View metadata, citation and similar papers at core.ac.uk
brought to you by CORE
provided by Biblioteca Universidad Externado

4

LOS DENOMINADOS "FALSOS POSITIVOS" EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Édgar Solano González

Resumen

El autor presenta un estudio jurídico de la problemática de los "falsos positivos" desde la perspectiva del derecho internacional humanitario. La investigación se fundamenta en los casos que han llegado al órgano de cierre de la jurisdicción penal ordinaria y se detiene en las categorías conceptuales necesarias para realizar un análisis que concluye en torno a dos elementos centrales: primero, la necesidad de aplicar el principio de distinción que el derecho internacional humanitario convencional y consuetudinario ha hecho sobre las categorías de "personas civiles" y "combatientes", principio que propone revisar, en relación con los "falsos positivos", de manera minuciosa; y, segundo, la tipificación acogida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, esto es, *homicidio en persona protegida*, lo cual resuelve de manera anticipada una compleja controversia acerca de la competencia para conocer de este tipo de casos.

Introducción

El artículo 135 de la Ley 599 del 24 de julio de 2000 (Código Penal) establece el tipo penal de homicidio en persona protegida, el cual hace parte del Título II sobre los "delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario". El artículo 135 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) tipifica el homicidio perpetrado, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, contra persona protegida con base en los convenios internacionales sobre derecho internacional humanitario (DIH) ratificados por Colombia. En consecuencia, el parágrafo del artículo 135 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) establece que las personas protegidas conforme al DIH son: (i) los miembros de la población civil; (ii) las personas que no participan en las hostilidades; (iii) las personas civiles en poder de una parte adversa; (iv) los heridos, enfermos y náufragos puestos fuera de combate; (v) el personal sanitario y religioso; (vi) los periodistas en misión profesional y corresponsales de guerra acreditados; (vii) los "combatientes" que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa similar; (viii) las personas que antes de las hostilidades fuesen consideradas apátridas y refugiados; (ix) las personas protegidas por los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los dos Protocolos adicionales de 1977; y (x) las personas protegidas por otros instrumentos internacionales del DIH que llegasen a ratificarse por Colombia.

Asimismo, la Corte Constitucional en la sentencia C-291 del 25 de abril de 2007 examinó la constitucionalidad del numeral 6 del parágrafo del artículo 135 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), según el cual son personas protegidas con base en el DIH los "combatientes" que hayan depuesto las armas ya sea por captura, rendición u otra causa similar[1].

---

1 El numeral 6 del parágrafo del artículo 135 de la Ley 599 del 24 de julio de 2000 (Código Penal) dispone: "[…] Par. - Para los efectos de este artículo y

El demandante consideró que la expresión "combatientes" no es aplicable a situaciones de conflicto armado no internacional[2], razón por la cual es contraria al artículo 93 y al numeral 2 del artículo 214 de la Constitución Política, en relación con el artículo 3.º común a los Convenios de Ginebra de 1949 y al Protocolo II adicional de 1977, los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad[3]. En efecto, la Corte Constitucional estableció que la noción de "combatientes" tiene un sentido genérico y uno específico. Por una parte, la noción de "combatientes" en sentido genérico comprende a los miembros de las Fuerzas Armadas y de los grupos armados organizados[4] (en el marco de un conflicto armado no internacional)[5], los cuales pueden ser objeto de un ataque directo (actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos)[6] de conformidad con las normas y principios del DIH[7]. Y, por otra, la noción de "combatientes" en sentido específico abarca a los miembros de las Fuerzas Armadas de un Estado en el contexto de un conflicto armado internacional[8], los cuales tienen derecho al estatuto de combatiente

---

las demás normas del presente título se entiende por personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario: […] Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga".

2 El concepto de *combatiente* como categoría jurídica solo existe en situaciones de conflicto armado internacional.

3 Sobre el asunto, véase: Corte Constitucional, sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995.

4 Las personas que participan directamente en las hostilidades no tienen derecho al estatuto de combatiente y prisionero de guerra.

5 Sobre el punto, véase: artículo 3.º común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, en relación con el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 8 de junio de 1977.

6 Artículo 49 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra del 8 de junio de 1977.

7 Los principios de distinción, precaución, proporcionalidad, necesidad militar, limitación y humanidad.

8 El numeral 1 del artículo 43 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra del 8 de junio de 1977 señala: "Las Fuerzas Armadas de una parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante

y prisionero de guerra[9] (por ejemplo, los miembros de las Fuerzas Armadas de una parte en conflicto tienen derecho a participar directamente en las hostilidades)[10].

