores de la finca y por parte del ejercito el capitán Nivia porque yo le informaba de lo que iba pasando y yo". No recuerda qué funcionario del DAS le dio la información, se la dieron "en forma presencial en una reunión que sostuve con estos funcionarios en el parque de Barbosa", lo que ocurrió "de unos 8 o 9 días antes" del asesinato. Información que se la comenté al capitán Nivia, creo que vía celular y tome contacto con la señora Alba y el señor John, administradores de la finca, también tome contacto vía celular, con la señora dueña de la finca que no me acuerdo el nombre y puede corroborar, la extorsión a la cual ésta señora estaba siendo sometida por el señor Bedoya". Indica que "La dueña de la finca no la distinguí y los administradores vieron cuando yo capturé al hoy occiso, ya ellos se dieron de cuenta que yo lo capture y nos fuimos y salimos de la finca y ya".

4.13 Igual que los anteriores, se escucha en descargos a Bairon Andrés Aristizabal Gómez, quien concreta que "a las 19:30 horas nos hostigaron de por allá de esos lados, entonces el puntero no recuerdo el nombre hizo la proclama alto somos del ejército nacional, entonces no hicieron caso, entonces nosotros empezamos a disparar a defendernos para que ellos no nos hicieran daño". No vio el muerto, pero le dijeron que había un sujeto dado de baja. Añada que por los fogonazos se pudo dar cuenta que eran tres sujetos. Con respecto al cargo indica que "Todos lo hicimos por defendernos ya que fuimos atacados por esos señores", (Fls. 198 a 201, c.1).

4.14 En diligencia de indagatoria los soldados José Omar Cardona Arango, Jorge Armando Areiza Gallego, Jorge Luis Avello Gutiérrez y Luis Fernando Agudelo

Espinoza. Confirman los dichos de los anteriores, aclarando el primero que el "combate duro de 6 a 10 minutos más o menos", cuando todo se calmó hicieron un registro, encontrando "el bandido dado de baja". El segundo hace saber además que una vez reportan lo sucedido "al rato llegó mi capitán NIVIA". Mientras el tercero indica que el combate duró de ocho a diez minutos. El cuarto aclara que actuaron porque "teníamos información que en esa vereda habían bandidos del ELN, estaban delinquiendo y extorsionando a la población", (fls. 203 a 217 y 289 a 293, c.1).

En posterior ampliación indagatoria Cardona Arango, niega sus dichos anteriores, pues el día que se cometió el homicidio se encontraba en la finca en las afueras del municipio de Barbosa, me encontraba acompañado del cabo Rojas, el soldado Avello Gutiérrez y el soldado Aristizábal Gómez. El sargento Quiroz salió en horas de la mañana y regresó a las tres de la tarde y se llevo a los soldados Areiza, Agudelo y Gómez Londoño, a él lo dejó cuidando la finca al mando del cabo Rojas. No recuerda si el Capitán Nivia se hallaba en la finca.

Puntualiza que regresaron tarde de la noche haciendo saber que había habido una baja en combate, y "el sargento nos reunió y nos dijo que nos iban a sacar para el batallón y que los tres soldados que nos habíamos quedado en la finca, que nos iban a llamar a declarar y que dijéramos que habíamos estado en la operación y que habíamos participado en el combate". Deja claro que la manera como fue asesinada la persona no lo sabe porque no estuvo en el lugar de los hechos. Tiempo después "los que estuvieron en el lugar de los hechos" dijeron "que no había sido combate". Por lo mismo "no sé como cogieron a este señor, no se como lo sacaron, no sé si lo sacaron de donde lo cogieron". Sus compañeros aseveraron que "simularon que había un combate". Por la baja les dieron "diez días de permiso".

En una segunda entrega sobre los hechos Agudelo Espinosa, advierte que va a contar como realmente se

dieron. Inicia señalando que "mi sargento recibió informaciones que un supuesto bandido estaba extorsionando una finca", por lo mismo "nos dio la información entonces el alistó un grupito que para ir a emboscarlos en la finca que para capturarlo", en la finca "nos instalamos nos escondimos que a esperar que llegara supuestamente el bandido que a cobrar la extorsión estábamos allí cuando llegó el bandido estábamos ahí en la finca cuando llegó el bandido decía que era disque un guerrillero de las Farc". Indica "mi sargento salió le dijo unas cosas", cuando "de una vez mi sargento le hizo poner un camuflado no se de donde salió ese camuflado mi sargento ahí disque póngase este camuflado y el se puso el camuflado entonces y botas pantaneras y salimos de ahí del sitio que supuestamente para Girardota", cuando iban por la carretera "saliendo de la finca", mi "sargento dijo paren" dando la orden "voltéense cuando nosotros nos volteamos cuando de una tatatata sentimos que mi sargento le disparo y el bandido cayó". Después de esto "empezó una serie de montajes mentiras después de que paso todo eso ahí el nos reunió y nos cogió usted dice esto y esto armo como una especie de cono si hubiéramos tenido un combate, formo ahí una reconstrucción de hechos pero como si hubiéramos tenido un combate". Le advirtió que tenía que decir "que él era un bandido de las Farc que nosotros íbamos por la carretera en un registro cuando nos encontramos con el bandido".

En su tercera versión Agudelo Espinosa, bajo la gravedad del juramento niega le haya pedido que le disparara, reiterándolo "en ningún momento dijo que disparara, en ningún momento el me dijo que disparara en ningún momento". Recalca que "él nos dijo que ese era un bandido que era un extorsionador que estaba extorsionando que estaba extorsionando por ahí en la vereda", siempre "escuchaba de ellos era que creara un positivo". Concreta que "el capitán Nivia si no recuerdo doctor se encontraba en la Barranera", pero "no sé pero ahí no se qué tenía que ver él con el sargento yo ahí si desconozco si el capitán le dio la orden al sargento yo de eso no tengo conocimiento". Se encontraba el Capitán Nivia "con otro grupo de soldados" en

la Marranera. El capitán Nivia se enteró del asesinato "por que el sargento reporta el que supuestamente combate y se lo tiene que reportar al comandante de la compañía y ahí debió a ver sido donde se entero el capitán Nivia que el supuesto combate que habíamos tenido". Insiste que el capitán Nivia "estaba en la Marranera", que queda a media hora donde fue muerta la persona. Aclara enfatizando que "nos emboscamos en la finca y supuestamente el extorsionista llegó a la finca y nosotros estábamos ahí emboscados", pero el capitán Nivia se había quedado "en la marranera". Insiste que el capitán Nivia no estaba en Las Lajas pues "por eso le digo que estaba en la Marranera".

4.15 Se incorpora concepto técnico sobre la trayectoria que siguieron los proyectiles en el cuerpo del occiso, (fls. 92 a 96, c.2).

4.16 Se escucha en declaración a Walter Arcángel García Osorio y John Freddy Urrego Correa, confirman que el segundo fue extorsionado por el hoy occiso, acudiendo a la finca donde labora en varias oportunidades a exigir una gruesa suma de dinero. El primero agrega que el occiso trabaja en una finca y otros decían que en un taller. El segundo agrega que extorsionó otras fincas. Siempre se presentaba en traje de civil y sólo, no le vio armas. Aclara que "El se hacía pasar como integrante de un grupo Paramilitar nunca me dijo el nombre". Además les decía que trabajaba en Barbosa, (fls. 126 a 130, c.2).

En posterior ampliación Urrego Correa, ya dice que no sabe cuanto dinero era el exigido, pues "era mucho pero la cantidad exacta no la se Yo le comuniqué eso a la patrona, cuando el fue allá la patrona nos llamó para hablar con él directamente en ese tiempo mi patrón era SUEEL PATRICIA VELASQUEZ". Aclara que "No se si se le pagaron porque el se entendía directamente con la patrona". Reitera que "el siempre iba con ropa de civil normas (sic) y nunca le llegue a ver armas". Siempre hablaron en presencia de su

esposa. Indica que "No supe nada de El", (fls. 193 a 195, c.2).

4.17 En descargos el cabo Alexis Rojas Acosta, narra los hechos en términos similares que sus compañeros. Fueron a la vereda la Playa porque "llamaron a mi capitán NIVIA, lo llamaron para informarle que estaba sucediendo algo de extorsiones en el sector de la vereda la Playa". Puntualiza que en el sector de la vereda la Playa "Delinque el ELN y milicias bolivarianas, no recuerdo el nombre y el orden público estaba muy pesado", (fls. 163 a 165, c.2).

En posterior ampliación ya ante la Fiscalía General aclara que lo dicho anteriormente es mentira y fue engañado por el sargento, quien tenía más experiencia. Reitera que lo normal y mandado es que se actúe siempre con una escuadra compuesta de 8 a 9 hombres, por lo mismo y por el engaño declaró, (fls. 206 a 211, c.4).

4.18 Abenis Marín Herrera, dice ser compañera permanente de John Freddy Urrego Correa, dice conoció al occiso porque en septiembre de 2005, fue a la finca "se presentó como Comandante de la Autodefensas y dijo que necesitaba que la patrona le pagara una plata por vigilancia y cuidados de la finca". Agrega, que "siempre iba en el día u iba supuestamente por la plata que había que darle". Concreta que "pedía un millón de pesos mensuales", aclara que "a él no se le pagó ese dinero porque la patrona averiguó si existía ese grupo de autodefensas en la zona y si había que pagar esa plata". A su patrona le dijeron "que no existía ese grupo, entonces le dijeron que era mejor que denunciara a esa persona y ella colocó la denuncia en el DAS, nunca se le dio el monto requerido pero cada vez que él iba nos exigía dinero entonces mi esposo y Yo le damos de 20000 a 30000 mil pesos mientras la patrona conseguía el dinero, ella colocó la denuncia en el DAS le dijeron que pactara una cita de encuentro con él para ellos llegar a capturar pero a él

nunca lo capturaron por que él nunca llegó". Que de no pagar se apropiaba de la finca, (fls. 190 a 193, c.2).

4.19 Se incorpora al plenario los folios 163 y 164 correspondientes al día 26 de septiembre de 2005 del libro diario que se lleva en la estación de la Policía de Barbosa, (fls. 61 a 63, c.3).

4.20 Se arrima copia de informe de patrullaje de la operación "Éxito", misión táctica "Secanet"; informe de patrullaje de la operación "Éxito", misión táctica "Secante", suscrito por el SS. Quiroz Flórez Eneil; copia de los INSITOP correspondiente a los días 25, 26 y 27 de septiembre de 2005, (fls. 74 a 87, c.3).

4.21 En segunda entrega sobre los hechos, pero ya sin juramento Didier Arley Gómez Londoño, manifiesta que encontrándose en la finca la Marranera, el sargento Quiroz, les dijo a "AREIZA, AGUDELO Y YO", que los acompañara, desplazándose a un finca en la vereda La Playa, una vez allí le ordenó se escondieran frente a la heredad, mientras el sargento se quedó con "el soldado AGUDELO", una vez aparece una persona "mi sargento le dijeron que alto, y nosotros reaccionamos también, y el habló con él", aclara que "parecía normal, una requisita, en ese momento me pareció que fue normal y él hablo con el señor ahí presente, después yo llego él y la persona que había ahí, pues el comentario que reclamaba un extorsión en la finca, el sargento me dice que me cambie en civil, que él mismo señor de la finca me prestaba una ropa y unos zapatos y que vaya a donde, a la finca la MARRANERA que fuera, que con mi CAPITAN iba a mandar unas cosas". Al llegar a la finca la Marranera "MI CAPITAN NIVIA me entrega un bolso", pues "hay sabía para que iba", advirtiéndole que "se lo lleve a mi sargento, yo llegó vuelvo y me desplazo hacia el lugar de la playa", al llegar "mi sargento me da la orden que me camufle", el revólver y el camuflado se lo coloca a la personas que resultó muerta, lo que cumple, luego escucha los disparos y ve cuando la persona

cae. Ya fue condenado a 28 años por otro caso similar, (fls. 300 a 320, c.3).

En la etapa probatoria ya bajo la gravedad de juramento amplia su versión, indicando "nos encontrábamos el día de los hechos en las horas de la tarde en un sitio de Barbosa llamado la Marranera, nos encontrábamos allí, por lo que en ese entonces el capitán Nivia nos asignaba, salíamos a operaciones, eso era lo que decía el sargento Quiroz, nos encontrábamos en las horas de la tarde allí con el cabo Rojas, el sargento Quiroz se encontraba por fuera, llegó y nos dijo a tres soldados que nos encontráramos allí, el soldado Agudelo, Aleiza y a mi, que íbamos para una operación, llegamos al sitio en la vereda La Playa en una casa finca, cuando llegamos allá dijo que tenía la información de un señor que estaba reclamando una extorsión, que le pusiéramos cuidado, cuando llegué allá lo detienen, el me dice que me haga el favor y que me cambié con una ropa que me prestó un mayordomo, me parece que era el de la finca, me dice que vaya hacia donde el señor capitán Nivia que le recogiera un bolso que el tenía allá, yo llego donde esta Nivia, recojo eso, me dirijo otra vez hacia la vereda La Playa y cuando el me dice que me cambie, que me ponga de camuflado, cuando me camuflé, ya veo que la persona que me había matado lo veo camuflado, me dice a mi y al soldado Aleiza que camináramos hacia la parte de adelante, lo que el nos había dicho y que íbamos para una operación y estando allá adelante, cuando escucho los disparos y cae muerto, el mató al señor que había ahí". Reitera que Quiroz le pide "vaya donde el capitán Nivia, me recoge el bolso, en las cosas que tengo allá donde mi capitán, yo llego allá y le digo a mi capitán que un bolso del sargento Quiroz, me dice vea como", aclara que "las cosas que el tiene allá, de ahí y me entrega". No le hizo ningún comentario por haberse presentado de civil.

En audiencia pública ratifica sus dichos anteriores insistiendo que "el sargento Quiroz se encontraba por fuera, llegó y nos dijo a tres soldados que nos

encontráramos allí, el soldado Agudelo, Aleiza y a mi, que íbamos para una operación", luego que se viste de civil "me dice que vaya hacia donde el señor capitán Nivia y que le recogiera un bolso que el tenía allá, yo llego adonde esta Nivia, recojo eso". Reitera "él me dice vaya donde el capitán Nivia, me recoge el bolso, en las cosas que tengo allá donde mi capitán, yo llego allá y le digo a mi capitán que un bolso del sargento Quiroz, me dice vea chino las cosas que el tiene allá, de ahí y me entrega". Pese a estar de civil ningún comentario le hizo el acusado.

4.22 Se incorpora copia de sentencia anticipada proferida en contra de Eneil Quiroz Flórez, al haber confesado y aceptado cargos por el homicidio de Carlos Alberto Ospina Bedoya y concierto para delinquir agravado, (fls. 81 a 88, c.4).

5. ACTUACIÓN PROCESAL

Con ocasión del cadáver que aparece en la morgue, la Fiscalía 64 Seccional delegada ante los Juzgados Municipales de Barbosa, abre indagación previa el 27 de septiembre de 2005, (fl. 84, c.1).

Una vez practicada alguna prueba, el Juzgado 24 de Instrucción Penal Militar, con decisión del dos de junio de 2009, opta por remitir la actuación a la Fiscalía General de la Nación por competencia, (fls. 204 a 212, c.2).

En enero 12 de 2010, la Fiscalía Once Especializada, avoca conocimiento y dispone la práctica de pruebas, (fls. 5 a 7, c.3)

Una vez escuchado en indagatoria a Carlos Andrés Nivia Serrano, el 18 de abril de 2012 se le resuelve la situación jurídica, adoptando en su contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin beneficio de libertad provisional, por los delitos de homicidio en persona protegida por el Derecho Internacional

Humanitario y concierto para delinquir agravado, (fls. 214 a 234, c.3).

Precluida la investigación, ésta se declaró clausurada parcialmente en julio 9 de 2012, (fl. 44, c.4). Al calificar el mérito del sumario, el Instructor resuelve proferir acusación en contra de Carlos Andrés Nivia Serrano, por iguales delitos que le impuso la medida aseguramiento, (fls. 154 a 170, c.4).

Así fue como llegaron las diligencias a este Despacho, avocándose conocimiento en febrero 1° de 2013 (fl. 247, c.4). El juicio se rituó con fundamento en los parámetros señalados para esta particular competencia. Se fijó el 20 de junio último pasado, 2013, para dar inicio a la diligencia de audiencia pública, culminándose el siguiente día 21 de junio.

En este debate, el señor Fiscal Delegado luego de hacer un recuento de los hechos y la actuación procesal considera que el material probatorio recaudado en la instructiva no ha variado, reuniéndose los presupuestos exigidos para proferir condena de conformidad a la norma vigente y de acuerdo a la acusación que por concierto y homicidio en persona protegida se endilgó.

Todo de conformidad a la confesión de Eneil Quiroz, al aceptar que decide darle muerte al señor Carlos Alberto Ospina Bedoya, como previamente habían dispuesto o acordado con el capitán Nivia Serrano, que debería ser pasado por una persona muerta en combate, por lo mismo, le ordena a Didier Gómez recoger un bolso en la finca La Marranera, donde se hallaba para entonces el capitán Nivia Serrano, el cual contenía un camuflado y un revolver que a la postre fue con lo que apareció muerto el precitado y presunto extorsionador, todo como quedó probado, y lo reconoció Eneil Quiroz Flórez y como el mismo lo admite, tanto en su ampliación de indagatoria rendida el 21 de marzo

de 2012 y en el testimonio que rindiera en esta vista pública".

Así considera que la responsabilidad del aquí acusado es muy clara de conformidad con la declaración de Eneil Quiroz Flórez, al reiterar que de esos hechos "estaba en común acuerdo con su capitán Nivia Serrano, que atendiendo las personas que eran capturadas y puestas a disposición de la Justicia salían asesinadas, ello ante la presunta inoperancia de la acción de la justicia, decidieron que en especial esta persona vinculada con hechos de extorsión iba a ser asesinada", lo que cumplieron conforme a lo concertado.

Explica que con la misma declaración queda acreditado que el procesado Nivia Serrano "conocía o sabía de lo que iba a realizar el interrogado Quiroz Flórez, quien manifiesta que él sí tenía conocimiento y lo recalca, conocimiento claro de todo lo que él realizaba, toda vez que el permanencia a todo momento con él".

Por lo mismo el capitán Nivia Serrano, sobre el bolso "sabía de su contenido, toda vez que con él se había acordado ese hecho, es decir, dar muerte al extorsionista, vestirlo con prendas de uso privativo, dotarlo de un arma para hacerlo pasar por muerto en combate en la subversión".

En tales condiciones la retractación cumplida por Quiroz Flórez "de los contundentes señalamientos hechos con anterioridad en contra de Nivia Serrano, tal retractación no debe ser atendida por el señor juez al momento de dictar sentencia porque si nos damos cuenta el señor Quiroz ante pregunta del señor defensor acerca del sitio y ubicación para ese momento de estarse desarrollando los hechos señala que no se acuerda en que sitio y de los varios que menciona podía estar el señor Nivia Serrano" dice que se hallaba en la Marranera, por lo mismo "entregó el morral o bolso a Didier Gómez Londoño, de ahí que la Fiscalía

le hubiera hecho un cuestionamiento acerca de esa contradicción y lógicamente su respuesta es evasiva, volátil, tratando de sobrepasar esa retractación que a la manera de ver de la Fiscalía es un relato alejado de la verdad en cuanto al compromiso penal o responsabilidad del señor Nivia Serrano"

Por lo mismo, con base y "análisis de la versión de Quiroz Flórez y de Gómez Londoño podemos concluir que hay una correlación entre lo que dice Quiroz cuando ordena a Gómez Londoño acudir donde Nivia para que le entregue el bolso y ante la declaración rendida por el señor Quiroz Flórez en esta vista pública".

Para rematar su intervención, considera fundamental, el "por qué el capitán Nivia Serrano no hizo observación alguna y ahí sí llamado de atención o algún otro similar a Didier Gómez Londoño del porqué se presentaba vestido de civil a recoger un bolso, siendo que éste estando en un operativo militar ordenado por él tenía que estar de civil o estaba de civil, entonces concluyendo frente a las anteriores premisas ese aspecto nos conduce a concluir que ese silencio total de Nivia Serrano frente a la aparición de Gómez Londoño reclamando un bolso, es demostrativo, reitero, de que Nivia Serrano estaba entregando ese bolso con un fin o propósito que él ya sabía y que además sabía o tenía conocimiento del contenido de ese bolso. Así las cosas, no existe duda para la Fiscalía como no lo debe existir para el despacho del" fallador para proferir sentencia condenatoria, por cuanto "si una persona civil o de la población civil que de acuerdo al principio de distinción, tratado por la Corte Constitucional en sentencia C-291 de 2007, indica que las personas que no pertenecen a un grupo armado son personas protegidas por el derecho internacional humanitario".

Por su parte en sus alegatos finales el acusado, señala que jamás fue señalado, en sus 19 años de servicio, el haber intervenido en este tipo de situaciones, lo cual es verificable en mi hoja de servicio. También por

esta falta, "específicamente, a muertos y bajas en combate, hizo que mi carrera militar fuera concluida por parte del mismo mando militar por calificación de servicios al no haber tenido resultados de renombre ni conceptos de mandos superiores o presentación de resultados". Concluyendo es totalmente ajeno los hechos materia de juzgamiento, solicitando absolución.

Contrario a lo anterior, la defensa se ha decantado por reclamar de la judicatura la absolución de su prohijado; luego de hacer un recuento de los hechos y actuación procesal, ha considerado que, quedó probado en el juicio su inocencia, al no surgir prueba "que conduzca, a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado y subrayo y de la responsabilidad del procesado, esto significa que las pruebas contenidas y practicadas dentro de todo el devenir procesal no sólo en la etapa sumarial en la Fiscalía sino también y principalmente y practicadas cognoscitivamente por usted señor Juez deben tener la fortaleza jurídica que permita inferir de una manera concreta, sin lugar a ningún tipo de duda que no solo la conducta sino también la responsabilidad están debidamente probadas, en el caso que nos ocupa y frente a esa exposición legal del Art. 232 del C. de procedimiento Penal no existe duda como siempre lo he manifestado en todas mis actuaciones de la materialidad del hecho, es decir, de la ejecución extrajudicial por parte de miembros el ejercito Nacional del ciudadano Carlos Alberto Ospina en la fecha de marras, pero así como es cierto a mi anterior apreciación frente al valor probatorio también debo ser enfático en señalar que no existe la prueba contundente, que no existe la prueba que cobre esa respuesta al interrogante de la responsabilidad de mi prohijado".

Y, "no existe dicha prueba porque las escasa que tenia la Fiscalía en la etapa sumarial fueron desvirtuadas en la audiencia, dentro de los derechos que mi prohijado tiene, que la constitución le entrega y tal vez como base fundamental del debido proceso se encuentra el

principio de la presunción de inocencia", pues en las primeras versiones rendidas por los responsables "no nombra al señor capitán Nivia en ningún momento dentro de sus declaraciones, es más, con las ampliaciones de indagatoria, rendidas en el proceso por estos soldados y por Eneil Quiroz específicamente sin dubitativos al momento de señalar la responsabilidad del aquí procesado".

Con respecto de la declaración de "Eneil Quiroz, principal y única prueba de cargo de la Fiscalía General de la Nación", se trata de "un relato concatenado, lógico y secuencial, que analizado en conjunto con los demás elementos de prueba que existen en el proceso, es el que el señor Eneil Quiroz pronunció ante este Despacho Judicial".

Este testigo a la pregunta de tuvo "el aval o la participación de su superior jerárquico, fue contundente, categórico, sin dudar en un instante su respuesta, indicando que no, que no tenía conocimiento, que no había sido algo orquestado, que no había sido algo consensuado, por el contrario afirmó que dicha actuación la realizó por iniciativa propia, lo que indica procesalmente, desde este mismo momento que la acusación realizada al señor Carlos Andrés Nivia Serrano como autor o coautor del delito de concierto para delinquir no tiene ningún sustento probatorio, que se cae de su propio peso y que en virtud a que las manifestaciones hechas por el señor Eneil Quiroz no se puede deducir o concluir o puntualizar algún tipo de prueba que sustente tal imputación, por este sentido y desde yo solicito al Despacho y en lo que tiene que ver específicamente a la imputación hecha por el delito de Concierto para delinquir que sea absuelto, porque la Fiscalía en ningún otro momento procesal ha podido demostrar el tipo penal previsto".

Junto a ello "Quiroz Flórez decide quitarle la vida a Ospina en el momento en que y entre camillas lo capturan, es decir, en el momento en el que ya están en la vereda La Playa, realizando la operación a la

cual había sido designado, de la anterior aseveración se desprende que en ningún momento Eneil Quiroz Flórez tomó la decisión de ejecutar estos hechos en compañía de su capitán Nivia, toda vez que de haber sido planeado este evento en reuniones anteriores como lo esbozo Eneil Flórez en la diligencia del 21 de marzo el bolso y su contenido los hubiese llevado consigo".

Se debe tener presente que la primera versión ante la Fiscalía es "refutada por el propio Quiroz en esta diligencia de juicio oral pues no solo niega haber compartido la noche anterior al suceso con el capitán Nivia sino que igualmente señala de una forma precisa y contundente que el por ser mando superior, específicamente, un oficial no permanecía con frecuencia los dos reunidos, de la misma manera manifiesta la fiscalía que el sargento Quiroz dentro de su planeación de los hechos investigados utilizó al soldado Didier Gómez para ir a reclamar el bolso que contenía los elementos ya mencionados", pues que "él le ordeno ir a la Marranera a sacar de su morral de combate el bolso que tenía guardado en él, informando al soldado Didier y ante la no certeza de la ubicación del capitán Nivia en la Marranera que sacara esa bolsa de sus compartimientos y se la trajera", pues "como obra dentro del expediente específicamente en el cuaderno Nro. 3 a folio 75 y 76 que se refiere al ínsito (informe de situación de tropas) firmado por el Teniente Jairo Bocanegra de la Torre, comandante del Batallón Numero 4 Ospina se puede determinar realizando un análisis a la prueba documental, que el capitán Nivia para los días 25 y 26 de septiembre del año 2005 se encontraba en el sitio conocido como Pescadito, cumpliendo funciones del comando de la fuerza de tarea del cual estaba siendo el remplazo del mayor Naranjo, en este orden de ideas y teniendo como base geográfica que el sitio conocido como Pescadito es al norte de la jurisdicción, cerca de Cisneros, sitio alejado y distante de la Marranera y de la Playa, no podía el soldado Didier Gómez Londoño encontrar al Capitán Nivia porque él no estaba ahí".

De otro lado si "hubiese entregado el morral descrito, este sólo comportamiento por si sólo no tiene la relevancia jurídica para desvirtuar la presunción de inocencia y condenar a mi prohijado, toda vez que como también lo manifesté el señor Eneil Quiroz en diligencia llevada a cabo en este Despacho ante la pregunta específica por parte de esta defensa, en ningún momento dudó al contestar que ni él soldado Didier Gómez Londoño ni absolutamente nadie más tenía conocimiento del contenido del morral y mucho menos tenía conocimiento de la destinación que se le iba a dar a tal contenido".

Remata su intervención que "teniendo como fundamento probatorio el testimonio rendido por el ciudadano Eneil Quiroz en la vista pública y valorado el conjunto y la totalidad de las pruebas allegadas al expediente debo señalar enfática y contundentemente que no existe prueba que permita llevar al Despacho juzgador a una aceptación de responsabilidad por parte de mi prohijado, enfatizo a que a la ley 600, C de P.P. Art. 232 en el cual se establece como obligación al momento de dictar una sentencia de carácter condenatorio, la existencia inequívoca de pruebas y medios de convicción que lleven al Juez a tomar esa decisión, en este caso específico para esta defensa no existe duda que no se han cumplido los parámetros establecidos por ese artículo, no existe duda que dentro del acervo probatorio y su valoración haya prueba contundente que le permita al juzgador emitir una sentencia condenatoria, al contrario, las pruebas obrantes dentro de la foliatura, las que venían desde la etapa sumarial así como también las decretadas y practicadas en la vista pública son contundentes para demostrar la inocencia", imponiéndose sentencia absolutoria.

6. RESPUESTA A LOS ALEGATOS

En la parte de los considerandos se irá dando respuesta a los planteamientos de los sujetos procesales, pudiéndose apreciar allí las concordancias y divergencias con sus formulaciones.

Entiende el Despacho el afán del señor defensor por sacar avante a su pupilo en el compromiso que en los actuales momentos tiene con la justicia y en ello no existe discrepancia, pues, como bien lo señala la doctrina, su oficio es razonar para argumentar en favor de su asistido y por ello no puede ser imparcial, como quiera que debe anteponer su premisa a las que haya elaborado la Fiscalía como ente acusador.

Sea lo segundo aclarar, en respuesta a los pensamientos del señor defensor, al señalar que no se logró, en el presente proceso penal la certeza de la responsabilidad. Debiéndose recordar que en la modernidad este criterio se ha visto como imposible desde la óptica objetiva, toda vez que, como lo tienen decantado doctrina y jurisprudencia, en esta clase de averiguatorios, como en cualquier otro sistema de investigación, tan sólo se llegará a "una aproximación a la verdad", atendiéndose que ha sido característica de estos juicios el alcanzar una verdad histórica, que por lo mismo su objetivo es una realidad ya vivida, y en tal sentido ya gastada, que abarca hechos pretéritos, insucesos agotados que innegablemente quedaron en el pasado, hechos póstumos, situaciones que junto a su presente existencial está desaparecido.

Lo precedente ha venido siendo plasmado y reconocido por los altos Tribunales administradores de justicia, siendo la Corte Constitucional la encargada de enseñar que: "Obviamente, como lo ha indicado la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, no se trata de una certeza absoluta - pues ella es imposible en el campo de lo humano - sino de una certeza racional, esto es, más allá de toda duda razonable", pronunciamiento C-609 de 1996.

Lo mismo ha venido reiterando la Corte Suprema de Justicia¹ en cuanto al momento de proferir un fallo, la posible verdad fáctica u objetiva está desaparecida, y por ello, el "hecho pasado denominado delito,

¹ M. P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego, once de agosto de mil novecientos noventa y nueve.

este jamás podrá observarse directamente por el funcionario judicial, sino que él lo aprehende por medio de una reconstrucción histórica que le brindan las pruebas y también por el uso de la razón, como operación intelectual de índole inductiva y probabilista, para pasar de los datos verificados y conocidos a la conclusión o elemento desconocido".

De otro lado, el artículo 238 del Código de Procedimiento Penal, ley 600 de 2001, establece el sistema de valoración probatoria que nos rige, no siendo otro que las "reglas de la sana crítica", esto es, que el razonamiento probatorio se presenta como una inferencia que permite pasar, a través de las máximas de la experiencia, las reglas de la ciencia y los parámetros de la lógica, de unos medios probatorios a unos hechos probados; sin desconocer que la conexión entre los elementos de juicio que tenemos en las manos son del presente, y los hechos probados, que necesariamente son del pasado, se tienen como una inferencia inductiva, la conclusión sólo tiene, entonces, el valor de una hipótesis probabilística.

En tales condiciones, los medios de prueba para emitir sentencia de condena son aquellos que nos permitan superar toda duda razonable, para poderse afirmar que estamos convencidos, psicológicamente, no sólo sobre la existencia del tipo objetivo, sino también en lo referente al subjetivo o responsabilidad del acusado.

Advertimos que llegamos a la persuasión psicológica necesaria de culpabilidad para Carlos Andrés Nivia Serrano, tal y como lo hiciera el representante de la fiscalía, soportada en convicción objetiva, como lo enseña la S. Corte Suprema de Justicia² "que 'no se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obren pruebas que conduzcan a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado', tanto porque democrática y justamente dicho precepto reivindica la certeza objetiva (fundada en medios de convicción), como porque nos señala nítidamente que no es la

² Sentencia 10 de abril de 1997, M.P., Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

prueba en sí la que constituye la certeza (o la duda) sino que ella apenas se erige en un medio o vehículo para llegar a dicha meta, pues tal es el sentido del verbo 'conducir'. Por ello, con sobrada razón los expositores del método racional pregonan que 'las pruebas no se cuentan sino que se sopesan'".

Con dichas precisiones y percibida la prueba relacionada en acápite precedente, consideramos, como veremos más adelante, que ésta cuenta con textura sólida, ayuna de resquicio o fisura capaz de debilitarla y, por lo mismo, nos permite superar toda duda racional que se pueda plantear con respecto a la responsabilidad del acusado, como coautor del injusto penal contra la vida, en concurso material heterogéneo con concierto para cometer delitos determinados.

Desde esta perspectiva, los planteamientos orientados a la absolución del acusado, fundada en la retractación del Sargento Eneil Quiroz Flórez, obtendrá respuesta en seguida.

Dígase, desde ya, que al hacer el estudio concienzudo de la confesión de Quiroz Florez y los soldados que lo acompañaron, concluimos que es una verdad irrefutable que como subalterno se confabuló con el acusado para cometer falsos positivos, pero tampoco es menos cierto y así quedó demostrado, que una víctima de dicho actuar lo fue Carlos Alberto Ospina Bedoya y que tenían pleno conocimiento sobre su identificación y arraigo, pese a ello le ocultaron sus documentos e identidad propiciando le hicieran el levantamiento y necropsia como NN.

Estos y otros aspectos probatorios se analizarán en el acápite de las consideraciones posteriores, donde se ampliarán y advertirán las discrepancias del Juzgado con los diferentes planteamientos propuestos, anunciándose, desde ya, que existen suficientes elementos de juicio para proferir sentencia condenatoria y excluir, por ausencia de

soporte justificativo, las exculpaciones invocadas con respecto a los reatos contra la seguridad pública y el homicidio agravado. En consecuencia, se desatenderán los esbozos jurídicos formulados, en tal sentido, que pretenden absolución, acogiéndose, por el contrario, los que la reclaman condena.

Así se comparten los criterios de la Agencia Fiscal, excepto en cuanto a la adecuación típica de homicidio en persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario, al considerar el Despacho que la conducta se inscribe en homicidio agravado, por el estado de indefensión en que pusieron a la víctima.

7. CONSIDERACIONES.

En cuanto a la condena solicitada por el señor Fiscal, el Juzgado comparte, en términos generales, sus planteamientos, ya que su examen al conjunto de las pruebas aportadas denota un sereno análisis de la situación y entregan luces al enfoque objetivo del caso, sobre todo en lo relacionado con la falta de concreción entre las iniciales argumentaciones para justificar un enfrentamiento armado con señalamientos vertidos por el cabo y soldados que actuaron bajo el mando de Carlos Andrés Nivia Serrano. Además con la prueba evacuada y acopiada a lo largo de la investigación para su verificación.

Dentro de la dualidad de exigencias relacionadas por el artículo 232 del Código Instrumental Penal, ninguna duda aflora, como quedó reseñado en el acápite de las pruebas, en cuanto a la ocurrencia de los insucesos base de estudio, los que surgieron como una confabulación, mínimo entre dos miembros del Ejército Nacional, dirigida inequívocamente a quitarle la vida a Carlos Alberto Ospina Badoya. Para el efecto y justificar su actuar ilícito lo señalaron de ser extorsionista y pertenecer a un grupo armado ilegal; para luego, como comandantes, elaborar un informe consignando haber sostenido un combate con el anterior,

viéndose obligados a reaccionar disparándole, logrando repeler el ataque y darle de baja, recuperando un revolver calibre 38 largo.

Los aspectos objetivos de los injustos que no ofrecen mayores problemas, ni fue discutido el homicidio por los sujetos procesales; por cuanto a este referente debe decir el juzgador que al protocolo penal, en aras a demostrar el aspecto objetivo de las infracciones, fueron allegadas las probanzas que se vienen de relacionar, las cuales no dejan duda alguna sobre la estructuración material de los reatos por los que se procede, a saber:

Acta de levantamiento y correspondiente obituario, describiendo el cadáver de un cuerpo de sexo masculino, sin identificar, con tres orificios de entrada de arma de fuego, en hechos ocurridos promediando las 7:00 de la noche del 26 de septiembre de 2005, en la vereda La Playa del municipio de Barbosa.

Refuerza lo anterior las diferentes declaraciones de los cuatro miembros del Ejército Nacional que participaron en los hechos ya relacionados en acápite correspondiente sobre los disparos que le causaron el deceso, así como el acta de necropsia y el registro civil de defunción del mismo óbito.

Igualmente, con suficiencia probatoria fue certificado el punible contra la seguridad pública, con la declaración del cabo Eneil Quiroz Flórez, en particular con la aceptación de estar siendo investigados por hechos similares.

Considera este despacho que por sobre todo se demuestra la materialidad de los punibles, en particular contra la seguridad pública, con la confesión llana y simple del Sargento Eneil Quiroz Flórez, ya condenado mediante sentencia anticipada, al avenirse de manera voluntaria, libre y espontánea, por cuanto dicho acto, con

fundamento en jurisprudencia constitucional estructura confesión natural, al enseñar de vieja data que: "La aceptación de los cargos por parte del implicado en el trámite de la sentencia anticipada, guarda cierta similitud con la confesión simple, por cuanto el reconocimiento que hace el imputado ante el fiscal o el juez del conocimiento, de ser el autor o partícipes que se investigan, debe ser voluntario y no hay lugar a admitir causales de inculpabilidad o de justificación.", Sentencia C-425 de 1996.

En posterior pronunciamiento reiteró, "El Estado reconoce que los elementos de juicio aportados hasta ese momento son suficientes para respaldar un fallo condenatorio que debe partir de la certeza del hecho punible y de la responsabilidad del sindicado, certeza que se corrobora con la aceptación integral de los hechos por parte del imputado. La aceptación de los cargos obra como confesión simple", Sentencia SU-1300, diciembre 6 de 2001, M. P., Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Para en más reciente pronunciamiento y tratando esta figura jurídica en el nuevo sistema acusatorio, estableció, aclarando "el tema relevante es la evolución que ha tenido el instituto de la terminación anticipada del proceso mediante sentencia anticipada, opción que comporta confesión y por ende aceptación unilateral de cargos, se ha hecho referencia a la institución que se ha desarrollado paralelamente a tal mecanismo, basadas ya no en el allanamiento, sino en el consenso entre fiscal y procesado", aclarando que "En el nuevo sistema la aceptación unilateral de los cargos conduce a una sentencia condenatoria, por lo que tiene como presupuesto la confesión simple del imputado o procesado. Debe aclararse que se trata de una idea de confesión en sentido natural, como admisión de cargos sin condicionamiento alguno". Sentencia T-091, febrero diez (10) de dos mil seis (2006), M. P., Dr. Jaime Córdoba Treviño.

Señalando la propia Corte Suprema de Justicia "Sobre la figura de la sentencia anticipada, la Corte

Constitucional en sentencia SU-1300 del 6 de diciembre de 2001, sostuvo que la aceptación de cargos constituye una confesión simple, con la cual tanto el Estado como el sindicado efectúan renunciaciones mutuas, pues aquél dejará de ejercer sus poderes de investigación, mientras este renuncia al agotamiento del trámite normal del proceso, así como la controversia de la acusación y de las pruebas en que se fundan", concluyendo "Desde luego, esa aceptación de responsabilidad penal debe estar sustentada en elementos de juicio que la avalen, pues la sola manifestación del procesado no es suficiente soporte para el fallo". Rad. Nro. 22.453, 26 de junio de 2008.

Actitud procesal asumida, esencialmente por que ya había confesado ante el señor Fiscal Once Especializado, el día 21 de marzo de 2012, por lo que, en atención a la fuerza de esta situación, termina por allanarse y aceptar cargos confines de sentencia anticipada, y por esta vía, insistimos, ratificar la confesión.

Basta esta simple ojeada para cerciorarnos que de autos se dan todos los elementos que las normas en cita requieren como fundamento de la típica figura jurídica del concierto para delinquir, la presencia de un número plural de individuos, mínimo dos, organizados adecuadamente, prestos a correlacionar sus actividades al margen de la ley, en particular suministrar lo necesario para simular el combate y elaborar los informes espurios, en donde aparecen las actividades que cada uno cumplió.

Observamos que surge su unión más o menos permanente, como quiera que se prolongara por varios meses, para en el transcurso de dicho lapso haber sido sorprendidos en tal actividad. Demostrativo ello, que tenían el claro propósito de perdurar durante largo tiempo. Unidos e identificados, todos, con el designio de obtener pinches permisos y felicitaciones o condecoraciones.

En efecto, como quiera que el concierto para delinquir presupone la existencia de una organización, conformada por dos o mas personas que previamente se han puesto de acuerdo para llevar a cabo una pluralidad de delitos o uno en particular "bien concurriendo cada uno de los plurales agentes a realizar de manera integral y simultánea el comportamiento reprimido en la ley - coautoría propia - o mediante una división de trabajo con un control compartido del hecho o con su codominio, de manera que cada coautor al brindar un aporte objetivo a la ejecución del delito realiza la voluntad colectiva.". Radicado 17.087, sentencia de septiembre 23 de 2003.

No hay duda, entonces, según la prueba aportada, que se han desplegado dos comportamientos adecuables con perfección a las hipótesis de conductas descritas en los artículos 103, 104-7 y 340-2 del Código Penal.

7.1 Así se le imputa al Capitán del Ejército Nacional, Carlos Andrés Nivia Serrano, como acciones punibles el haberse concertado con el Cabo Quiroz Flórez, para cometer homicidios, y en desarrollo de dicho acuerdo haberle quitado la vida violentamente a Carlos Alberto Ospina Bedoya, en horas de la tarde del día 26 de septiembre de 2005, en la vereda La Playa del municipio de Barbosa, para hacerlo aparecer como extorsionista dado de baja en enfrentamiento armado.