En relación con el caso concreto, la Corte Constitucional consideró que la expresión "combatientes" debe ser interpretada en su acepción genérica (en situaciones de conflicto armado no internacional)[11], y conforme al contenido integral del artículo 135 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal). El artículo 135 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) establece como garantía fundamental del DIH (convencional y consuetudinario) la prohibición del homicidio contra personas civiles (no participan directamente en las hostilidades), personas fuera de combate por cualquier causa (heridos, enfermos y náufragos) y personas especialmente protegidas (periodistas, personal sanitario y religioso)[12], en el contexto de un conflicto armado no internacional (intensidad del conflicto y organización de las partes)[13]. La expresión "combatientes" del numeral 6 del parágrafo del artículo 135 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) corresponde a una de las subcategorías de las personas fuera de combate (protegidas por el DIH

---

esa parte, aun cuando ésta esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una parte adversa. Tales Fuerzas Armadas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, *inter alia*, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados".

9 Al respecto, véase: Convenio III de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, en relación con los artículos 43, 44, 45, 46 y 47 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra del 8 de junio de 1977.

10 El numeral 2 del artículo 43 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra del 8 de junio de 1977 establece: "Los miembros de las Fuerzas Armadas de una parte en conflicto (salvo aquellos que formen parte del personal sanitario y religioso a que se refiere el artículo 33 del III Convenio) son combatientes, es decir, tienen derecho a participar directamente en las hostilidades".

11 Los miembros de las Fuerzas Armadas y de los grupos armados organizados.

12 Al respecto, véase: Henckserts, Jean Marie y Doswald-Beck, Louise. *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. I: Normas. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007, pp. 355-359.

13 Corte Constitucional, sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995.

convencional y consuetudinario). La subcategoría comprende a las personas que han depuesto las armas por captura, rendición u otra causa semejante (han dejado de participar directamente en las hostilidades), las cuales deben ser tratadas con humanidad con base en el artículo 3.º común a los Convenios de Ginebra de 1949 así como en el artículo 4.º del Protocolo II adicional de 1977. En consecuencia, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la expresión "combatientes" del parágrafo 6 del artículo 135 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), por cuanto no desconoce la protección integral y reforzada del DIH (la cual hace parte del bloque de constitucionalidad)[14] en favor de las personas que no participan o han dejado de participar directamente en las hostilidades[15] (en concreto, la prohibición del homicidio

---

14 Sobre el asunto, véase: Corte Constitucional, sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995; Corte Constitucional, sentencia C-578 del 4 de diciembre de 1995; Corte Constitucional, sentencia C-358 del 5 de agosto de 1997; y Corte Constitucional, sentencia C-578 del 30 de julio de 2002.

15 Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-291 del 25 de abril de 2007 estableció: "En otras palabras, el término 'combatientes' utilizado en la disposición acusada, sin importar la acepción que se acoja, no obsta para que el principio de distinción y el principio humanitario, así como las garantías de especial protección del derecho internacional humanitario, mantengan su plena vigencia en contextos de conflicto armado interno como el colombiano, respecto de todas aquellas personas que no toman parte de las hostilidades o que son especialmente protegidas por el derecho internacional humanitario, las cuales en criterio de esta Corporación se encuentran amparadas por las distintas categorías de 'personas protegidas' que se incluyen en el artículo demandado, como por ejemplo, el que si bien participó en las hostilidades ya ha depuesto las armas. Así interpretado, el término 'combatientes' resulta compatible con la Carta Política (arts. 93 y 94) y, por mandato constitucional, con los principios y normas relevantes del bloque de constitucionalidad que se estudiaron en acápites precedentes, así como con el artículo 11 superior –que protege el derecho a la vida, el cual también es el objeto de la salvaguarda de la garantía fundamental de la prohibición de homicidio en no combatiente a nivel del derecho internacional–. Por ello, habrá de declararse exequible la expresión acusada por los cargos estudiados en esta providencia. Es claro que bajo ninguna interpretación se puede reducir el ámbito de protección provisto por el derecho internacional humanitario a quienes, en el contexto de un conflicto armado de carácter no internacional, no toman parte activa en las hostilidades".

en todas sus formas contra personas civiles y personas fuera de combate por cualquier causa)[16].

En este orden de ideas, la aplicación del tipo penal de homicidio en persona protegida (artículo 135 de la Ley 599 de 2000) presupone la existencia de un conflicto armado no internacional[17]. En efecto, en la sentencia C-291 de 2007 la Corte Constitucional reiteró la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, en relación con los elementos objetivos para determinar la existencia de un conflicto armado no internacional: intensidad del conflicto y organización de las partes[18]. En este sentido, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, en su jurisprudencia consolidada, ha manifestado que "existe un conflicto armado cuando se recurre […] a la violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre dichos grupos dentro de un Estado"[19]. Por consiguiente, el operador jurídico al momento de aplicar, en un caso concreto, el tipo penal de homicidio en persona protegida (artículo 135 de la Ley 599 de 2000) deberá establecer: (i) la existencia de un conflicto armado no internacional de conformidad con las normas y principios del DIH (intensidad del conflicto y organización de las partes)[20]; (ii) la relación próxima y suficiente

---

16 Con fundamento en el artículo 3.º común a los Convenios de Ginebra de 1949 y en el artículo 4.º del Protocolo II adicional de 1977.