El juzgado no desconoce que el acusado se encontraba, para el día de los hechos, como aparece de la prueba aportada por el Batallón de Ingenieros No 4 General Pedro Nel Ospina, de comandante de Equipo de Combate Dragón; mientras el sargento Quiroz Flórez, lo era en Dos Quebradas del municipio de Barbosa. Igual que un pelotón está compuesto por 36 soldados, del que hace parte dos escuadras con quince soldados y un sargento, igual existía una "ORDEN DE OPERACIONES 'ÉXITO' MISIÓN TÁCTICA No. 085/05 SECANTE". Por eso el estudio probatorio no quedaría completo si no se ocupara de establecer seguidamente lo realmente ocurrido de

acuerdo con los medios de prueba incorporados en la instrucción y vista pública y con los testimonios de los testigos de cargos, en orden a dilucidar si verdaderamente, Carlos Alberto Ospina Bedoya era miembro de las AUC, FARC, ELN y/o desarrollaba actividades de extorsión, además si efectivamente tanto Nivia Serrano y Quiroz Flórez, se concertaron para asesinar a quienes consideraban delincuentes, entre otros, a Ospina Bedoya, haciéndolo aparecer como dado de baja en combate.

Nos vemos llamados a advertir que este es uno de aquellos procesos en donde el dispensador de justicia debe decidir si le otorga credibilidad a los testigos de cargos presentados por el Ente Calificador, en particular de las afirmación hechas en las primeras indagatorias rendidas ante la Fiscalía General de la Nación por el sargento Quiroz Flórez y los soldados que participaron en el homicidio, o si por el contrario se le da crédito a las exculpaciones del implicado y en concreto a la declaración del mismo Quiroz Flórez en la vista pública, en la que ya se retracta y proceder a absolverlo. Ello analizado a partir de la secuencia histórica-lógica probatoria, después de un examen crítico de todos y cada uno de los acontecimientos anteriores, concomitantes y posteriores al acontecer fáctico.

Se establece que entre las personas que fueron comprometidas en el episodio ilícito que nos convoca, entendiéndose como tales los venidos de relacionar Capitán Nivia Serrano y Sargento Quiroz Flórez, existió una relación de subordinación que permitió recibir órdenes el segundo del primero, en calidad de comandante del Equipo de Combate Dragón, lo que les facilitó confabularse para dar muerte a quienes consideraban enemigos o delincuentes, entre otros a Carlos Alberto Ospina Bedoya, en la tarde del 26 de septiembre de 2005.

Igual como circunstancia antecedente se tiene acreditado que el hoy óbito, trabajaba en un taller en el municipio de Barbosa y cuidando la finca del señor Ricardo

Estrada, ubicada en la vereda la Playa del mismo municipio, igual que el día 26 de septiembre salió de la clínica donde se encontraba su esposa convaleciente de una operación, dirigiéndose a su lugar de trabajo. Lo que es confirmado por su progenitora María Rosmira Bedoya de Ospina, sus familiares Nelson de Jesús Ospina Bedoya, Yomar Esneider Rivera Ospina, María del Socorro Ospina Bedoya y su esposa Lía Magdalena Roa González.

Hechos que son corroborados por Walter Arcángel García Osorio, quien luego de decir su amigo era extorsionado por el hoy occiso, enfatiza se enteró que trabajaba "unos decían que en una finca. Otros que en un taller". Pese a que las declaraciones fueron rendidas ante el Juzgado Veinticuatro de Instrucción Penal Militar, notándose una cierta parcialidad en el interrogatorio, es el propio John Freddy Urrego Correa, quien afirma que la persona que supuestamente lo extorsionó "Nos contaba que él trabajaba en Barbosa".

Como momentos concomitantes al actuar ilegal y que ocurrieron entonces, bajo este contexto, tal como se presentó, fue el recorrido que debía hacer hasta la finca donde laboraba en la misma vereda la Playa, camino en el que fue interceptado por el sargento Quiroz Flórez y los tres subordinados que lo secundaban, tal como lo afirmó el soldado Didier Arley Gómez Londoño, al enfatizar que "mi sargento le dijeron que alto, y nosotros reaccionamos también, y él habló con él", puntualiza "parecía normal, una requisa, en ese momento me pareció que fue normal y él habló con el señor ahí presente". Un segundo evento, consistente en que al percibirse el sargento que podía eliminarlo físicamente, le da la orden a Gómez Londoño, se dirija hasta la finca la Marranera donde se encuentra el Capitán Nivia Serrano, con el fin le entregara el bolso en el que le envió el uniforme, el pasamontañas y el revólver. Una tercera actuación simultánea, el ordenarle a la víctima se vistiera con el uniforme, se pusiera la capucha, para de inmediato dispararle tres disparos que le segaron la vida en forma

instantánea, seguidamente el mismo Sargento Quiroz Flórez con el fin de "simular" un combate, le coloca el revólver en la mano al hoy occiso y lo acciona en tres oportunidades, para de inmediato darle la orden a los soldados hicieran disparos al aire, llamando simultáneamente a sus superiores e informándoles que habían dado de baja a un delincuente.

Y, como hechos posteriores al asesinato, dedicarse el Sargento Quiroz Flórez a elaborar los informes y preparar los testigos para que lo secundaran en la presentación ante las diferentes autoridades se trató de una baja en combate, como lo afirmaron los soldados, es decir, que efectivamente un grupo de tres subversivos o delincuentes los atacaron y ellos reaccionaron de conformidad a los protocolos del Derecho Internacional Humanitario.

7.2 En lo tocante con el conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la responsabilidad penal del acusado Capitán Nivia Serrano, en cuanto a la preparación y participación inequívoca en la muerte violenta de Carlos Alberto Ospina Bedoya, vale que el Despacho insista que comparte los argumentos del señor Fiscal.

Como es de dominio por la sociedad, el derecho a la presunción de inocencia impone que "Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable", artículo 29 de la C.N., significando con ello que debe ser tratada como tal mientras no se produzca una sentencia condenatoria definitiva sobre su responsabilidad penal; igual, se impide la condena sin pruebas; que los elementos de juicio para condenar han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucional y legalmente legítimos; que la carga de la prueba pesa sobre el ente acusador; que las diligencias sumariales, no obstante que constituyen evidencias de cargos en las actuaciones preliminares al debate público, ello no obsta para que se les anteponga los testimonios recibidos en el juicio oral, en el entendido que en un momento dado carezcan de eficacia probatoria cuando se amplíen, reproduzcan o se desvirtúen en esta etapa, al permitir a las

partes procesales someterlas a contradicción, siempre que se hayan observado las formalidades constitucionales y procesales en orden a garantizar la libre declaración y defensa de los ciudadanos.

Aspecto que refleja la situación de las diligencias instruidas en el caso sub lite, pues en su tramitación se produjeron determinadas incidencias que, no siendo suficientes para trascender hacia la nulidad de todo o parte de lo actuado, sí son capaces de extender sobre la declaración de cargos determinados cuestionamientos que imponen prudencia debido a las permanentes retractaciones, sus incoherentes y flagrantes contradicciones a lo largo de la instrucción y del juicio, lo que nos aconseja ser muy cautos en su valoración.

En lo particular con lo afirmado por la pareja marital compuesta por los supuestos extorsionados, son ellos, John Freddy Urrego Correa y Abenis Marín Herrera, y respaldados por Walter Arcángel García Osorio. Ahora bien, el problema jurídico para la hora de now es resolver es si los aludidos testigos merecen credibilidad y si, de contera, sus dichos procuran el grado de conocimiento necesario para establecer que verdaderamente Carlos Alberto Ospina Bedoya estaba dedicado a extorsionarlos y pertenecía a un grupo armado ilegal.

En tal afán, obligado es advertir que, como enseña NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA, la prueba testimonial constituye esencialmente un proceso de reconstrucción histórica con base en: "*... la revelación que con conocimiento de causa hace la persona de huellas mermónicas que el hecho ha dejado en su mente*". Lógica de las Pruebas en materia Criminal, Ed. Temis 1982, T. I pg. 363. En consecuencia, el valor fundamental de este medio de prueba radica en las condiciones personales de percepción, memorización, evocación y narración del sujeto de prueba, y obviamente del interés que tenga en decir la verdad de lo acontecido, para lo cual juegan papel importante su capacidad

bio-síquica, las condiciones ambientales de percepción y sus intereses en el resultado del proceso.

Es que, como precisa el Maestro italiano:
"Para que el hombre narre la verdad que ha percibido, de acuerdo a la presunción de la veracidad humana, es preciso que no se haya engañado al percibir, y que no quiera engañar al relatar lo percibido". T. II, pg. 47

Pues bien, hasta donde se sabe los deponentes son personas bio-síquicamente sanas, por ende idóneas para percibir, memorizar, evocar y narrar los acontecimientos del mundo circundante, y si, según está probado, fueron protagonistas de los acontecimientos pues el ataque a Ospina Bedoya se cumplió frente a la finca que cuidaban y le prestaron la ropa al soldado para que se movilizara de civil, huelga concluir que estaban en perfectas condiciones de percibir lo acontecido y deponer su actuación, con mayor razón si de vieja data conocían la víctima.

De otra parte, existen elementos de juicio precisos para pregonar un interés especial capaz de determinarlos a mentir, contrariando la connatural propensión humana a decir la verdad. Es el interés que movía tanto a Quiroz Flórez como a Nivia Serrano de hacer aparecer el vil asesinato de Ospina Bedoya como baja dada en combate.

Son tantas y tan frontales las contradicciones en que incurre la pareja marital que por lo mismo resaltaremos las mas protuberantes. Así mientras Abenis Marín Herrera, señala que el extorsionista "se presentó como Comandante de la Autodefensas y dijo que necesitaba que la patrona le pagara una plata por vigilancia y cuidados de la finca", concreta que "pedía un millón de pesos mensuales", dilucidando que "a él no se le pagó ese dinero porque la patrona averiguó si existía ese grupo de autodefensas en la zona y si había que pagar esa plata", recibiendo como respuesta "que no existía ese grupo, entonces le dijeron que era mejor que denunciara a esa persona y ella colocó la

denuncia en el DAS, nunca se le dio el monto requerido pero cada vez que él iba nos exigía dinero entonces mi esposo y Yo le damos de 20000 a 30000 mil pesos mientras la patrona conseguía el dinero, ella colocó la denuncia en el DAS le dijeron que pactara una cita de encuentro con él para ellos llegar a capturar pero a él nunca lo capturaron por que él nunca llegó". Todo ello contrario a lo que, supuestamente, había denunciado ante el investigador del Das el día 23 de septiembre de 2005, pues allí afirmó, por el contrario, que el extorsionista se le identificó como Carlos Alberto Bedoya, además "El todos los días llegaba a la finca se cambiaba las botas pantaneras y se colocaba unos zapatos y bajaba para el pueblo". Además les comentó de los delitos que iba a cumplir entre otros un secuestro. Le exigió "a mi esposo le dijo que cincuenta mil pesos semanales era lo que había que darle". Reitera que "El va todos los días en la mañana y en la tarde siempre a cobrar". Agrega "en lo personal, si le hemos dado plata nosotros a él, muy poquita porque nos pide de dos mil pesos y así. La patrona habló con él por teléfono, nosotros llamamos al celular desde la finca y ella se hablo con él y quedaron en algo". Entrega datos personalísimos del denunciado como tener hijos con la primera esposa, de quien firma "El vive en una finca de un señor RICARDO ESTRADA de Barbosa".

En tanto que Urrego Correa, pese a afirmar que siempre hablaba con el extorsionista en presencia de su esposa, la desdice al indicar que no sabe cuánto dinero era el exigido, pero siempre "pedía mucha cantidad de plata", pues "era mucho pero la cantidad exacta no la se Yo", e insiste que "No sé si se le pagaron porque el se entendía directamente con la patrona".

Pero como si tales contradicciones fueran poco, el otro denunciante de los hechos Walter Arcángel García Osorio, ante el Juez Veinticuatro Penal Militar, indica que de Carlos Alberto Ospina "sólo supe de él cuando empezó a extorsionar a Jhon Fredy Orrego, sólo lo vi una vez de vista nunca lo trate". Y a la pregunta de si los

propietarios de la finca que administra fueron sometidos a extorsión, tajantemente contesta que no, pues "no fui victima de él". Pero contrariamente a ello, ya ante el agente del DAS, había afirmado que efectivamente la finca que administra a su propietario los había extorsionado, pues el señor "que denunció yo, llegó diciendo que era comandante de los paracos de esa región", que por cuidar la finca el patrón le debía dejar "la plata conmigo que él sabía cuanto era". Le exigió el dinero en tres veces que se presentó en la finca donde trabaja. Reseñando que de él "no se nada, yo solo sé que él vive en la Playa, yo conozco la casa de él, él dice que duerme allá, pero que trabaja en otro lado, trabaja en un taller en Barbosa, donde hacen puertas, ventanas, cosas así".

Los anteriores médicos de convicción, como con acierto lo manifestaron los familiares de Ospina Bedoya, igual que lo confirma el Comandante de Policía de Barbosa, en cuanto "no se encontraron antecedentes delictivos ni contravencionales en los que resulte comprometido el hoy extinto Carlos Alberto Ospina Bedoya" y que no los podemos omitir, desvirtúan la hipótesis que pretendieron hacer aparecer el Capitán Nivia Serrano y el Sargento Quiroz Flórez, al debilitarse a lo largo de la investigación, consistente en que la víctima era extorsionista perteneciente a un grupo guerrillero.

Resulta trascendente para este fallador la nueva irregularidad advertida, porque los datos inicialmente dados por los familiares del hoy occiso y confirmados por el comandante de Policía de Barbosa, contribuyen a descartar se tratara de un extorsionista y tuviera un mínimo vínculo o relación con algún grupo armado, sea de extrema derecha o izquierda, como quiera que en términos generales, son confirmados por las presuntas víctimas de las extorsiones, en primer lugar al hacernos saber es persona trabajadora, conocer el lugar donde laboraba, además estar residenciado con su familia en la finca ubicada en la zona, es decir, cuenta con arraigo en el área.

En definitiva, no existe motivo para creerles, pues además de ser personas supuestamente víctimas de las exacciones, según los parámetros de sus propios supradichos, sus atestaciones no están justificadas por cuanto es un hecho incontestable que sabían como los que más del lugar de residencia y trabajo del presunto extorsionista, igual el recorrido que debía hacer a diario en horas de la mañana y tarde, mismo modo de su plena individualización, identidad y arraigo, hallándose en el centro del teatro de los acontecimientos al momento de su ocurrencia, por tan potísima razón surge inexplicable lo hayan hecho aparecer como NN. Y, cabe también pregonar la facilidad de haber podido ser capturado, de ser cierta la denuncia que supuestamente formulara Patricia Velásquez, patrona de la pareja marital, quienes declaran con tan descarada insolencia.

De otra parte, obran procesalmente circunstancias que concurren armoniosamente a reforzar este razonamiento, tales como el hecho, igualmente demostrado, de que Ospina Badoya fue interceptado, sometido a requisa en control rutinario y no por una supuesta extorsión, como lo hizo saber Didier Arley Gómez Londoño, todo "parecía normal, una requisa, en ese momento me pareció que fue normal y él hablo con el señor ahí presente", circunstancia que revierte seriamente indicativa de que lo estaban esperando, al estar enterados de la hora en que se desplazaba por allí, pero no, jamás, por su participación criminal.

Resaltamos algo que no dijeron los prenombrados, pues no precisan realmente el monto de lo exigido, igual si además pagaron la extorsión y si lo hicieron cual la cuantía, pero contrario a ello si lo resalta Quiroz Flórez, dando como respuestas a su plan sinuoso para favorecer su comportamiento ilícito, al aseverar que el extorsionista exigía a manera de pago veinte millones de pesos. Cifra que no aparece por ninguna parte en las declaraciones de los supuestos extorsionados, tampoco el hecho de haberse comunicado con el sargento para advertirle

sobre la presencia del extorsionista en la heredad, menos mucho menos que en su presencia, el finado, les haya pedido o exigido dinero.

Surge, igual, la argumentación, en oposición a lo afirmado por los civiles, la tesis inicialmente expuesta por los soldados y el mismo sargento Quiroz Flórez, pues en el afán de mostrar a la víctima del falso positivo como delincuente dado de baja en combate, algunos soldados indican que "teníamos información que en esa vereda habían bandidos del ELN, estaban delinquiendo y extorsionando a la población", como lo reseñó Jorge Luis Avello Gutiérrez; igual lo hace el Cabo Alexis Rojas Acosta, al referir que donde fue asesinado Ospina Bedoya "Delinque el ELN y milicias bolivarianas, no recuerdo el nombre y el orden público estaba muy pesado".

Contrario a lo anterior recordamos nuevamente a Jorge Armando Areiza Gallego, quien con preclaro arremetimiento por haber mentido, indica que "estábamos allá cuando llego el bandido estábamos ahí en la finca cuando llego el bandido decía que era disque un guerrillero de las Farc", imprime, además, en posterior ampliación, que el sargento le advirtió que tenía que decir "que él era un bandido de las Farc que nosotros íbamos por la carretera en un registro cuando nos encontramos con el bandido". Destacando de otra parte, en una renovada entrega sobre lo realmente ocurrido que "nos emboscamos en la finca y supuestamente el extorsionista llegó a la finca". Resaltamos y subrayamos el término "supuestamente".

Para reforzar las mendacidades, traemos aquí el testimonio, nuevamente, de Walter Arcángel García Osorio, quien a la pregunta si sabía a que se dedicaba Carlos Alberto, responde sin ambages que a trabajar en una finca y un taller.

Así las cosas, si los testigos no se pusieron, ni siquiera, de acuerdo para coordinar lo que hacía

la víctima, menos precisan a que grupo ilegal pertenecía Ospina Bedoya, se decaen las aseveraciones relativas a la condición del óbito de estar delinquiendo. Resulta absurdo, en consecuencia, en dichas condiciones, considerarlo miembro de algún grupo, sea paramilitar, del ELN o Farc. Y sí, por el contrario, se acredita, como lo veremos que era un hecho usual que el aquí acusado y Quiroz Flórez, estaban dedicados a producir falsos positivos, cuya base era mostrarlos dados de baja en combate, al haberlos enfrentado por su condición de delincuentes. En tales condiciones, no cabe la menor duda que los civiles que declararon fueron aleccionados por éstos para mentir y les corroboraran en sus iniciales exculpaciones.

Este Despacho, con plena certeza y convencido de que existen más razones para creer el relato de los familiares de Ospina Bedoya, que lo ponen en evidencia como persona de buenas costumbres y trabajador, estimamos a partir de las circunstancias que se lograron reconstruir a través de los medios de prueba atrás vistos, que su presencia en el lugar en donde fue asesinado, era porque necesariamente tenía que pasar a diario por allí, y donde le guardaban las botas pantaneras y se cambiaba los zapatos para seguir su recorrido, ya para llegar al taller en el municipio de Barbosa o de regreso para llegar a la finca donde habitaba con su familia e igual laboraba. Y así se confirma con la declaración de Didier Arley Gómez Londoño. Para el efecto nuevamente lo recordamos, que "mi sargento le dijeron que alto, y nosotros reaccionamos también, y él habló con él", nos recuerda que "parecía normal, una requisa, en ese momento me pareció que fue normal y él hablo con el señor ahí presente". Advertimos que ya no lo llama delincuente, si no señor.

Esta afirmación nos conduce a la conclusión que nos lleva a fundar con base en los diferentes testimonios de los parientes del hoy occiso, quienes en general señalan que era una persona miedosa y nunca tuvo problemas, igual trabajaba en un taller y se desempeñaba como

obrero en la finca y no le observaron mal comportamiento, como termina ratificando el comandante de Policía de Barbosa. De ahí la razón del porqué se vuelca a respaldarlo, pese a los señalamientos graves de los militares.

Se trata, entonces de señalamientos que carecen de sustento. El análisis probatorio que hasta aquí realizamos y el razonamiento lógico probatorio dan al traste con ellas, en particular que no existió tal extorsión, pues de ser ciertas las aseveraciones hechas por John Freddy Urrego Correa, Abenis María Herrera y Walter Arcángel García Osorio, no se explica porqué razón no formularon la denuncia en la Fiscalía General de la Nación, a sabiendas que del mismo supuesto extorsionador sabían el lugar donde trabajaba y habitaba, pero por sobretodo, los extorsionaba todos los días, mañana y tarde, por lo mismo era fácil su ubicación y por ende su captura, máxime que en cada oportunidad que se presentaba le tenían que entregar dinero, en unas ocasiones veinte mil o treinta mil pesos, ello pese haber señalado Abenis Marín Herrera, en la declaración ante el funcionario del Das, que tan sólo le suministraban dos mil pesos, lo que hacían, insistimos en sus dichos, a diario.

En tales términos nos impone la racionalidad y la lógica natural de las cosas, llámese apreciación subjetiva, obligadamente a inferir que simplemente los cuatro miembros del ejército salieron a ubicar al señor Ospina Bedoya y una vez lo localizan deciden quitarle la vida; pues de ser cierto que su cometido ese 26 de septiembre, era combatir la extorsión o darle captura al extorsionista para asesinarlo como el mismo lo confirma, no dudamos en concluir que el sargento Quiroz Flórez, lleva consigo el bolso en que portaba los elementos utilizados para simular la baja de los delincuentes en combate.

Ello permite avizorar de quienes así declararon John Freddy Urrego Correa, Abenis María Herrera y Walter Arcángel García Osorio, que pudieron haber tenido una participación en el homicidio de Carlos Alberto Ospina

Bedoya, inclusive adelantándose a señalar la hora en que se presentaba a cambiarse los zapatos por las botas pantaneras, por lo mismo también deben responder penalmente sea a título de coautores, cómplices o encubridores, pues desde un primer momento el soldado Didier Arley Gómez Londoño, viene recalcando que en la finca que cuidaban John Freddy y Abenis María, fue donde le prestaron la ropa para cambiarse y adonde regresó luego de recibirle el bolso al Capitán Nivia Serrano. Lo que ratifica, igualmente, el Sargento Quiroz Flórez, al aceptar que los administradores de la finca se encontraban allí, cuando arribó o pasaba por allí Ospina Bedoya, pues ellos "vieron cuando yo capturé al hoy occiso, ya ellos se dieron de cuenta que yo lo capture y nos fuimos y salimos de la finca".

Conforme con lo anterior imperioso se ofrece compulsar copias para que se investigue la ocurrencia de las denuncias el día 23 de septiembre de 2005 ante el agente del Das, hechos que en ejercicio del plan criminal aparecen como preparatorios del homicidio. También resulta obligatorio compulsar copias para que se investigue a John Freddy Urrego Correa, Abenis María Herrera y Walter Arcángel García Osorio, quienes posiblemente incurrieron en el delito de falso testimonio al hacer afirmaciones contradictorias al interior de sus exposiciones y con respecto a los otros testigos, igual con las retractaciones de lo dicho bajo juramente en sus primeras comparencias ante el DAS.

7.3 Es cierto, que la imputación en la indagatoria, medida de aseguramiento, formulación de acusación, fueron sustentadas en los graves y contundentes señalamientos que hicieran inicialmente el sargento Quiroz Flórez y el soldado Didier Arley Gómez Londoño. El primero al narrar que el Capitán Nivia Serrano sabía de toda su actuación, pues que "él tenía conocimiento claro de todo lo que yo realizaba," también que por intermedio de él, se obtuvo las "informaciones que investigadores del DAS le suministraron a él fue que yo fui a realizar esa actuación". Insistiendo que "Ya eso estaba cuadrado con el señor Capitán

NIVIA, de que si capturemos al sujeto extorsionista, lo íbamos a dar de baja". Recalca de manera afirmativa que "si sabía, que le íbamos a dar muerte al hoy óbito". Confiesa que se había "concertado con el Capitán NIVIA, pero la intención era limpiar la zona de estos delincuentes". Pregona a lo largo de su exposición que su superior tuvo participación en estos hechos y "está claro", toda vez que "en concertación con el capitán NIVIA SERRANO CARLOS ANDRES, decidimos dar de baja a todos los delincuentes que fuéramos capturando y simular el respectivo combate. En fin de limpiar la zona de tanto malechor". Por lo mismo mandó al soldado Gómez Londoño a donde el Capitán Nivia Serrano, para que le enviara el bolso donde tenían el uniforme, el pasamontañas y el revólver, para simular el combate.

Por su parte el segundo confirma que, efectivamente, el Sargento Quiroz Flórez "me dice que me cambie en civil, que él mismo señor de la finca me prestaba una ropa y unos zapatos y que vaya a donde, a la finca la MARRANERA que fuera, que con mi CAPITAN iba a mandar unas cosas", una vez allí "MI CAPITAN NIVIA me entrega un bolso", pues ya "sabía para que iba", recibiendo la orden que "se lo lleve a mi sargento".

En aras de ratificar las anteriores afirmaciones vertidas en la etapa de instrucción, se citan a la vista pública a los testigos presenciales de los hechos, ratificándose en sus iniciales dichos Gómez Londoño, pero ya Quiroz Flórez se retracta. Veamos.

Da comienzo a su exposición pidiendo perdón por su comportamiento ilícito y por haber mentido. Acepta que con respecto a su superior, el Capitán Nivia Serrano, igual mintió, pues al ver y sentir "que se me dañó la vida y la de mi familia por la presión de resultado que exigían mis comandantes entre ellos el capitán Nivia lo cual me llevaron a realizar dichas acciones por eso en retaliación en un momento de ira y de rabia contra él lo involucré en este proceso, porque no era justo, decía yo, que a mi se me

hubiera acabado toda mi vida y él estuviera bien, por eso en este Despacho dejo presente que le pido perdón al señor Nivia y a su familia por el daño que le cause y le estoy causando por no saber asumir mi responsabilidad".

En definitiva, con los testimonios relacionados en el acápite de la prueba, no existe motivo para creerle a quien a última hora decide retractarse, pues efectivamente asumió su responsabilidad y pidió sentencia anticipada por estos mismos hechos, hallándose ya condenado, termina confesando el delito de concierto para delinquir. Además al pretender hacer ver que de lo que se trató fue de un acto aislado de un miembro del Ejército presionado por los resultados que le exigían sus superiores, no guarda concordancia con el resto de prueba aportada.

De otra parte, obra procesalmente circunstancias que concurren armoniosamente a reforzar los dichos suministrados en la confesión ante la Fiscalía Especializada, tales como que no salió con la escuadra reglamentaria, compuesta de 15 soldados o como lo afirman, mínimo tenían que ser ocho, atendiendo que lo hizo tan sólo con tres soldados, ello en presencia del superior, el Capitán Nivia Serrano y no se opuso, escogiendo los tres soldados de su confianza.

Igual que a la primera persona que llama para informarle del supuesto combate es al Capitán Nivia Serrano; mismo modo confirma en audiencia pública que efectivamente en la Marranera, de donde salieron, efectivamente se encontraba el acusado para el día 26 de septiembre de 2005.

De idéntica manera el ya condenado Quiroz Flórez, confirma en la declaración suministrada en audiencia pública que Nivia Serrano a los cuarenta y cinco minutos de comunicarle sobre el combate, llega al lugar de los hechos. Todo ello, por supuesto, concatenado con la ratificación e insistencia que hace el soldado Gómez Londoño, en cuanto

Quiroz Flórez le pidió fuera a la Marranera y le pidiera el bolso a Nivia Serrano.

Precisamente se encuentra que en el presente asunto, se insiste, hasta este momento y con base en lo expuesto por los testigos y a su vez victimarios, resulta creíble por haberse probado (i) que Carlos Alberto Ospina Bedoya, no estaba extorsionando, ni pertenecía a grupo armado ilegal alguno; (ii) la condición de los testigos de subordinados de Nivia Serrano, (iii) la salida en la mañana y llegada intempestiva a las tres de la tarde de Quiroz Flórez al sitio donde se hallaban acantonados, esto es finca La Marranera, para de inmediato escoger a tres soldados con el fin de salir de manera rápida; (iv) salida irregular a patrullar, en atención a que mínimo debía hacerlo con una escuadra compuesta de ocho a quince soldados; (v) irregularidad de la que se percató Nivia Serrano; (vi) el Capitán Nivia Serrano le hizo entrega del bolso al soldado Gómez Londoño; (vii) el soldado Gómez Londoño, se presentó de civil ante su superior, el capitán Nivia Serrano, sin haber recibido llamada de atención por dicha irregularidad; (viii) una vez le quitan la vida a Ospina Bedoya, se comunican con el superior, el Capitán Nivia Serrano; (ix) de inmediato se presenta en el teatro de los acontecimientos el Capitán Nivia Serrano; (x) pese a contar con todos los datos, individualización, identificación y arraigo de Ospina Bedoya lo hacen aparecer como NN; (xi) no haberse presentado acto hostil o enfrentamiento armado; (xii) narración de eventos que sólo pueden ser explicados por quienes los conocieron de primera mano, como que el bolso contentivo del uniforme militar, el pasamontañas y el revólver lo tenían listo para usarlo en dichos eventos (xiii) coincidencia de sus narraciones de los ya condenados por estos hechos con los resultados acreditados con los otros medios de prueba; y (xiv) la coherencia interna y externa de todas esas manifestaciones base de las condenas ya proferidas, en especial, la de el sargento Quiroz Flórez y el soldado Gómez Londoño. Esto significa que a la luz de la sana crítica y respecto de lo informado por estos deponentes resultan verosímiles sus

declaraciones, con relación a los cargos endilgados a Nivia Serrano.

Sobre los mismos testigos, cabe precisar que la común ocurrencia de las cosas muestra como normal que, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que los hechos fueron cometidos, en un comienzo, en su primera intervención procesal, se hubiesen abstenido de narrar lo acaecido realmente, pues el compromiso prístino era cumplir con "un falso positivo" y obtener beneficios, igual por el temor ante eventos tan crueles y aberrantes es una reacción apenas natural la solidaridad de cuerpo. Además, ni siquiera los soldados en general y el acusado en particular, ponen en tela de juicio la función preponderante en el hecho de haberse "disfrazado el evento", menos haberse presentado en el lugar de la ocurrencia de los hechos, igual haberse enterado del bolso en el que se suministra el arma, el uniforme camuflado y pasamontañas, circunstancias que los hacen testigos por excelencia de todo lo acaecido. Tanto ello es así, que en un arranque de honestidad y arrepentimiento deciden pedir a la Fiscalía General de la Nación los escuche y sincerarse, como paladinamente lo hace el sargento Quiroz Flórez.

Debiéndose recordar, para la negación posterior de sus dichos, como lo enseña la Corte Suprema de Justicia³, en cuanto "La retractación, ha sido dicho por la Corte, no destruye per se lo afirmado por el testigo arrepentido en sus declaraciones precedentes, ni torna verdad apodíctica lo dicho en sus nuevas intervenciones. En esta materia, como en todo lo que atañe a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico de comparación y nunca de eliminación, a fin de establecer en cuáles de las distintas y opuestas versiones, el testigo dijo la verdad. Quien se retracta de su dicho ha de tener un motivo para hacerlo, el cual podrá consistir ordinariamente en un reato de conciencia, que lo induce a relatar las cosas como sucedieron, o en un interés propio o ajeno que lo lleva a

³ Sentencia de Junio 15 de 1999, M.P., Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll.

negar lo que sí percibió. De suerte que la retractación solo podrá admitirse cuando obedece a un acato espontáneo y sincero de quien lo hace y siempre que lo expuesto a última hora por el sujeto sea verosímil y acorde con las demás comprobaciones del proceso".

En más reciente pronunciamiento y con ocasión del sistema penal acusatorio, en relación con las entrevistas, instruyó "No se trata, se reitera, de que la declaración previa entre al juicio como prueba autónoma, sino que el juez pueda valorar en sana crítica todos los elementos que al final de un adecuado interrogatorio y contra interrogatorio ejercido por las partes, entran a conformar el testimonio recibido en su presencia. Lo declarado en el juicio oral, con inmediación de las manifestaciones contradictorias anteriores que se incorporan a éste, junto con las explicaciones aducidas al respecto, permitirán al juzgador contrastar la mayor veracidad de unas y otras, en una apreciación conjunta con los restantes elementos de juicio incorporados al debate público"⁴.

En posterior pronunciamiento del 27 de septiembre de 2010, reitera "El hecho de que un testigo se retracte de sus afirmaciones iniciales, no desvirtúa por sí mismo el contenido de lo expresado inicialmente, versión que no se deslegitima por ese sólo hecho, sino que depende del análisis de la prueba en conjunto, sujeta en todo momento al sistema de persuasión racional, en aras de establecer cuándo el declarante habló con la verdad y cuándo no"⁵.

Continua enseñando "Para la Sala es claro que el análisis valorativo de la prueba, en especial la practicada en la audiencia, debe realizarse de conformidad con el mecanismo establecido en la ley, en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica (artículo 238 de la

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 9 de noviembre de 2006, Rad. 25.738, reiterada en marzo 24 de 2010, radicado 32730, M.P., Dr. Yesid Ramírez Bastidas.

⁵ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación de julio 2 de 2008, radicado 23.438 ; también en Sentencia de 29 de septiembre de 2004, Radicado 21.939.

ley 600 de 2000), que orienta a una revisión integral y no al análisis aislado, hecho que puede desembocar en un resultado equivocado que termine por ocultar la verdad"⁶.

Jurisprudencia que es retomada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷, señalando que "Con respecto a la validez de declaraciones testimoniales y confesiones contradictorias, el Tribunal considera necesario analizar las distintas versiones de esos declarantes tomando en consideración si las mismas han sido objeto de diligencias de verificación para determinar la veracidad de las mismas. Asimismo, las referidas declaraciones deberán ser confrontadas con el acervo probatorio en su totalidad, el nivel de descripción de los hechos". Agrega y concluyendo que se trata de un trabajo analítico, "que debe desarrollar la autoridad judicial es aquel que permitirá comparar los distintos testimonios hasta determinar los puntos congruentes que conducirán a la verdad. En este sentido, se ha venido entendiendo que el hecho de que un testigo se retracte de sus afirmaciones iniciales, no desvirtúa por sí mismo el contenido de lo expresado inicialmente, versión que no se deslegitima por ese sólo hecho, sino que depende del análisis de la prueba en conjunto, sujeta en todo momento al sistema de persuasión racional, en aras de establecer cuándo el declarante habló con la verdad y cuándo no".

Recogiendo dichas enseñanzas y observando con detenimiento el texto de las declaraciones suministradas a la Fiscalía por Quiroz Flórez y Gómez Londoño, ratificadas parcialmente por Luis Fernando Agudelo Espinoza, las que fueron incorporadas y debatidas a lo largo del proceso. Extractándose la claridad y espontaneidad con que suministran detalles de los hechos, por ejemplo el lugar donde mantenían el bolso con los elementos para "disfrazar" el falso positivo. Dejan diamantinamente expuesto que el Capitán Nivia Serrano se encontraba en la finca la Marranera, al reiterar Agudelo Espinoza que el capitán Nivia "estaba en la Marranera", que

⁶ Radicado 34.651 de septiembre 27 de 2010.

⁷ Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (operación Génesis) Vs. Colombia. Sentencia 20 de noviembre de 2013.

queda a media hora donde fue muerta la persona, aclarando de manera contundente bajo la gravedad del juramento que el capitán Nivia Serrano no estaba en Las Lajas pues "por eso le digo que estaba en la Marranera".

Siendo tal circunstancia la de saldar sus errores con la justicia y como lo manifestó es su voluntad decir la verdad de lo ocurrido, por lo mismo remata la intervención Quiroz Flórez, ante la Fiscalía y bajo la gravedad del juramento que le pidió el Capitán Nivia Serrano se dirigiera a la finca que la persona ya estaba por llegar, una vez allí "envío al soldado regular GOMEZ LONDOÑO DIDIER, donde el señor Capitán NIVIA y éste me envía con él, el camuflado, el pasamontañas y un revólver calibre 38, que teníamos guardado en dicha finca, en la finca la Marranera", una vez le quitan la vida le informa "a mi comandante el Capitán NIVIA, que ya se hizo la vuelta y que voy a reportar como si estuviera en combate, a lo cual le ordeno a los soldados que comiencen a disparar al aire mientras yo hablo por radio para que en el batallón, escuchen y crean que yo estoy en combate", luego "le informo a mi Capitán que todo se hizo, él se viene hacia el sitio de los hechos". Cumple en esta confesión con verter la verdad y por lo mismo ya fue condenado por estos hechos.

Por lo mismo no se encuentra razón que lo haya inducido posteriormente a retractarse, con la socorrida argumentación de no encontrarse el Capitán Nivia Serrano en la finca la Marranera, y haber mentido con el fin de vengarse, debido a las presiones de su superior para presentar bajas, lo que lo llevó a preparar falsos positivos, pero siendo desvirtuado por los soldados Agudelo Espinoza y Gómez Londoño, en cuanto Nivia Serrano se encontraba el 26 de septiembre de 2005 en la finca la Marranera, de allí que arriba al lugar donde habían asesinado a Ospina Bedoya, en el término de la distancia, pero más que esto, en la simple lógica elemental de las cosas, pues según las declaraciones el Capitán se encontraba al tanto de la supuesta extorsión por lo que estaba enterado como el que más de los datos del hoy occiso, sin

embargo permite que se le haga el levantamiento y la necropsia como NN. Ello es indicativo, a todas luces, que indisolublemente lo tenían ya planeado, habiéndolo maquinado con mucha ansiedad, lo que echa por tierra su posterior deponencia, incluso las vertidas por Quiroz Flórez en la vista pública bajo gravedad del juramento, al haber insistido "que le dije al soldado Didier fue que vaya donde se encuentra el capitán Nivia en Molino Viejo y me trae un bolso de asalto que tengo en mi equipo, mi capitán sabe donde esta mi equipo". Sea lo que fuera, confirma que el bolso con lo necesario para simular el falso positivo se lo entrega Nivia Serrano.

También en la vista pública ratifica que Nivia Serrano, se encontraba en la Marranera porque "ese día el estaba ahí porque era de día, además los movimientos se trataban de hacer de noche".

En audiencia pública cae en abrupta contradicción, al insistir que no se acuerda donde se encontraba el Capitán Nivia "no se si estaba en Molino Viejo o en Lajas o en Pescadito", pero acordarse de todos los detalles de los insucesos cuando asumió responsabilidad penal y que por dicha aceptación ya fue condenado, pero extrañamente en la vista pública no estar en condición de recordar lo mínimamente acontecido. Vaya forma de exculparse.

No encontramos razonamiento o explicación lógica, entonces, para que desde su situación de condenado Quiroz Flórez, trate de retractarse, así sea, procurando excluirse y corrigir su intervención insistiendo en que Ospina Bedoya era extorsionista y actuó bajo presión de sus superiores, recalcando tozudamente que Nivia Serrano ninguna participación tuvo en la presentación del falso positivo.

Siendo conducta lógica y elemental, que en semejante acontecimiento, de ser cierta su ajenidad, permita que el sargento Quiroz Flórez salga a patrullar únicamente con tres soldados, igual no indague por el nombre del

extorsionista y sus documentos, en atención a que lo tenían al tanto de las extorsiones y las denuncias, tampoco haya cuestionado la presencia de Gómez Londoño de civil cuando se hizo presente en la Finca la Marranera a llevar el bolso.

De igual manera se hace inconcebible que no se haya enterado que José Omar Cardona Arango, Jorge Luis Avello Gutiérrez y el cabo Alexis Rojas Acosta, todos bajo su mando, declararon haber participado en el supuesto combate, por lo mismo les dieron el asueto, pero paradójicamente con muy buena armonía y bien concatenados en el actuar ilícito permita que muevan el cadáver de la escena del crimen, todo con la clara intención de alterarla.

En síntesis, en sí mismas la referida retractación de Quiroz Flórez, no merecen ninguna credibilidad, frente a la tan contundente y limpia prueba que dice lo contrario. Por ejemplo, tan pueriles serán las mentiras que termina explicando Quiroz Flórez, que todos concuerdan que a Nivia Serrano se le comunicó de inmediato sobre los hechos, igual que respondió haciéndose presente en el lugar rápidamente pues se encontraba a poca distancia del teatro de los acontecimientos, también que no le haya llamado la atención que quien se reputaba guerrillero tan sólo llevara un revólver, pero por sobre todo que no hubiera dispuesto lo necesario para salir en persecución de los otros dos delincuentes que según, sus subalternos, afirmaban les habían disparado, procurando zafarse de toda responsabilidad, cuando era su obligación verificar la conducta de los hombres bajo su mando, surgiendo solidario con quienes así actuaron, y que para respaldarlos ayuda a trasladar el cadáver a la morgue, sin que tenga explicación racional y equilibrada, pues ningún militar sale a patrullar sin el número de necesario de hombres que conforman la escuadra, menos deambular con armas sin los permisos correspondientes por el mismo peligro que ello conlleva, si no lo hace con un objetivo concreto y en beneficio propio; o para sacar alguna utilidad o provecho, para que luego aparezca afirmando que se encontraba en otro lugar, sin más explicación, sin ninguna relación lógica, pero

eso sí, al lado de cuatro personas más, disponiendo sea trasladado el cuerpo sin identificación.

Falacias planteadas por Quiroz Flórez y Nivia Serrano, después de haberse puesto en evidencia el concierto para cometer homicidios, por el cual el primero fue condenado al haber confesado el acuerdo urdido, señalando al segundo bajo la gravedad del juramento, sin medir consecuencia alguna, persistan en tan malas justificaciones, sin parar mientes que desde el día siguiente al asesinato de Ospina Bedoya, en el informe número 11488, datado 27 de septiembre de 2005, se relaciona "El día 26 de Septiembre de 2005, aproximadamente a las 16:00 horas, recibió llamada el Señor CT. NIVIA SERRANO CARLOS ANDRES de un in formante del Municipio de Barbosa, que habían visto aproximadamente a las 10:00 horas 2 hombres encapuchados", por lo mismo "inmediatamente se recibió la orden de Mi Capitán NIVIA, de iniciar movimiento hacia el sector antes mencionado aproximadamente a las 16:00 horas, con el CS. ROJAS ACOSTA ALEXIS y 6 soldados regulares". Apareciendo, de esta manera, desde el primer momento Nivia Serrano en la urdiembre del falso positivo como lo ratificó Quiroz Flórez bajo la gravedad del juramento.

Así aparece a partir de sus coherentes repuestas dadas en la declaración rendida ante el señor Fiscal, que lo dicho en la vista publica son falacias desmentidas de manera frontal y amplia por la prueba aportada a lo largo de la investigación, pues ninguna explicación atendible y lógica se tiene para que Nivia Serrano no se haya opuesto, impugnando o redargüido de falso el referido informe.

En general, al hacer el estudio concienzudo de las versiones de los testigos de cargos y de la versión de Quiroz Flórez ante el ente instructor en la que confiesa su perversa participación, concretando que todo respondió a un previo acuerdo con Nivia Serrano en respuesta a "la presión de resultado que exigían mis comandantes entre ellos el capitán Nivia lo cual me llevaron a realizar dichas

acciones", concluyéndose que efectivamente se encontraban confabulados, también quedó demostrado escondieron los documentos de identificación de Ospina Bedoya y su identidad para llegar a un feliz termino con el falso positivo, en este aspecto, igual, faltan de consuno a la verdad desde el primer momento.

Si bien se les nota parcializados, esquivos y ocultaron información sobre circunstancias y pormenores de los hechos y como lo venimos de ver se retractaron, su único empeño en un acto de contrición ante la Fiscalía, fue dejar en evidencia lo que dieron en llamar "arreglo o simular un combate" o falso positivo, para avenirse con cierto temor que se trataba de un asesinato pidiendo sentencia anticipada. De igual manera, se le vio a Quiroz Flórez desprendido de rasgos de enemistad o animadversión hacia el acusado, era su comandante con quien se confabuló para asesinar a quienes consideraban enemigos o delincuentes y los tres soldados obligados de aceptar dicho desplazamiento, igual quienes enterados aceptaron de manera consciente su participación rindiendo declaración sin haber estado en el teatro de los acontecimiento, dirigiéndose al lugar previamente acordado a esperarlo para proceder de conformidad a lo planificado y recibir el beneficio de las felicitaciones y los asuetos.

No existe motivo para dejar de creer sus afirmaciones vertidas en la confesión, pues además de ser victimario, sus atestaciones están justificadas por cuanto es un hecho incontestable que era la razón de su presencia allí, también principales protagonista de los hechos, ubicándose en el centro de los hechos, habiendo sido convocados por su comandante Nivia Serrano.

Entonces las versiones de los testigos de cargos, se basaron en la percepción y palpación directa de los acontecimientos; recordando que la presenciabilidad de un hecho depende de lo que se hace, se observa y se detecte, es decir, de lo ejecutado, percibido, palpado y sobreilevado

directamente por sus sentidos, y así lo han expresado en sus confesiones, tanto Quiroz Flórez, como Gómez Londoño y Agudelo Espinoza, constatándose que en principio algunos guardaron silencio y otros procuraron morigerar su declaración, pero que en nada afecta los señalamientos, ya que fue patentado en el libro de población de la Policía Nacional de Barbosa, en el folio 164 que "fue dado de baja por el ejército, compañía Baraya del batallón Pedro Nel Ospina, a mando del CT. NIVIA SERRANO CARLOS, un delincuente. NN", al igual que fue dado de baja cuando "extorsionaba una dama de dicha vereda".

Así sus dichos han sido análogos y concisos, no se dieron vacíos ni contradicciones en las confesiones y al efectuar su cotejo con otras piezas procesales se nota convergencia y concordancia. Entonces, Quiroz Flórez ha dicho la verdad, pues no le anima interés en mentir en la declaración que rindiera bajo la gravedad del juramento ante el Ente Instructor y tampoco fue demostrada inquina alguna en contra del acusado como lo termina aseverando, simplemente como lo afirmó quiere "señor Fiscal, aclarar, todo lo dicho anteriormente ante la justicia Penal Militar y decir realmente lo que paso ese día 26 de septiembre", además que "acepto que cause daño, y que podría estar enmarcado en un HOMICIDIO AGRAVADO, también es de anotar que no todas las personas están en capacidad de venir ante un señor fiscal o un juez a decir pormenores de las cosas como fueron y menos acá en la militar, porque siempre tenemos la esperanza que nos va a declarar inocente, más sin embargo en mi libre voluntad he venido a usted señor fiscal a esclarecer todos mis actos y estos dispuesto a declarar en contra de las personas a quienes involucre y a colaborar con la justicia, en todo lo que haya hecho", y "acepto un HOMICIDIO AGRAVADO".

La versión del testigo relacionado en precedencia y tendida en las condiciones antes dichas, ofrecen la mayor posibilidad para superar cualquier duda razonable que se nos pueda presentar, estaba integrado el deponente al Ejército Nacional, subordinado de Nivia Serrano y conocía ampliamente el sector en que se desarrollaron los insucesos.

Entonces no hubo equívoco de su parte en el señalamiento en cuanto junto con el acusado Nivia Serrano fueron quienes idearon, prepararon, ejecutaron y consumaron el homicidio; por lo mismo Agudelo Espinoza y Gómez Londoño, se presentan en la Fiscalía, y lo señalan ubicado en la finca la Marranera, este último haciéndole entrega del bolso contentivo de lo necesario para disimular el combate; lo por ellos narrado ha sido con propiedad, ceñidos a la realidad, no han hecho alarde de los sucesos que tuvieron que ejecutar, presenciados y padecidos, sus manifestaciones las han dado con confianza, aunque no podemos desconocer que inexplicablemente Quiroz Flórez se retracta en la vista pública debido al temor reverencial hacia el superior y a la solidaridad de cuerpo, máxime cuando los versionantes manifestaron haber participado en otros hechos similares.

Así sus dichos son firmes tan sólo se muestra esquivo Quiroz Flórez en la vista pública debido a las consecuencias al interior de las Fuerzas Armadas, pero en general, su narrativa ante la Fiscalía, por ser objetiva y encontrarse corroborada, está a la salvaguardia de sus versiones.

En tales condiciones, entonces, la ostensible aptitud de las exposiciones vertidas por los testigos en las confesiones ante la Fiscalía General de la Nación, no soportan ningún cuestionamiento porque son nítidas, detalladas, veraces, espontáneas, sinceras e imparciales. Por la pureza de su fuente y contenido, debe mirarse, en síntesis, como un inexpugnable mecanismo de convicción para asignarle, sin vacilación alguna, el rótulo de coautor a Carlos Andrés Nivia Serrano, en el homicidio que recayó en Carlos Alberto Ospina Bedoya, en concurso con concierto para delinquir con el fin de cometer homicidios.

Es, entonces, ante tal marco probatorio que este juzgador entiende que la retractación de Quiroz Flórez, aportada en la vista pública, sólo constituye una mera instrumentalización de su mala justificación. Y no que lo

dejemos de lado sin ponderarla, sino que, por el contrario, conociendo su aportación y aducción dentro de las exculpaciones del acusado, la ubicamos y le damos el valor que merece, ya que no dicen nada capaz de minar la sólida prueba de cargos, en consideración que su ataque encaminado con tales características denota la pretensión del procesado, que tan sólo es la de distraer la atención de la judicatura.

Aunque las argumentaciones anteriores son suficientes para demostrar la intervención del prenombrado dirigida inequívocamente a vulnerar los bienes jurídicos de la vida y seguridad pública, debemos decir que sus descargos tienen que ser desechados, pues es inconcebible, que una persona con vasta experiencia y comprensión de las leyes de la guerra y amplio conocimiento del área, saber sobre las condiciones de orden público del sitio donde fue asesinado Ospina Bedoya, que según los dichos de los testigos apenas acudieron cuatro miembros del ejército, lo que denota que la zona no es peligrosa, además que tras lo que iban a cumplir ninguna dificultad les aparecería, igual que uno de ellos podía movilizarse sólo por la zona totalmente desarmado.

Recalcamos que la conducta del procesado tal como aparece en los primeros informes sobre el enfrentamiento armado, no fue encaminada a cumplir la función constitucional de "la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional"⁸, sino que actuó bajo el compromiso de un acuerdo previo de voluntades encaminadas a lograr un propósito definido, el cual era obtener resultados de guerra, dirigida su voluntad previamente acordada y definida a un fin específico, su decisión de causar muerte a personas para hacerlas aparecer dados de baja en combate, aflorando concomitante al ejecutar el deseo de cumplir lo acordado, puntualmente con el ilícito contra la vida de Ospina Bedoya, ello de manera paralela, pues su intervención fue determinante e importante, no dudamos en creer que sin la cual no se hubiera podido consumar los delitos, pero que igualmente, fue

⁸ Artículo 217 de la Constitución Nacional.

quien lo ideó, dando las órdenes necesarias para lograr el cometido final, como aparece en el informe número 11488 del 27 de septiembre de 2005, confeccionado y suscrito por su coligado.

Así las cosas, el acopio probatorio que el proceso alberga, acredita sin objeción alguna, como lo acabamos de ver, que en la Cuarta Brigada, del Ejército Nacional, Batallón de Ingenieros Número 4, operó un grupo de militares, con el claro propósito de producir o simular resultados en combate, para el efecto se concertaron para producir los nominados falsos positivos, de la que hacía parte el Capitán Carlos Andrés Nivia Serrano y el sargento Eneil Quiroz Flórez.

Recapitulando, vemos cómo efectivamente concurrió un concierto de personas con el propósito indiscutible de delinquir, que como lo señalan los tratadistas del derecho penal es un acto preparatorio para la comisión de hechos punibles, pero que, a su vez, se trata de un delito autónomo e independiente, constituyéndose en un verdadero desafío al poder represivo Estatal, que pone en peligro la seguridad del conglomerado social.

Se percibe, en el caso en estudio y sin duda alguna, la asociación de varios militares que tenían por objetivo inmediato alcanzar provechos particulares, como el lograr permisos, felicitaciones y reconocimiento al interior del Ejército Nacional, atentando contra la integridad personal de habitantes inermes del pluricitado sector, homicidios alevos y selectivos por reconocimiento y pinches felicitaciones, lo que indiscutiblemente constituye una amenaza contra las pacíficas condiciones de coexistencia social, que el Estado tiene el deber y, más que esto, la obligación de superar.

Por ello, fáctica y jurídicamente se acreditaron el homicidio agravado y el Concierto para delinquir, percibiéndose que fue planeado por el Capitán

Nivia Serrano y el Sargento Quiroz Flórez, al realizar dichas conductas, surgiendo el aspecto subjetivo y objetivo de las estructuras típicas.

Debemos concluir, entonces, que no se trató simplemente de combatir delincuentes o extorsionistas, sino que Nivia Serrano junto con Quiroz Flórez proyectaron un número indefinido de actividades para hacer aparecer inocentes personas dadas de baja en combate o falsos positivos como popularmente se ha dado en llamar, acreditándose que efectivamente ejecutó y consumó los hechos por los que se procede y se le condenará.

**8. EL FALSO POSITIVO NO CONFIGURA
HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA
POR EL DIH.**

Para dar inicio a este acápite, hacemos relación al derecho de Ginebra que estructura y desarrolla el principio de distinción, cuyos imperativos contenidos en los cuatro Convenios de Ginebra, del 12 de agosto de 1949. Aprobados por Colombia mediante Ley 5ª de 1960, con vigencia a partir del 8 de mayo de 1962. El I convenio, tiene como propósito aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; el II tiene como meta apaciguar la suerte a la que están sometidos los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; el III, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y el IV, referente a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

Resolviéndose que únicamente el artículo 3º común a los cuatro Convenios se aplicará en caso de conflictos armados de carácter no internacional, que se registre en una de las Potencias Partes de los Convenios.

Recordamos, igualmente, que el derecho de La Haya, consolida y dinamiza el principio de limitación, cuyas obligaciones impone en los cuatro protocolos

facultativos, los dos primeros de junio 8 de 1977, el IV del 13 de octubre de 1980 y el III de diciembre 8 de 2005, adicionales a los anteriores convenios, busca limitar el uso de la violencia en los conflictos armados, así como la conducción de las hostilidades y el empleo adecuado de las armas.

Para el caso en estudio recordamos que el Protocolo I, relaciona los imperativos a seguir en los conflictos armados internacionales. Colombia se adhirió mediante Ley 11 de 1992, que entró a regir el 1° de marzo de 1994. Con sentencia C-574 de 1992, se conoció de su constitucionalidad. El Protocolo II, señala las exigencias a seguir en los conflictos armados de carácter no internacional. Lo aprobó, también, con la Ley 171 de diciembre 16 de 1994. Mediante sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995, la Corte Constitucional resolvió declarar exequible tanto el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de las hostilidades armadas sin carácter internacional, hecho en esa ciudad el 8 de junio de 1977 y la Ley 171, por medio de la cual se aprueba el mismo Protocolo.

Desde la entrada en vigor del artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra, su ejecución no requiere de previo reconocimiento implícito o expreso de beligerancia por parte del Gobierno o de un tercer Estado, "se aplica y obliga por igual a todas las partes en conflicto, como las fuerzas de seguridad del Estado, grupos armados disidentes y los correspondientes agentes y quienes asuman dicha condición"⁹.

Uno de los requisitos con que se cuenta para calificar la existencia de un conflicto armado consiste en que éste se cumpla entre fuerzas más o menos simétricas¹⁰, por lo mismo el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra en su artículo 1° dispone que se rige para todos los

⁹Comisión Interamericana de Derechos Humanos. www.cidh.org/countryrep/colom1995o/indice.htm.

¹⁰Zaffaroni, Eugenio Raúl. La palabra de los muertos, Editorial Ediar, 2011, pág. 438.

conflictos internos y que se desarrollen "entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo". De allí que el tratadista PETER WALDMANN¹¹, con base en la sociología de los conflictos, explica cuatro características definitorias de guerra civil o conflicto armado interno. Numerándolas así: 1) Son conflictos violentos de masas; 2) Implican a dos o más fuerzas contendientes, de las cuales al menos una, es un ejército regular u otra clase de tropas que están al servicio del Gobierno; 3) En ambos bandos tiene que haber una mínima organización centralizada de la lucha y los hostigadores, aunque ello no signifique más que una defensa organizada o ataque calculado; 4) Las operaciones armadas se llevan a cabo planificadamente, por lo que no consisten sólo en encontronazos ocasionales, más o menos espontáneos, sino que siguen una estrategia global de guerra. Por lo mismo se ha considerado una guerra pequeña, de ahí la nominación de guerrilla a unos de los grupos en confrontación.

En el mismo sentido, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional¹², trae como elementos contextuales de los crímenes de guerra, un primero en el que plantea "Existe un conflicto armado cuando se recurre a la fuerza armada entre Estados o a la violencia prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre dichos grupos dentro de un mismo Estado".

Así, para determinar cuándo se puede calificar hostilidades armas, se debe partir de "La intensidad se puede establecer mediante indicadores factuales como la escala, la gravedad y el incremento de los ataques, el tipo de operaciones, la movilización y la distribución de

¹¹WALDMANN, PETER. Guerra civil, terrorismo y anomia social. El caso colombiano en un contexto globalizado, editorial Grupo Editorial Norma, 2007, pág. 30.

¹²Situación en Colombia, Reporte Intermedio, Noviembre 2012, Corte Penal Internacional.

armas, la duración de las operaciones de combate, la expansión geográfica".

Otro elemento es el "que se refiere al requisito de organización, los factores que hay que examinar son la fuerza de la jerarquía interna del grupo; la estructura de mando y sus reglas; la medida en que están disponibles pertrechos militares; la capacidad de planificar operaciones militares y ponerlas en práctica; y el alcance, la gravedad y la intensidad de cualquier participación militar. Los grupos armados organizados deben tener un grado suficiente de organización que les permita perpetrar una violencia armada prolongada".

Es por ello que el mismo Protocolo II dispone que "no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados", por la elemental y sencilla razón que no son considerados como constitutivos de hostilidades dentro de un conflicto armado.

La Fiscalía de la Corte Penal Internacional¹³ en tal sentido, individualiza el conflicto interno, como el que "se caracteriza por el estallido de hostilidades armadas con cierto nivel de intensidad, que sea superior al de situaciones de tensión y disturbios internos, tales como motines, actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos, y que tenga lugar dentro de los límites del territorio de un Estado"

Señalando que "para distinguir un conflicto armado que no sea de índole internacional de formas de violencia más leves, tales como disturbios y tensiones internas, motines o actos de bandidaje, 1) el enfrentamiento armado debe alcanzar un nivel mínimo de intensidad y 2) las partes implicadas en el conflicto deben mostrar un nivel mínimo de organización".

¹³Situación en Colombia, Reporte Intermedio, Noviembre 2012. Corte Penal Internacional.

Por tal razón, del escenario de conflicto armado se debe diferenciar y deslindar las situaciones de tensiones y disturbios internos, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros hechos similares que no son considerados como actos hostiles. Ello por cuanto al contrario de las situaciones de tensiones y disturbios internos, en las hostilidades los integrantes del grupo están suficientemente organizados y son identificables, por el contrario en el caso de aquéllas, la oposición o delincuencia común está rara vez organizada de manera visible. Los Estados están, igualmente, obligados a sofocar los disturbios y tensiones internas, lo que cumplen mediante las funciones propias de la actividad de policía.

Control que pueden garantizar mediante los procedimientos administrativos rutinarios que deben desarrollar las autoridades con la función de policía, para cumplir la pretensión preventiva y de mantenimiento del orden público, que no podrían llevar a cabo y cumplir, por insuficientes, en las hostilidades armadas.

Las tensiones y disturbios internos aparecen típicamente en forma de perturbaciones del orden público, en donde no tiene una organización de disciplina militar y siempre acuden a la clandestinidad, acompañadas por actos de violencia aisladas o espontáneas, pueden darse inclusive sin que haya violencia, pero el Estado a menudo recurre a prácticas como la detención masiva de opositores o la suspensión de ciertos derechos humanos, precisamente para evitar que las situaciones se degeneren. Se estima por los organismos internacionales que junto con la detención sin debido proceso, el empleo de la fuerza y de armas de fuego constituyen unos de los mayores riesgos para las personas que intervienen.

En las tensiones, además, se trata de situaciones que se pueden caracterizar por luchas entre grupos más o menos organizados y las autoridades en el poder;

promulgación del estado de emergencia; alegaciones de desapariciones y eventualmente muertes y heridos.

Los disturbios son enfrentamientos que presentan ciertos caracteres de gravedad o de duración y que implican, también, actos de violencia. Estos últimos logran revestir formas variables que pueden ir desde la generación espontánea de actos aislados de revueltas hasta protestas organizadas.

En este sentido lo impone el cancn 3° inciso 1° del Protocolo II, al exigir "No podrá invocar disposición alguna del presente Protocolo con objeto de menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que incumbe al gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos".

De la misma manera lo impone el Estatuto de Roma¹⁴ en su artículo 8° numeral 3°, recordándole a los Estados la obligación de mantener y restablecer el orden público y defender su unidad e integridad territorial por cualquier medio legítimo¹⁵.

Así y dentro de la simetría que se debe tener presente en el conflicto armado, para evitar las masacres¹⁶ y homicidios, que nada tienen que ver con el conflicto armado, se implementaron los principios de proporcionalidad, limitación y no reciprocidad.

De allí que el primero impone que con el fin de proteger la población civil y sus bienes, quienes

¹⁴ Estatuto de la Corte Penal Internacional. Adoptado por la conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de la Naciones Unidas, en Roma el 17 de julio de 1998. Entró en vigor el 1° de julio de 2002. Entra a regir para Colombia el 1° de noviembre de 2002 en virtud de la ley 472 de 2002, sentencia c-578 del 30 de julio de 2002, M.P., Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁵ "Nada de lo dispuesto en los párrafos 2 c) y d) afectará a la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener y restablecer el orden público en el Estado y de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo".

¹⁶Zaffaroni, Eugenio Raúl. La palabra de los muertos, Editorial Ediar, 2011, pág. 438.

preparen o decidan un ataque o acto hostil, y en el caso de las fuerzas regulares del Estado, deberán actuar con mucha precaución. Impone dicho principio que el uso de la fuerza no debe ser desproporcionado, sino por el contrario debe ser limitado a lo indispensable en atención a la ventaja militar a obtener.

Los hostigadores no podrán operar si observan que originarán incidentalmente muertes o heridos en la población civil, daño a bienes de carácter civiles o ambas situaciones, que serían excesivos en relación directa y proporcional a la ventaja perseguida, pues deberán abstenerse de decidir un ataque cuando se ha de prever que causará muertos o daños que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista, e incluso suspenderlo o anularlo si se advierte que tal es el caso¹⁷.

Tienen la obligación de "hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que se proyecta atacar son efectivamente objetivos militares"¹⁸. Teniendo presente que en la legitimidad de un blanco militar no proporciona una licencia ilimitada para atacarlo. En todo caso, en un ataque "Se avisará con la debida antelación a la población civil cada vez que lo requiera su interés y las circunstancias lo permitan"¹⁹.

Se debe matizar este principio con el concepto de "menor daño", que prohíbe los ataques a las personas en caso de tenerse a disposición alternativas menos letales, por cuanto siempre se procurará que los daños que llegaren a ocasionarse contra personas no hostiles o bienes civiles, sean excepcionales y mínimos, en general "se evitará en la medida de lo posible, que la población civil y los bienes civiles estén en las proximidades de los objetivos militares, y se tomarán las demás precauciones pertinentes"²⁰.

¹⁷Normas fundamentales de los convenios de Ginebra y de sus protocolos adicionales, editado por el comité internacional de la Cruz Roja, Ginebra 1983, pág. 35.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

Consagrado en los artículos 51 a 58 del Protocolo I adicional de 1977. En cuyo artículo 57 numeral 2° enuncia la regla de proporcionalidad con el siguiente tenor "Cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares para obtener una ventaja militar equivalente, se optará por el objetivo cuyo ataque, según sea de prever, presente menos peligro para las personas civiles y los bienes de carácter civil".

Acompasando este principio con la visión actual de las hostilidades armadas modernas que comienzan por intereses colectivos, por temor o miedo, a menudo una invocación al honor general para demostrar resultados, por lo que los excesos y atrocidades que comete el enemigo pueden agitar la sangre y suscitar el deseo de venganza política o buscar reconocimientos del gobierno de turno, al igual obtener permisos especiales y mezquinos.

Con todo, al interior de esta normatividad se debe tener presente la reglamentación del empleo de armas por parte de los agentes vinculados a los organismos de seguridad del Estado, fijados por los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, establecidos por la ONU, en cuanto estos funcionarios "no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida"²¹.

²¹ Resolución de la ONU, emitida en el 8º Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, el 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

El segundo principio de limitación, implica que el hostigador siempre deberá guiar su ataque con el colchón de poner fuera de combate al contrincante, excepcionalmente de eliminarlo físicamente, por ello "se prohíbe el empleo de armas, de proyectiles, materiales y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos" o innecesarios²², en el entendido que los contendientes no tienen la libertad de elegir los métodos, tácticas, técnicas o medios que consideren para atacar al enemigo, pues están sometidos a valores, principios y reglas de obligatorio cumplimiento.

Por lo mismo y únicamente se admiten los medios que busquen poner fuera de combate al contrincante pero sin ocasionar crueldades, males excesivos o sufrimientos innecesarios. En general se proscribe el uso de armas que causen superlativo daño o sufrimiento, atendiendo la relación directa y proporcional a las ventajas militares que se persigue.

Se deben despreciar las armas que producen un mayor sufrimiento, pues que ninguna ventaja militar correspondiente agrega para quien las utiliza. Tenemos que ajustar este principio con el empleo de los armamentos modernos que despersonalizan el acto de matar, haciendo más terrible, perversa y sangrientas las hostilidades armadas, llegando al colmo de exponer conclusiones y criterios que entre más devastadora y eficaz fuera la tecnología, mucho mayor sería el incentivo para la paz, sin que en la práctica real haya sido acogido.

Principio contemplado en los artículos 51 del Protocolo I y 35 del Protocolo II adicionales a los cuatro convenios de Ginebra.

El tercer principio de no reciprocidad, impone que los grupos en contienda no pueden alegar el

²² Normas fundamentales de los convenios de Ginebra y de sus protocolos adicionales, editado por el comité internacional de la Cruz Roja, Ginebra 1983, pág. 35.

incumplimiento del derecho de Ginebra y de la Haya por el otro contrincante, con el fin de excusar o justificar su propio incumplimiento o trasgresión, en atención a que el titular de las garantías allí señaladas son los terceros no hostigadores.

La obligación existe de por sí y tiene fuerza absoluta e intrínseca para cada una de las partes sin hallarse subordinada a su cumplimiento correlativo, porque se fundamenta en la conciencia jurídica de la humanidad y no en la capacidad o incapacidad de la otra parte para observarla.

Las normas de este derecho se establecen como obligaciones a los grupos armados en contienda, con el objeto de proteger la población civil en general y en particular a los no hostigadores, no de manera exclusiva y excluyente en beneficio de las personas que participan en las hostilidades.

Precisamente porque cualquier persona se beneficiará de las garantías y prerrogativas del DIH que busca disminuir los estragos de las hostilidades armadas al imponer a las partes trabadas en la contienda, obligaciones humanitarias y de protección que sean compatibles con las necesidades del acto hostil.

Tanto es así, que el derecho de Ginebra, artículo primero común a dichos convenios, no se limita a exigir el respeto de sus normas por las partes en conflicto, sino que impone a todos los Estados la obligación de hacerlas respetar.

Por lo mismo, es claro que las partes, en virtud de los conflictos armados internos, no asumen obligaciones ante los grupos armados disidentes, sino ante la comunidad internacional, razón por la cual toda respuesta armada no está condicionada por la acción de los grupos armados al margen de la ley, en nuestro caso.

Tal y como lo hemos venido planteando, es la falta de precisión al emplear las instituciones del Derecho Internacional Humanitario, para juzgar las conductas que configuran crímenes de guerra, al mirarlas como conceptos abstractos, además de aplicarlos directamente sin consideraciones a la enmarañada realidad de las hostilidades armadas que padece el país, soslayando que el estado natural del área en las que se desarrollan las confrontaciones armadas por lo general es muy estrecha, dando origen al caos y la confusión, mientras en el resto del territorio que es el más amplio, se ambienta calma y sosiego.

Las tres visiones acerca del estatuto moral y jurídico de la guerra, son ellas, (i) la guerra no conoce ley, tanto moral como legal, (ii) la guerra es una situación humana extremadamente especial que requiere normas excepcionales tanto morales como legales, (iii) los mismos principios morales y legales que se aplican a otras circunstancias de la vida humana se aplican en la guerra. Así para hacer el análisis en el presente caso y verificar si se tipifica homicidio en persona protegida por el DIH, artículo 135 del Código Penal u homicidio agravado, cánones 103 y 104 numeral 7°, ibídem, combinaremos estas dos últimas visiones.

Anticipamos que en respeto al principio de estricta tipicidad o legalidad, debemos recordar que ésta consiste en que la ley penal define el hecho punible de manera inequívoca, constituyéndose los artículos del Título II, lo que doctrina y jurisprudencia han denominado norma en blanco, por mandato del artículo 8° y del parágrafo del artículo 135, que obliga su complementación mediante remisión a las disposiciones que describen y enuncian las personas protegidas por el DIH, al exigir que lo será "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 1997 y otros que llegaren a ratificarse".

De esta manera lo impone, precisamente, el artículo 6° del Código de las Penas, al diseñar el principio de legalidad, reglamenta expresamente que en "La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco", como lo es el artículo 135 de la misma obra.

Así las cosas, en otras palabras y como lo vimos, por la intensidad y amenaza real de las hostilidades armadas diferente a la de disturbios y tensiones, el incremento de intervención del Estado es mayor, en busca de salir de esa situación de anormalidad superlativa. En el caso colombiano lo cumple mediante las Fuerzas Militares, en aras de la defensa nacional, soberanía e integridad nacional y el orden constitucional, por disposición de los artículos 213 y 217 de la Carta Política.

Partiremos por lo mismo del canon de la extraordinaria aplicación que tiene como base el Derecho Internacional Humanitario a partir del Capítulo 6° del Título VII de la Constitución Nacional y la ordinaria ajena totalmente a éste, que se emplea para controlar los disturbios y tensiones, lo que debe hacerse atendiendo determinadas talanqueras, para que sus capacidades punitivas no puedan extenderse más allá de controlar penalmente los delitos cometidos contra personas y bienes protegidos por el DIH. Por ello, lo debemos hacer de manera residual y excepcional, dirigida a que quienes incursionan en hostilidades armadas y que al no poder ser conjurada dicha actividad mediante el uso de las atribuciones ordinarias de la actividad de policía, al haber superado y desbordado en tal medida el orden público y reprimir aquellos comportamientos que, precisamente han realizado dicho tránsito, debiéndose aplicar los principios y normas del DIH.

En acogimiento de no reciprocidad la Constitución Nacional alude a las reglas del DIH en el numeral 2° del artículo 214, consagrando su respeto en todo caso, es decir, independientemente de la declaratoria de

estado de excepción y en tanto subsista el conflicto armado interno o internacional. Reglas que son obligatorias tanto para el Estado, el gobierno y sus agentes, como para grupos armados organizados que cumplan con las características impuestas en el artículo 1° del Protocolo II, ya que son preceptos reconocidos por la comunidad internacional, fundamentados en el sentido común de humanidad y civilización.

Como lo vimos, dos de estos principios son los de distinción e inmunidad y que a primera vista aparecen claros, según su contemplación en el artículo 13 del Protocolo II adicional a los cuatro Convenios de Ginebra.

De tal manera las personas civiles gozarán de la protección que confiere dicha normatividad, "salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación". Así, conforme a este principio, las partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y hostigadores armados y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones, única y exclusivamente, contra objetivos militares claros y definidos.

Pero no es así, en razón a que muchas de las nociones fundamentales que utilizamos en Colombia, al debatir y pretender regular el conflicto armado, tuvieron origen en circunstancias de guerras internacionales e internas con tácticas, técnicas de combate, uso de armas e instrumentos diferentes a los actuales, que en nada se asemejan a la desarrollada en el territorio nacional, pues nacieron en realidades sociales y económicas incomparables, por lo mismo al aplicarlos no producen los resultados esperados que gobernaron su gestación.

Confusión surgida, particularmente, al procurar dilucidar los conceptos que contiene, esto es, determinar y definir qué son los bienes civiles, cuál es la

población y la persona civil, cuáles son los combatientes, qué los distingue de los hostigadores; cuáles son las diferencias entre conflicto armado internacional y no internacional; qué son los operativos militares, si son lo mismo que un combate y/o un acto hostil; todo en aras de contar con elementos claros y lograr delimitar, inequívocamente, los objetivos militares legítimos.

Ciertamente, en la guerra extremadamente irregular, como la que padece Colombia, es mucho más difícil determinar los objetivos militares. Con todo, esta dificultad no puede llevarse hasta el punto de afirmar que la diferenciación se hace imposible y que en el conflicto interno todo es válido, por lo mismo cualquier acto de las Fuerzas Armadas quedan enmarcados dentro del DIH.

Si bien objetivos militares, en lo que respecta a los bienes, parecería señalar que a secas lo define con respecto a estos, al tenor del artículo 52-2 del Protocolo I, en relación con los blancos de las hostilidades, excluyendo a las personas, para una mejor garantía, no solo de la población sino muy particularmente de la persona civil en el conflicto interno y teniendo como base los usos corrientes del lenguaje de los diferentes actores armados, así como la norma reguladora de la guerra; también se deben considerar como tales los hostigadores a los que se refiere el Protocolo II adicional a los cuatro convenios de Ginebra, constituyéndose en un objetivo militar legítimo únicamente el activo o directo, cuando por su naturaleza, localización, propósito y uso de armas, contribuye efectivamente a la acción militar del enemigo, de tal forma que no es su aniquilamiento sistémico, sino muy especialmente su neutralización o sometimiento y que ofrezca una ventaja militar definida, mas no política o ideológica.

De allí que se observe sin dificultad la separación tajante entre los textos internacionales que regulan el DIH, con la realidad nacional, en general con la práctica social, económica, política y legislativa interna.

No podemos desconocer que al interior del país, los grupos armados ilegales no han logrado controlar áreas específicas o amplios sectores del territorio, por cuanto su estrategia siempre ha sido la de guerra de guerrillas, clase de guerra, que rompe con las "reglas del arte militar clásico porque evita la batalla campal y la sustituye por una estrategia de 'aguijonamiento' del enemigo, al cual desconcierta y desgasta interiormente mediante constantes hostigamientos, ataques por sorpresa, pequeñas encerronas"²³.

Por lo mismo surgen instituciones que a primera vista son iguales o se pueden asemejar en el DIH, pero que al bajarlas y aplicarlas a la realidad, en el contexto y ámbito personal, temporal y geográfico²⁴ del desarrollo en la práctica objetiva de las hostilidades armadas, se hace imposible su conciliación, por lo mismo debemos ser muy precisos y cuidadosos al aplicarlos.

Continuaremos, entonces, con la precisión del criterio aplicable en el campo de batalla o zona donde se desarrollan las hostilidades en el conflicto interno, para lograr una ilustración en la definición general de persona protegida por el DIH, para distinguir, con base en su normatividad, al combatiente y a su vez deslindarlo del hostigador.

Si bien, por ejemplo, el artículo 135 numeral 6° del Código Penal, hace referencia a combatiente, en el conflicto interno no se le puede tener como tal, pues al combatiente es de su esencia reconocerle estatus de beligerancia²⁵. Término propio y exclusivo para aplicar en los conflictos armados internacionales a partir de los artículos 43 y 50 del Protocolo I y el 4° del III Convenio de Ginebra.

²³WALDMANN, PETER. Guerra civil, terrorismo y anomia social. El caso colombiano en un contexto globalizado, editorial Grupo Editorial Norma, 2007, pág. 41.

²⁴Corte Constitucional, sentencia C-291, del 25 de abril de 2007, M.P., Dr. José Cepeda Espinosa.

²⁵"En tales circunstancias, como en un conflicto interno, en principio los alzados en armas no gozan del estatuto de prisioneros guerra, se entiende el sentido de una disposición destinada a procurar que la autoridad en el poder conceda una amnistía lo más amplia posible, por motivos relacionados con el conflicto, una vez concluido el mismo, ya que de esa manera se puede lograr una mejor reconciliación nacional". Sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995, M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

El DIH define combatiente a los miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto, es decir, que tienen derecho a participar directamente en las hostilidades, con excepción de su personal sanitario y religioso, pues su misión no es combatir²⁶. Están obligados a respetar las normas del DIH, de caer en poder de la potencia enemiga, tienen derecho al Estatuto de prisionero de guerra y tan sólo podrán ser juzgados por infracciones al DIH²⁷, pues gozan de inmunidad contra los enjuiciamientos estipulados en el derecho interno²⁸. Por lo mismo, se reitera, únicamente se aplica en conflicto armado de carácter internacional y no en los internos.

Otra consecuencia de no podersele calificar combatientes a quienes participan directamente en las hostilidades armadas en el conflicto interno, radica no solo en no podersele reconocer el estatus de beligerancia, si no que al no poder hacerlo se les debe considerar básicamente como parte de la población civil y no pueden ser catalogados como objetivos militares²⁹. Por supuesto, siempre que no participen directamente en las hostilidades, como lo prevé el artículo 13, inciso 3° del PA II.

Se estima hostigador activo o directo, por lo mismo y a contrario sensu el combatiente quien participa directamente en las hostilidades de manera activa, por supuesto, debidamente armado, por ser miembro operativo de las fuerzas militares en confrontación y, por obvia razón, sólo ellos serán objetivo militar legítimo.

²⁶VERRI, PIETRO. Diccionario de derecho internacional de los conflictos armados. Traducido del francés al español por MAURICIO DUQUE ORTIZ y RENÉE CABRERA CHI. Comité Internacional de la Cruz Roja (Colombia) en coedición con Tercer Mundo Editores 1998.

²⁷ "Y, si ha violado el derecho humanitario, entonces debería ser sancionado, como criminal de guerra, si se trata de infracciones graves, o podría recibir otros castigos por las otras infracciones que haya cometido, pero no podrá, en ningún caso, ser penado por haber sido combatiente". Sentencia C-225 del 13 de mayo de 1995, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

²⁸Melzer, Nils. Asesor jurídico, CICR. Guía para la interpretación de participación directa en las hostilidades, según del derecho internacional humanitario. Pág. 33.

²⁹ Ambos, Kai. Nociones básicas del derecho internacional humanitario. Traducción John Zuluaga. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2011. Pág. 95.

Así debemos partir que en el marco de los conflictos armados no internacionales, tal como lo define el DIH, y lo recalca la Ley 469 del 5 de agosto de 1998³⁰, por medio de la cual se aprueba la "Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados", hecho en Ginebra, el diez (10) de octubre de mil novecientos ochenta (1980), y sus cuatro (4) protocolos, su propósito es el de "la protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades" al recordar "el principio general de la protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades", igual al mencionar en el artículo 9° que "sin demora, tras el cese de las hostilidades activas, todas las medidas necesarias y apropiadas, incluida la utilización de esa información, para proteger a las personas civiles de los efectos de campos de minas, zonas minadas, minas, armas trampa y otros artefactos en las zonas bajo su control". También lo concluyen los organismos internacionales con grado jurisdiccional, entre otros, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, al establecer que "los civiles deben gozar de protección general contra el peligro derivado de las hostilidades"³¹.

El CICR³², explica que por la dificultad de aplicar el DIH en los conflictos internos, surgió la necesidad jurídica de elaborar normas que reafirmen y desarrollen el derecho existente; es así que el 7 de abril de 1990, el Instituto Internacional de Derecho Humanitario de San Remo, buscó una respuesta a ese clamor mediante la elaboración de una declaración sobre las normas de DIH, relativas a la conducción de las hostilidades en los conflictos armados no internacionales nominándolas, precisamente "Reglas de Derecho Internacional Humanitario que rigen la conducción de las hostilidades en conflictos armados no internacionales". En la

³⁰ Diario Oficial No 43.360, de 11 de agosto de 1998, ley declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-156 del 10 de marzo de 1999, M.P., Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez.

³¹ Corte Constitucional, M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, sentencia C-291/07, 25 de abril de 2007. Cita 112.

³² www.icrc.org/web/spa/

que se establecen normas precisas y desconoce toda categorización de los conflictos armados no internacionales, mediante la unificación de las situaciones regidas por el Protocolo II, las que sólo competen al artículo 3° común a los Convenios de Ginebra. Más aún, para el conjunto de estas situaciones, este texto va en ocasiones más allá de la letra del Protocolo II, acercándose al contenido del Protocolo I. De allí resulta que los conflictos armados no internacionales, en general, pasarían a estar regidos por reglas internacionales relacionadas con los métodos de combate, pero que se dicen diferentes a las hostilidades.

Se observa así que las hostilidades, son una especie o parte de las operaciones militares, que a su vez integran el concepto más amplio de conflicto armado y que se pueden presentar o no dentro de su desarrollo militar. En general, es apenas un subconjunto o elemento de las operaciones militares, dentro de las tácticas usadas al interior de la misión militar para lograr el objetivo propuesto en desarrollo del conflicto armado.

Acuña la definición de hostilidades el profesor VERRI³³, como "los actos de violencia ejercidos por un beligerante contra un adversario a efectos de aniquilar su resistencia y de obligarlo a seguir su propia voluntad". Como ya se había anunciado, quienes intervienen en las hostilidades en desarrollo de un conflicto con carácter no internacional, vale decir, interno, se les denomina simplemente "personas que participan directamente en las hostilidades", mas no combatientes.

De conformidad el artículo 3° Común a los Cuatro Convenios de Ginebra y los cánones 33 numeral 1°, 43 numeral 2°, 45 numerales 1° y 3°, 53 literal a), 67 numeral 1° literal e) del Protocolo I y los artículos 1°, 4° y 13-3 del protocolo II, las hostilidades se caracterizan en activas y pasivas. Siendo las primeras, cuando el hostigador

³³VERRI, PIETRO. Diccionario de derecho internacional de los conflictos armados. Traducido del francés al español por MAURICIO DUQUE ORTIZ y RENÉE CARRERA CHI. Comité Internacional de la Cruz Roja (Colombia) en coedición con Tercer Mundo Editores 1998.

interviene directamente o en términos del derecho penal interno, "con ocasión y en desarrollo", cumpliendo órdenes del superior jerárquico responsable, empleando los uniformes e insignias visibles del grupo correspondiente o un signo distintivo fijo reconocible a distancia, haciendo uso de armas convencionales de manera abierta y perceptibles por el enemigo, todo con respeto del uso y costumbre de las normas que regulan las contiendas armadas.

Haciendo hincapié que con relación al territorio donde se cumplen, como quiera que para el desarrollo de las hostilidades, se utiliza los géneros guerrilleros o integrantes de grupos armados ilegales, tanto para el ataque como para repelerlo, su proceso se cumple bajo el concepto de nomadismo territorial con origen, precisamente, en su estrategia y táctica de movilidad básica.

La segunda, es decir pasiva, cuando no hay participación activa o directa en los actos hostiles mediante el empleo de armas o que hayan dejado de participar en ellos.

Con dichos presupuestos, para el presente caso debemos, entonces, concretar la definición de falso positivo, en qué consiste un acto hostil y si realmente se presentó el día 26 de septiembre de 2005, cuando le fue segada la vida a Carlos Alberto Ospina Bedoya.

El Relator Especial de Naciones Unidas para Ejecuciones Extrajudiciales³⁴, definió el falso positivo como "El Asesinato a sangre fría y predeterminado de civiles inocentes, con fines de beneficio". Hacemos notar que para nada tiene en cuenta el conflicto armado, operativo militar o acto hostil.

De otra parte, etimológicamente, es un hecho, una acción, que produce una modificación en las cosas,

³⁴Declaración de Philip Alston, Relator Especial de Naciones Unidas para Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias, durante su visita a Colombia en 2009. Bogotá, 18 de junio de 2009, disponible en <http://www.nacionesunidas.org.co/index.shtml?apc=i1----&s=n&x=58590>.

en las personas o en el mundo exterior, que se presenta en un tiempo breve, que por lo general es parte de un programa más largo. Puede ser desarrollado por una persona o una pluralidad de individuos no determinados. No todos los actos exigen seguir una regla general.

Hostilidad, es una trasgresión contra el código moral o el derecho de un grupo, es agresivo o destructivo del individuo o contra algún aspecto de la vida, incluyendo sus bienes.

El acto hostil, en general, es el acto humano voluntario o consciente que tiene la intención inmediata de crear, extinguir o modificar derechos, y que produce los efectos queridos por una de las partes. Universalmente tiene como base otro acto al que se le denomina motivador porque produce una reacción, dando a la persona la oportunidad de devolverlo.

Con referencia al acto hostil desde la óptica del DIH, exige unas formalidades que imponen los tratados internacionales, las normas de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sus cuatro protocolos, las leyes de guerra vigentes, tanto nacionales como internacionales y las costumbres de la guerra aplicables.

Respecto de las solemnidades que deben ser observadas al tiempo de la formación del acto hostil para que éste exista, se requiere que se presente en desarrollo de una operación militar, y ésta a su vez en avance de conflicto armado no internacional o interno. Surja enfrentamiento o contienda física, inmediato e instrumental de choque armado entre enemigos en una "zona de contacto", que se esté expuesto a tiro directo desde tierra o aire. Se concrete en un tiempo limitado, en un área determinada de batalla. Recaiga sobre un hostigador directo o activo, tal calidad le sea reconocida por el grupo que participa en la confrontación. Esté encaminado a aniquilar su resistencia y de obligarlo a seguir su propia voluntad.

En otros términos, se deben cumplir en la acción o reacción, con unas fidelidades que constituyen requisito de existencia del acto hostil, y ante cuya omisión no surge.

Dichas solemnidades en consideración a su naturaleza para que se cumpla al ejecutarlo, deben respetar, de manera absoluta, los principios de distinción, inmunidad de la población civil, limitación, proporcionalidad y no reciprocidad. Recordando que para cada acción legítima, puede existir una reacción contraria igual a ella.

Además se debe presentar de manera clara la probabilidad de que el acto tenga efecto adverso sobre las operaciones militares o sobre la capacidad militar de una parte en las hostilidades armadas, de causar la muerte, herida o destrucción a las personas o bienes protegidos contra los ataques directos del o los hostigadores³⁵.

Igual debe haber dos vínculos causales directos. Un primero entre el acto y el daño que pueda resultar de ese acto o de la operación militar coordinada de la que el acto constituye parte integrante. El segundo, que la operación militar sea directamente desarrollada por el conflicto armado que padece Colombia.

Así el acto hostil válido debe ser aquel que está encaminado a causar directamente un daño tal que cause merma operacional militar en el contrincante y repercuta en beneficio o apoyo del hostigador activo que lo ejecuta desde el punto de vista de la ventaja militar.

Podemos establecer que surge un acto hostil cuando una o más personas se preparan mediante maniobras para colocarse en posición de disparar. También en situaciones o áreas de alta tensión, si una o varias

³⁵ Melzer, Nils. Asesor jurídico, CICR. Guía para la interpretación de participación directa en las hostilidades, según del derecho internacional humanitario. Pág. 46 y s.s.

personas, sin la autorización adecuada, se aproximan en actitud de ataque.

Se podrá concluir si se trata de un intento de acto hostil, de lo objetivamente percibido, particularmente en la capacidad y preparación de la persona o personas amenazantes en la escena para infringir daño. Lo que se puede afinar de la actitud asumida, que sea indicativa de un ataque previsto por sorpresa, que ha sido o va a ser lanzado, cuando, por ejemplo, se le observa que llevan armas a la vista y están en condiciones de maniobrarlas, además buscan ubicarse en un área para darle alcance a las mismas.

Igual cuando de estas actitudes, se sabe o sospecha que están utilizando métodos de seguimiento del blanco u objetivo de la investida, concluyéndose que surge un deseo de atacar apremiante y abrumador por el peso de las pruebas que indican que esa es la intención.

Todo ello, sin desconocer indicadores como la posibilidad de la movilización del enemigo por la zona, los gestos, la forma del desplazamiento, si en el grupo van niños, mujeres embarazadas, enfermos, en general, de lo que se pueda concluir la actitud agresiva armada.

Por lo mismo es la normatividad internacional la encargada de hacer tajante separación entre conflicto armado y hostilidades, además que son las personas que no participan en las hostilidades las que se deben proteger, precisamente a partir del artículo 3° común a los Convenios de Ginebra, al consagrar que "En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) **Las personas que no participen directamente en las hostilidades**, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas

las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo", (resalto).

En tal sentido son las referencias de acto hostil que trae el D.D. Veamos algunas invocaciones. En el Protocolo I: artículo 8º, al definir a quienes se consideran heridos y enfermos, los caracteriza siempre "que se abstengan de todo acto de hostilidad". En el artículo 17, al imponer a la población civil no ejercer "ningún acto de violencia contra ellos". En el artículo 41, al indicar los requisitos para considerar al hostigador fuera de combate, lo será "siempre que, en cualquiera de esos casos, se abstenga de todo acto hostil y no trate de evadirse". En el 42, señala que al "llegar a tierra en territorio controlado por una Parte adversa, la persona que se haya lanzado en paracaídas de una aeronave en peligro deberá tener oportunidad de rendirse antes de ser atacada, a menos que sea manifiesto que está realizando un acto hostil". En el artículo 49, define o "entiende por 'ataques' los actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos". También en el 53, prohíbe "cometer actos de hostilidad dirigidos contra" bienes protegidos. En el artículo 59, prohíbe en las localidades no defendidas cometer "actos de hostilidad". En el 60, indica que en las zonas desmilitarizadas queda prohibido a "las autoridades ni la población cometerán actos de hostilidad". Por último en el artículo 70 advierte que las acciones de socorro, no se podrán considerar "como injerencia en el conflicto ni como acto hostil".

El mismo concepto es recalcado tanto en el Estatuto de Roma como en los elementos de los crímenes internacionales³⁶, al imponer en el primero, en su artículo 8º literal C), que constituye crimen de guerra cualquier acto cometido "contra personas que no participen directamente en las hostilidades". Mientras en el segundo lo reitera en el

³⁶ ONU, Resolución RC/Res.5, que modificó el Estatuto de Roma, incorporando los elementos; aprobada por consenso en la 12ª sesión plenaria el 10 de junio de 2010.

mismo artículo 8-2)-c)-i), numeral 2), al exigir "Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades".

Mientras en el Protocolo II, acota en el artículo 11 que en la protección debida a las unidades y a los medios de transporte sanitarios "solamente podrá cesar cuando se haga uso de ellos con objeto de realizar actos hostiles al margen de sus tareas humanitarias". Indica en el artículo 16 sobre bienes protegidos "en caso de conflicto armado, queda prohibido cometer actos de hostilidad" contra los mismos.

Entonces es a partir del Protocolo II adicional a los cuatro Convenios de Ginebra, que impone que en los conflictos internos se debe hacer relación de hostigadores, por lo mismo debemos hacer la diferencia clara entre hostigador o quienes participa de manera directa o activa en el acto hostil y población civil, para determinar el objetivo militar legítimo.

Tal como lo prevé el artículo 51 del Protocolo I, al prescribir que las personas civiles gozarán de la protección "salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación", igual que prohíbe los ataques indiscriminados. Se entiende por población civil, a partir de este canon, las personas que no integran o hace parte de los grupos armados en contienda, que no empuñan armas, se encuentran en el área o zona en las que se desarrollan los actos hostiles, o que integrando el grupo armado se hayan rendido o sometido al enemigo, que hayan dejado de combatir en razón a que estén desarmados, capturados o heridos, igual a los miembros de las fuerzas armadas de los bandos en contienda que no tomen parte directa o activa en las hostilidades. En general cualquiera que no pertenezca a las fuerzas armadas en confrontación en el espacio temporal y geográfico que se desarrolla el acto hostil. Ello por cuanto el derecho de la guerra lo que busca

es que se debilite militarmente al enemigo, protegiendo a la población que no participa directa y activamente en el acto hostil.

En tal sentido es clara la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, al definir el homicidio en persona protegida por el DIH, dejando sentado que: "Los elementos del crimen de homicidio en un conflicto armado no de índole internacional se establecieron sin diferenciarlos de los de 'homicidio intencional' en un conflicto armado internacional. De conformidad con los elementos de este último, con la jurisprudencia internacional y con los principales comentarios sobre el Estatuto de Roma, los elementos objetivos del asesinato constarían de actos u omisiones que causen la muerte de personas que no participen activamente en hostilidades y que sean contrarios al derecho de los tratados o al derecho consuetudinario".

Son éstas las razones que nos llevan a insistir que, la persona protegida por el DIH, sólo se le puede considerar al lado del hostigador activo o directo en comprensión del contexto del acto hostil, caracterizado por hacer uso o empuñar armas para atacar o repeler al contrincante, pues así se busca proteger en mayor y mejor forma la población civil, al procurar de esa manera disminuir los riesgos que se derivan de las actividades armadas.

De tal suerte que población civil y por lo mismo persona protegida, lo será únicamente aquella que se encuentre en un área en la que se presenten actos de violencia ejercidos por los hostigadores directos o activos contra un adversario, sean o tiendan a aniquilar su resistencia y obligarlo a seguir su propia voluntad, neutralizándolo, debilitando o disolviendo el efecto agresivo armado con el fin de someterlo.

De ahí que desde la perspectiva del conflicto armado interno se consideren personas protegidas los civiles en poder de la parte adversa, quienes no

participan directamente en las hostilidades o que hayan quedado fuera del acto hostil, o hayan depuesto las armas por captura rendición u otra causa análoga y quienes antes del acto hostil fueren considerados como apátridas o refugiados, tal como lo disponen los numerales 2°, 3°, 6° y 7° del párrafo del artículo 135 del Código Penal.

Con tales presupuestos sólo se puede hablar de violencia contra persona protegida por el DIH, cuando la conducta desplegada por el hostigador activo en desarrollo directo y concreto del acto hostil, vulnere los principios de distinción, inmunidad del contrincante o población civil, limitación, proporcionalidad y no reciprocidad, incurre en los punibles relacionados en el Título II del Código Penal. Al determinarse que tales principios del derecho internacional son propios de este tipo de infracciones, únicamente en desarrollo u ocasión del acto hostil.

Principios que por sus mismas características resaltadas en su momento, resulta imposible aplicarlos externamente al acto hostil, asemejándolo a combate u operación militar, en el concepto clásico restringido, menos a conflicto armado, pues debido a la irregularidad de la guerra de guerrillas tanto en el área rural como urbana, se hace inapropiado que tales comportamientos sean tenidos como constitutivos de los citados delitos por fuera del acto hostil ya que en el caso de desarrollar una operación militar, fácilmente se abarca amplias zonas densamente pobladas, caseríos, veredas, incluso pueblos y ciudades, presentando un mayor inconveniente, al cumplirse la operación en una ciudad o barrio, en el que buena parte de su territorio se disfruta de paz, esto es, no se encuentra directamente sobresaltada por los operativos militares, menos por el conflicto armado, mucho menos, por su puesto, por los actos hostiles, en donde el orden público se controla con las funciones propias de la actividad de policía.

Con los exigentes parámetros para la configuración de acto hostil, pretendemos, como en el presente caso, prevenir el uso inflacionario del término combate u hostilidades y aplicar indebidamente el concepto de conflicto armado. Sin duda, existen situaciones para las cuales resulta acertado el primero, vale decir, acto hostil, pero en general se debe limitar en el tiempo, espacio y ámbito geográfico. Por lo mismo cualquier acción por fuera del acto hostil propiamente dicho, es decir, al margen de "con ocasión y en desarrollo", en presencia de paz negativa, esto es, ausencia de acto hostil, se configura en delito regido por la normatividad ordinaria vigente, acudiendo al principio de alternatividad del derecho penal, haciendo la correcta adecuación típica, como nos lo imponen los hechos juzgados en esta actuación, es decir, que nos debemos ubicar en el tipo penal a que se contrae los artículos 103 y 104 numeral 3° del Código Penal.

Aún más cuando es el mismo Protocolo II en su artículo 3°, que prohíbe invocar disposición alguna del DIH para soslayar la responsabilidad del gobierno de mantener o restablecer el orden público, mediante la función de policía, es decir cuando enfrenta bandas criminales o grupos de delincuencia común.

Se hace memoria en cuanto es el sentido, en primer lugar, "con ocasión", al describir los momentos anteriores y posteriores al acto hostil, que se desarrollan en la oportunidad o comodidad de tiempo y lugar, tiene como causa o motivo, precisamente, la coyuntura del acto hostil.

Se impone ver en el contexto de criterio de móvil, estrechamente vinculado y directamente dependiente del acto hostil, con el resultado buscado por éste. Además que los hechos concretos en que se cumplen acrediten por sí solos la naturaleza del móvil y del objeto perseguido, lo que se debe concluir de los mismos hechos cumplidos; si la situación, necesariamente se presenta concomitante, estrechamente ligada en tiempo y espacio al acto hostil.

En tanto que el término "en desarrollo", es el incremento, cumplir, llevar a cabo físicamente el acto hostil, ponerlo en funcionamiento, en marcha, orden y amplitud. Efectuar las actuaciones necesarias de cálculo para cambiar la inicial agresividad del otro actor hostil, neutralizándolo con el fin de que disuelva el efecto agresivo armado tendiente a someterlo y a que renuncie a sus reglas propias que lo impulsan.

De la relación venida de recordar, queda claro que el 26 de septiembre del 2005, promediando las cuatro de la tarde, en la vereda La Playa del municipio de Barbosa, no se presentó acto hostil o enfrentamiento armado, menos se le quitó la vida a Carlos Alberto Ospina Bedoya con ocasión o en desarrollo del conflicto armado, pues no se presentó un operativo militar, en razón a como quedó demostrado pasaba por allí y con el propósito inequívoco de quitarle la vida y hacerlo aparecer dado de baja en combate, se denunció que estaba extorsionando y pertenecía a un grupo armado ilegal o en términos del conflicto interno con ocasión o desarrollo de acto hostil.

A partir del conjunto de normas del DIH, que reconocen cuando se presenta una determinada circunstancia que nos vemos realmente enfrente a un acto hostil y que por lo mismo se aplica la norma excepcional, es claro que en los hechos acaecidos el 26 de septiembre de 2005, no recayó en persona protegida por el DIH, a partir de lo probado. En primer lugar porque no hubo un real operativo militar tendiente a contrarrestar la acción de grupos armados al margen de la ley, pues previamente, a eso salieron de la finca la Marranera de manera intempestiva, calculando que Ospina Bedoya ya llegaba a la finca donde supuestamente extorsionaba, a sabiendas del móvil o fin último que impulsaba al sargento y capitán; seleccionó a los soldados de su entera confianza, para dirigirse a dicha heredad, para una vez capturarlo de manera ilegal, pedirle a uno de los soldados se quitara el uniforme y se vistiera de civil con el fin el Capitán Nivia Serrano le entregara lo necesario para

disimular el acto hostil, vistiéndolo con el uniforme, colocándole la capucha y adosándole a la víctima el revólver, previo colocárselo en la mano y hacer unos disparos con esta arma y ordenar a los tres soldados disparar su fusil al aire. Para posteriormente el sargento, por instrucciones suyas, a las autoridades armadas y judiciales se les informó que el occiso era integrante de un grupo de extorsionistas que los había atacado, generándose un acto hostil o combate, y que en el cruce de disparos falleció.

Insistimos que el homicidio no se ejecutó en actividad de una operación militar pues en estas el móvil es claro, siéndolo el de controlar el desorden público, y no de asesinar a personas indefensas, desarmadas e imposibilitadas para reaccionar, por cuanto desde antes de salir de la finca La Marranera, ya sabían cuál sería su cometido. Lo mismo el sargento le ordena a un soldado se vistiera de civil y dejara su arma de dotación, es decir, que se apartaron de la unidad militar que integraban, como quiera que la pertenencia al grupo militar se expresa por sus uniformes, insignias y equipamiento³⁷, igual su actuación fue como persona civil, atendiendo que persona civil, a tenor del artículo 3º Común a los cuatro Convenios de Ginebra, son las que no llevan armas³⁸ de guerra.

Lo determinante como lo deja sentado el DIH, es que tampoco se cumplió el deceso violento en desarrollo de un acto hostil, así se haga alusión a operativo militar o conflicto armado, pues es claro, que el cobarde homicidio no fue ejecutado con ocasión y desarrollo de un acto hostil menos por supuesto del conflicto armado que padece Colombia y, por tanto, la víctima no se encontraba protegida por el DIH, en el entendido que lo es siempre que su deceso se produzca con ocasión y en desarrollo de un acto hostil producto del desarrollo de un real operativo militar fruto del conflicto armado que padece Colombia.

³⁷Melzer, Nils. Asesor jurídico, CICR. Guía para la interpretación de participación directa en las hostilidades, según del derecho internacional humanitario. Pág. 31.

³⁸Melzer, Nils. Asesor jurídico, CICR. Guía para la interpretación de participación directa en las hostilidades, según del derecho internacional humanitario. Pág. 29.

Al quedar probado que en realidad el móvil que originó el desplazamiento de los cuatro militares al sitio donde le quitaron la vida a Ospina Bedoya, lo fue, única y exclusivamente, el asesinarlo y hacerlo aparecer dado de baja en acto hostil o enfrentamiento armado, buscando los premiaran con diez días de permiso, respectivamente, sin poderse desconocer, por supuesto, la calidad de militares de los victimarios, igual que tienen la función de contrarrestar los grupos armados al margen de la ley.

Lo cierto es que el hecho no se inscribe dentro de la órbita del servicio encomendado a las fuerzas armadas por el artículo 217 de la Constitución Nacional, cuando incluso se realizara en una actividad típicamente militar, tal como lo alegaron en un primer momento, en razón a que se hicieron presentes en el lugar para verificar la supuesta presencia de sujetos armados que se encontraban extorsionando, pero, necesario se hace destacar, insistiendo, que no existe una extralimitación o desviación del operativo militar desarrollado por motivos del conflicto armado, simple y sencillamente porque no hubo una real intención o móvil de operativo militar con tal fin, pues la intención y voluntad la encaminaron, desde antes de salir de la guarnición militar a asesinar a Ospina Bedoya. No quedando cobijado tal actuar por las condiciones del conflicto armado, pues es un hecho completamente extraño al DIH, como quedó probado a lo largo de la investigación.

Por lo mismo nos debemos preguntar, desde el ámbito del DIH, ¿Qué ventaja militar concreta y directa obtendría el Ejército Nacional con el asesinato de Ospina Bedoya?, o incluso ¿en qué beneficiaría, con su muerte, el esfuerzo general en las hostilidades armadas al Ejército Nacional?. Podemos responder con una clara afirmación: en nada y convencidos de acuerdo a la prueba acopiada e injustificable desde el punto de vista del DIH, pues el daño causado en supuesta defensa de la sociedad y el Estado, no surge con ocasión o desarrollo de acto hostil, menos como

causalidad directa de las hostilidades, al no ser parte de las operaciones militares en desarrollo del conflicto armado.

Así debemos entender que el ataque a la indefensa víctima, causándole de inmediato la muerte, aconteció por fuera de las circunstancias ajenas a un acto hostil y de un real operativo militar con la misión de preservar y defender la soberanía, la independencia y la integridad del territorio nacional; contribuir a garantizar la convivencia pacífica, evitar la comisión de delitos, o de mantener el orden constitucional y la estabilidad institucional, tarea central encomendada al Ejército Nacional.

En dichas condiciones y en este sentido, se agrega para acompañar la decisión al derecho de la guerra, también discutimos que el bien jurídico afectado ninguna relación tiene con aquellos propios del DIH, en tanto, seegó la vida de un ciudadano, desde luego civil, completamente inerte al encontrarse totalmente en estado de indefensión, pero no protegido por el DIH, pues ninguna relación surge con un acto hostil, operativo militar y menos con el conflicto armado.

Por lo mismo y con base en la prueba recaudada, quedó acreditado que no se presentó acto hostil, así la normatividad del DIH no fue vulnerada, pues al hacer la auscultación objetiva de lo que los hechos informan, impide considerar, por fuera de toda duda, a partir del criterio restrictivo de interpretación del DIH, que la muerte de Carlos Alberto Ospina Bedoya, no constituye una consecuencia necesaria de los actos propios de un acto hostil, tampoco dentro del servicio de los agentes de las fuerzas militares en desarrollo de operación militar en el lugar donde sucedieron los hechos, menos con ocasión del conflicto armado pues ninguna participación tenía en la confrontación armada.

Recordamos una vez más lo enseñado en el informe presentado por la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, al calificar los falsos positivos como actos que constituyen crímenes de lesa humanidad, excluyéndolos de ser tipificado como crímenes de guerra, a que se contrae el artículo 8° del Estatuto de Roma. Así lo explicó: "Sobre la base de la información disponible y sin perjuicio de otros posibles crímenes de competencia de la Corte que puedan ser identificados más adelante, la Fiscalía de la CPI ha determinado que existe fundamento razonable para creer que, al menos desde el 1 de noviembre de 2002, órganos del Estado han sido responsables por la siguiente línea de conducta: a. Asesinato, como crimen de lesa humanidad en virtud del artículo 7(1)(a) del Estatuto; b. Desaparición forzada, como crimen de lesa humanidad en virtud del artículo 7(1)(e) del Estatuto", sustentando al explicar que "La información disponible indica que, en algunos casos, las ejecuciones estuvieron precedidas de actos de tortura que podrían constituir crímenes de lesa humanidad en virtud del artículo 7(1)(f) del Estatuto. La Fiscalía sigue analizando si existe fundamento razonable para creer que se cometió tortura en casos de falsos positivos de manera generalizada y sistemática en el marco de la política de una organización". También la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, considera que "Se han descrito los incidentes de falsos positivos como asesinatos de civiles 'manipulados por las fuerzas de seguridad para que parezcan bajas legítimas de guerrilleros o delincuentes ocurridas en combate'. Lo que suele suceder es que se engaña a la víctima y se la traslada a otra zona con una falsa oferta de empleo o se la detiene arbitrariamente. La información disponible indica que los asesinatos a menudo estuvieron precedidos de actos de tortura y otras formas de malos tratos. Después del asesinato, se altera la escena del crimen y se viste al cuerpo con vestimenta militar para crear la falsa impresión de que la víctima falleció en combate. Se remueven las pertenencias personales y documentos de identidad de las víctimas. Dado que se encubre deliberadamente la identidad de la víctima en

el marco del crimen, los casos de falsos positivos constituyen a la vez desapariciones forzosas y asesinatos".

De allí que la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, excluya a las bandas o grupos de delincuentes como parte del conflicto armado, al enseñar que "Como se ha señalado antes, la cuestión de si podría considerarse a nuevos grupos armados ilegales como grupos armados parte en el conflicto armado sigue siendo objeto de análisis por la Fiscalía. Este elemento contextual necesario para determinar si han cometido crímenes de guerra de la competencia de la Corte. La posición del Gobierno de Colombia es que no se trata de grupos armados organizados, ya que carecen de estructura jerárquica establecida o cadena de mando, no ejercen control territorial y no llevan a cabo operaciones militares sostenidas y concertadas".

Por ello consideramos una paradoja jurídica, por decir lo menos, que una persona honesta e indefensa, después de su cobarde asesinato por parte de insubordinados miembros del Ejército Nacional y con apoyo de algunos civiles, quienes haciendo mal uso de uniformes y armas de dotación para quitarle la vida, después de muerto resulte protegido por el DIH, pues extractamos que de acuerdo con la unidad probatoria incorporada al proceso, concluimos independientemente de la vinculación de los victimarios a las fuerzas armadas, que jamás se demostró inequívocamente, que la salida del sargento Quiroz Flórez, los soldados Aireza Gallego, Agudelo Espinoza y Gómez Londoño, dentro de los presupuestos de estrictez que gobiernan las operaciones militares, que efectivamente esa actuación atribuida a los servidores públicos vino consecuencia necesaria de la función a ellos asignada, pues tanto el sargento y los soldados salieron sin el cumplimiento de los protocolos exigidos para las operaciones militares, por cuanto de los ocho a quince miembros que componían la escuadra, tan solo fueron tres los ungidos por el sargento con el claro propósito de segarle la vida a Ospina Bedoya.

Por lo mismo no puede hacerse tan tajante afirmación en cuanto fue asesinado con ocasión o en desarrollo de conflicto armado porque, sencillamente, los elementos de juicio recopilados, como así incluso lo han ilustrado los organismos internacionales, en concreto el Relator Especial de Naciones Unidas para Ejecuciones Extrajudiciales, al considerar que quedaba claro que "miembros de las fuerzas de seguridad de Colombia han cometido un número considerable de ejecuciones ilegales y que el cuadro sistemático de falsos positivos se ha repetido en todo el país. Ha habido demasiados asesinatos de carácter similar para caracterizarlos como incidentes aislados perpetrados por apenas algunos soldados o unidades renegados, o 'manzanas podridas'", es decir que siempre actúan a mutuo propio, sin consideración al mandato de operar bajo la directriz de operativo militar.

De avenirnos, entonces, que la víctima Ospina Bedoya se encontraba protegido por el DIH, de esta manera partiríamos por aceptar e implementar el derecho penal de autor, en el entendido que se le procesó al capitán Nivia Serrano por el homicidio y sancionará fundamentalmente teniendo en cuenta sus características personales, en particular por ser miembro de las Fuerzas Armadas, perdiendo identidad el delito por sí mismo³⁹, desconociendo la conducta realmente desplegada, atendiendo a la personalidad y condiciones particulares del capitán, con claro desconocimiento del derecho penal de acto, al dejarse de lado esencialmente el comportamiento desplegado en su integridad, vale decir, objetiva y subjetivamente, sin dar trascendencia a sus características individuales, en concreto de su condición de militar. Igual, se deja por fuera y nos iríamos en contra del hecho de que la víctima fue esperada allí de exprofeso, pero que además no estaban realizando ningún comportamiento para controlar el orden público pues no se encontraba turbado o existía amenaza real de ser alterado, tanto que el soldado Gómez Londoño salió y entró al lugar de

³⁹Zaffaroni, Eugenio Raúl. La palabra de los muertos, Editorial Ediar, 2011, pág. 101.

civil y sin ningún tipo de arma, arribó y salió de la zona sin ningún contratiempo.

En estos términos, a la falta de un real operativo militar claro y definido, igual que el surgimiento de un acto hostil o enfrentamiento armado, resulta concluyente que no obstante el alegado cumplimiento de sus funciones militares dadas en la "ORDEN DE OPERACIONES 'EXITO' MISIÓN TÁCTICA No. 085/05 SECANTE", datada 1° de septiembre de 2005, los elementos de juicio incorporados al proceso, en especial las versiones de los soldados y el sargento, nos llevan a colegir que estos no cumplían con la orden impartida, pues que la actividad que desplegaron, sin duda, se encuentra por fuera de la esencia del servicio militar, desconociendo el mandato conferido en el artículo 217 de la Constitución Nacional, al no ser encaminado a mantener el orden constitucional y la estabilidad institucional, restablecerlo si se hallare turbado y neutralizar aquellos factores que atenten o amenacen atentar contra ellos, en aras de contribuir a garantizar la convivencia pacífica y prevenir o evitar la comisión de delitos.

En razón, además, a que el sargento Quiroz Flórez, junto con el capitán Nivia Serrano, ya se habían concertado para matar a quienes cayeran en su poder, de otro lado no se presentó un real operativo militar, pues el DIH impone que para operar e ir a la guerra se debe hacerlo uniformado, luciendo las insignias y distintivos impuestos y al tenor de lo dispuesto en las Convenciones y Protocolos, se debe atender y respetar las costumbres empleadas en desarrollo de las hostilidades armadas. Así lo impone los artículos 44 numeral 7° y 46 numeral 2° del Protocolo I adicional.

Reiteramos, que la muerte violenta de Ospina Bedoya, no responde a un acto del servicio militar, puesto que a lo largo del proceso no se acreditó que su muerte provino de acto hostil o confrontación armada. En

otras palabras, en cuanto no se demostró que entre una operación militar o acto hostil y el homicidio existió un nexo de causalidad, tal como sucedieron los hechos en este caso. Todo lo contrario, las experticias dan cuenta que siempre llegaba a la finca a cambiarse los zapatos, pues se hallaba obligado a transitar por allí, por su parte confesó el sargento que lo vistieron de militar, le colocaron el pasamontañas y le adosaron el revólver al cadáver, lo que es claramente indicativo, como lo aceptan los victimarios que la escena del crimen fue alterada o maquillada.

Concluyéndose, entonces, que Nivia Serrano, en calidad de comandante se apartó, no solo de la constitución y la ley, sino muy particularmente de la orden militar denominada "ÉXITO", en cuyo acápite "3. EJECUCIÓN", en párrafo nominado "D. Instrucciones de Coordinación", les imponía que actuaran con disciplina las escuadras y los pelotones, así "Cada escuadra debe ir con su respectivo comandante", lo que no ocurrió, pues el comandante Nivia Serrano les facilitó salir sin el número de soldados requeridos para la conformación de cada escuadra, junto a ello al soldado Gómez Londoño le permitió dejar el uniforme y el arma de dotación y operar de civil. Toda su actuación la cumplió por fuera del servicio militar y de la orden dada el 1° de septiembre de 2005, por lo mismo y como lo dispone el artículo 3° del Protocolo II, no podemos invocar el DIH para regular el presente caso.

Establecido entonces, en forma suficiente y con sustento en los elementos de juicio aportados en el plenario, que el inculpado Nivia Serrano le quitó la vida a Ospina Bedoya sin que mediara hostilidades armadas, menos que tuviera alguna relación con el operativo militar, tampoco con el conflicto armado interno, la conducta que realizó se enmarca en los artículos 103 y 104-7 del Código Penal, es decir, homicidio agravado al haberle segado la vida para presentarlo como "falso positivo" con el fin les dieran quince

de permiso, igual aprovecharse de su estado de indefensión al encontrarse totalmente desamparado y sin posibilidad de defensa. Tipicidad de la conducta de menor entidad que el homicidio en persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario, que le fue deducido tanto en la medida de aseguramiento como en la formulación de acusación, que por lo mismo es dable actualizar en este momento procesal, sin que sufra mengua alguna el principio de congruencia, en tanto que se mantiene incólume el aspecto fáctico u objetivo de la conducta y solamente se afecta la forma de adecuación típica y ello para degradarla y en modo alguno para hacer más gravoso el compromiso penal.

Todo lo razonado nos conduce inexorablemente a concretar sobre la responsabilidad de Nivia Serrano, pues del estudio de la prueba, colegimos que desde la indagatoria se le endilgaron estas circunstancias de agravación, el móvil de la salida de la guarnición y posterior homicidio era la obtención de asueto, aprovechando la particular situación de la víctima de tener que pasar por ese lugar a diario.

Cambio de tipo penal que es avalado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al disponer que "Evidentemente, el Tribunal habría incurrido en violación directa de la ley sustancial pues aplicó al caso la normativa relacionada con el delito de acto sexual violento y dejó de aplicar las reglas vinculadas con la injuria por vía de hecho. Esto impulsaría a la Corte a proferir una decisión final de reemplazo, decisión que no reduciría ninguna garantía pues el tema fáctico fue ampliamente debatido por las partes y el acusado resultaría beneficiado"⁴³.

No solo se cristaliza el homicidio agravado, igualmente, el concierto para delinquir, también agravado, por cuanto Carlos Andrés Nivia Serrano, fue el encargado de dar la orden del desplazamiento hasta el lugar de

⁴³Proceso No 25743, M.P., Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, del 26 de octubre de 2006

los hechos, tal y como lo habían acordado con el sargento Quiroz Flórez.

De esta manera se observa que era el encargado de suministrar lo necesario y demás elementos en la compleja actividad criminal del falso positivo, para posteriormente aparecer en los documentos espurios y presentarlos ante sus superiores para obtener felicitaciones y los diez días de permiso, mostrándolo como un falso positivo, lo que hizo con la inclusión de su manera de actuar en el informe espurio.

Las acciones disvaliosas y contrarias a derecho que se examinan, lesionaron los bienes-intereses sociales receptados por los cánones antedichos, estos son, la vida y la seguridad pública. No está demás advertir que el Juzgado no vislumbra, ni tampoco se han alegado, causales de ausencia de responsabilidad o tipos permisivos que eliminen la esencia misma de los delitos.

Es verdad sabida que Nivia Serrano, no solamente conocía los hechos y sus circunstancias amen de la relevancia de su conducta, demostrada con las confesiones de sus subordinados, así como el permitir lo incluyeran en los informes presentados a sus superiores como sentados en la estación de policía, en los que aparece dando la orden que se desplazaran al lugar en la vereda la Playa, a más de que el sargento lo señala directamente como responsable, igual que las exculpaciones contradictorias quedaron desmentidas por los mismos testigos de cargos. Visto así queda acreditado que de manera voluntaria y consciente fue a los delitos.

Frente a las constancias del proceso, es simple de inferir que el prenombrado, es sujeto capaz de derecho penal por tener intactas, al momento de los injustos, sus capacidades de entender y de querer. En otras palabras, es imputable y como tal pasible de las sanciones ordinarias indicadas en el Código de la materia.

9. PUNIBILIDAD

Si las conductas son típicas, antijurídicas y culpables, son también susceptibles de sanción, debiéndose tener en cuenta para la tasación de la pena los parámetros señalados en los artículos 31, 55, 60 y 61 del Código de la materia, vigentes para el momento de la comisión de los hechos, acerca del concurso de conductas punibles, circunstancias de mayor y menor punibilidad, modalidades de los hechos punibles, grado de culpabilidad y las personales del sujeto agente.

Así las cosas, el procesado habrá de ser sometido a los fines de la pena, establecidos en el vigente artículo 4° ibídem: retributiva, preventiva, protectora y resocializadora.

10. DOSIFICACIÓN.

Se procede entonces a dosificar la pérdida o disminución de los bienes jurídicos del inculcado. Tal como se dijo en precedencia, se trata de un concurso de delitos, artículo 31 ejusdem, en consecuencia, hemos de partir del punible que establece la pena más grave, según su naturaleza. Del simple cotejo y sin mayor esfuerzo concluimos que es el atentatorio contra la vida, el ilícito de homicidio agravado, acorde con la adecuación típica realizada de conformidad a lo probado, en armonía con los artículos 103 y 104-7 del actual Código Penal, que será el aplicable en el presente evento atendiendo al apotegma universal de favor rei, que contempla pena de prisión que oscila entre veinticinco (25) y cuarenta (40) años de prisión. En atención a que no lo fueron deducidas circunstancias de mayor punibilidad genéricas, partiremos del mínimo señalado. En acato, al reato contra la seguridad pública, se le incrementarán cuatro (4) años más y un mil trescientos treinta y tres (1333) salarios mínimos legales mensuales de multa, surgiendo como pena definitiva a imponer a Carlos Andrés Nivia Serrano, veintinueve (29) años de prisión y

multa por la misma cantidad anunciada de salarios mínimos mensuales legales vigentes para el año 2005.

Por disposición del artículo 51 y 52 del Código Penal la pena de prisión implica la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la que será por un lapso de veinte (20) años. Dicha sanción se cumplirá conforme a las previsiones hechas por el artículo 53 ibídem.

En atención a los preceptos 361 del C. de P.P. y 37-3 C.P., se le abonará al condenado, como parte cumplida de la sanción, el tiempo que ha estado detenido en razón de esta investigación.

11. SUBROGADO Y SUSTITUCIÓN DE LA PRISIÓN

Los beneficios de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitución de la prisión intramuros por la domiciliaria se hallan consagradas, respectivamente, en los cánones 63 y 38 de la Ley Penal Sustantiva, respectivamente, que condicionan su procedencia a dos requisitos, uno de carácter objetivo y el otro subjetivo, debiendo concurrir, inevitablemente, de manera simultánea.

La primera de las exigencias, atinente a que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) y cinco (5) años, correspondientemente, no se satisface, por cuanto la pena irrogada y la "mínima en la ley" es superada ampliamente, lo que nos releva de hacer consideraciones con respecto al aspecto subjetivo.

12. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

Ha sido clara la H. Corte Suprema de Justicia, al encargarse de enseñar, con respecto a este fundamental aspecto que: "No obstante que el art. 55 del Código de Procedimiento Penal, que se refiere a los

perjuicios, se orienta a promover las condenas en concreto, con el fin de evitar las cómodas e ineficaces condenas en abstracto, ha de saberse que dicho precepto tiene como exigencia 'que se haya demostrado la exigencia de perjuicios provenientes del hecho investigado...'. Y dentro de la prueba de los perjuicios, obviamente debe involucrarse la de la realidad del perjudicado, pues lógicamente no es posible concebir aquéllos si no están radicados en éste, y tanto unos como otros llegan al conocimiento del juez por un proceso demostrativo y no por mero decisionismo o intuición. En estos casos, no está acreditada en debida forma la existencia de los perjudicados, razón por la cual no habrá lugar a condenación de perjuicios, sin que ello implique la negación de lo que obviamente podrá hacerse valer por la vía civil de la Jurisdicción", Sentencia de agosto 5 de 1997, M.P., Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

El vigente artículo 56 del C. de P. Penal, ley 693 de 2000, dispone la liquidación de perjuicios en la sentencia "de acuerdo a lo acreditado en la actuación". Así las cosas, si bien es cierto se verificaron daños materiales y morales, no obstante no fueron acreditados en debida forma la plena cuantía de perjuicios económicos y quienes los perjudicados moralmente, por lo cual y para no incurrir en imprecisiones, nos abstendremos de condenar por estos fundamentales tópicos, pudiéndose incoar las correspondientes acciones civiles y administrativas para demostrarlos íntegra y plenamente.

Con fundamento en jurisprudencia nacional e internacional en cuanto al derecho que les asiste a los familiares de la víctima de conocer lo que sucedió y atendiendo el principio de satisfacción, que impone medidas morales de carácter simbólico y colectivo, que comprende los perjuicios inmateriales, como por ejemplo, el reconocimiento público del Estado sobre la verdad de los hechos.

En estas condiciones, lo que da cuenta el plenario es de un homicidio en claro estado de indefensión y

por lo mismo en la presente actuación quedó acreditado que no sólo se vulneró el derecho a la vida de manera arbitraria e injusta del señor Carlos Alberto Ospina Bedoya, sino que además se produjo un daño con el quebrantamiento de otro derecho fundamental, como el buen nombre y principio dignidad. En tales condiciones, nos es imperativo adoptar las medidas de justicia restaurativa atendiendo el principio de reparación integral, en aras de proteger no sólo la dimensión objetiva, sino también la subjetiva de los derechos afectados.

Por lo mismo para aliviar en algo la angustia y el dolor de la familia y mitigar el sufrimiento intenso que les causó, no sólo el haberle segado la vida injustamente, si no muy particularmente el haberle arrebatado su buen nombre y mancillado su dignidad con la calumnia buscando impunidad, se ordena, una vez cobre ejecutoria la presente sentencia, que el señor Alcalde de la vecina ciudad de Barbosa, en la que residía el señor Carlos Alberto Ospina Bedoya, haga saber a la comunidad entera, a través de un medio de comunicación de amplia cobertura, que dicho ciudadano fue víctima de un falso positivo y que para ocultar tan terrible crimen, fue señalado por sus victimarios como extorsionista y perteneciente a un grupo armado ilegal, pero que en el presente proceso quedó demostrado con suficiencia probatoria, no ejecutó conducta ilícita alguna, por el contrario se probó que era persona honesta, no tenía antecedentes penales ni contravencionales y respetuoso de la ley.

13. OTRAS DECISIONES:

De lo explicado con antelación, es posible que los testigos John Freddy Urrego Correa, Abenis María Herrera y Walter Arcángel García Osorio, hayan podido incurrir en el delito de falso testimonio, igual haber participado en el homicidio en calidad de coautores, cómplices o encubridores, en consecuencia, buscando se adelanten las investigaciones del caso, se compulsarán copias

para ante la Fiscalía Seccional con sede en la ciudad de Barbosa, de todo lo actuado, como se anunció.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO: CONDÉNASE a **CARLOS ANDRÉS NIVIA SERRANO**, de condiciones civiles y personales conocidas en el plenario, a la pena principal y privativa de la libertad de veintinueve (29) años de prisión y multa en el equivalente a un mil trescientos treinta y tres (1333) salarios mínimos mensuales legales vigentes para el año 2005, debiendo ser consignada a favor del Consejo Superior de la Judicatura, por haber sido hallado penalmente responsable, como coautor de los punibles de homicidio agravado y concierto para delinquir con fines de cometer homicidios, según las circunstancias de tiempo, modo y lugar atrás reseñadas.

SECUNDO: Como pena accesoria, se le impone a **NIVIA SERRANO**, la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período de veinte (20) años.

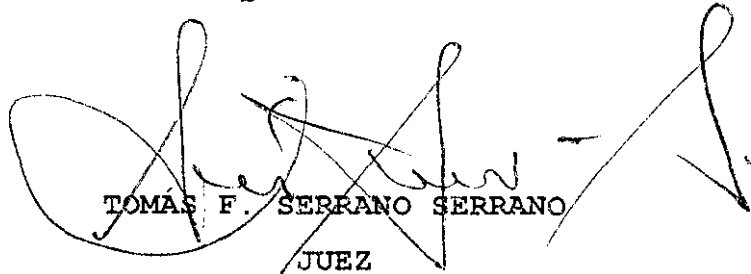
TERCERO: No se concederá al penado el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramuros, por no reunirse los requisitos legales exigidos al efecto.

CUARTO: Se le abonará al justiciable, como parte de la pena impuesta, el tiempo que lleva detenido en razón de esta investigación.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, se remitirán las comunicaciones y copias de la misma a las entidades e instituciones correspondientes, tal como lo dispone el artículos 52 del Código Penal. Mismo modo las ordenadas en la parte motiva a las autoridades allí señaladas, lo que se hará a través del Centro de servicios Administrativos de estos Despachos.

SEXTO: Contra la presente decisión procede el recurso de apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


TOMÁS F. SERRANO SERRANO
JUEZ