17 Sobre el asunto, véase Corte Constitucional, sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995 y sentencia C-291 del 25 de abril de 2007.

18 Al respecto véase Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *El Fiscal vs. Tadic*, Caso n.º IT-94-1 (Sala de Apelaciones), 2 de octubre de 1995, párr. 70. En igual sentido, véase Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *El Fiscal vs. Kunarac, Kovac y Vokovic*, Caso n.º IT-9623 y IT-96-23/1 (Sala de Apelaciones), 12 de junio de 2002, párr. 56.

19 Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *El Fiscal vs. Tadic*, Caso n.º IT-94-1 (Sala de Apelaciones), 2 de octubre de 1995, párr. 70; Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *El Fiscal vs. Kunarac, Kovac y Vokovic*, Caso n.º IT-9623 y IT-96-23/1, 12 de junio de 2002, párr. 56.

20 Sobre este punto, véase: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

del homicidio con el desarrollo (o bajo la apariencia) de un conflicto armado no internacional[21]; y (iii) la condición de persona protegida (de la víctima) por el DIH convencional ratificado por Colombia[22].

---

sentencia del 27 de enero de 2010, radicado 29753; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de marzo de 2011, radicado 35099; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 28 de agosto de 2013, radicado 36460; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 16 de marzo de 2016, radicado 44288; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 15 de febrero de 2017, radicado 34982; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 31 de mayo de 2017, radicado 43924; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 6 de septiembre de 2017, radicado 48520.

21 Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-291 del 25 de abril de 2007 manifestó: "1.2.3. En términos materiales, para que un determinado hecho o situación que ha ocurrido en un lugar en el que no se han desarrollado los combates armados quede cubierto bajo el ámbito de aplicación del derecho internacional humanitario, es necesario que tal hecho o situación guarde una relación cercana y suficiente con el desarrollo del conflicto. Así, no todos los hechos ilícitos que ocurren durante un conflicto armado se someten al derecho internacional humanitario; '*solo aquellos actos suficientemente relacionados con el desarrollo de las hostilidades están sujetos a la aplicación de este derecho.* [...] *Es necesario concluir que el acto, que bien podría ser cometido en ausencia de un conflicto, fue perpetrado contra la víctima o víctimas afectadas por razón del conflicto en cuestión*'. La jurisprudencia internacional ha proporcionado distintos criterios para determinar la existencia de un nexo cercano entre un determinado hecho o situación y el conflicto armado internacional o interno en el que ha tenido lugar; así, ha señalado que tal relación cercana existe *'en la medida en que el crimen sea moldeado por o dependiente del ambiente en el que se ha cometido –v.g. el conflicto armado–'*. Al determinar la existencia de dicha relación las cortes internacionales han tomado en cuenta factores tales como la calidad de combatiente del perpetrador, la calidad de no combatiente de la víctima, el hecho de que la víctima sea miembro del bando opuesto, el hecho de que el acto pueda ser visto como un medio para lograr los fines últimos de una campaña militar, o el hecho de que el acto haya sido cometido como parte de los deberes oficiales del perpetrador, o en el contexto de dichos deberes. También ha precisado la jurisprudencia, en casos de comisión de crímenes de guerra, que es suficiente establecer que '*el perpetrador actuó en desarrollo o bajo la apariencia del conflicto armado', y que 'el conflicto no debe necesariamente haber sido la causa de la comisión del crimen, sino que la existencia del conflicto debe haber jugado, como mínimo, una parte sustancial en la capacidad del perpetrador para cometerlo, en su decisión de cometerlo, en la manera en que fue cometido o en el objetivo para el que se cometió'*".

22 En este sentido, véase: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de enero de 2010, radicado 29753; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de marzo de 2011, radicado 35099;

Por último, el objeto de la presente investigación consiste en presentar una descripción de la jurisprudencia consolidada de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre los denominados "falsos positivos" perpetrados por algunos miembros del Ejército Nacional, en el contexto del conflicto armado interno[23]. En la primera parte se reseñan los elementos de los homicidios cometidos contra personas civiles (no participan directamente en las hostilidades). La segunda parte expone las condiciones en las cuales fueron perpetrados los homicidios contra personas fuera de combate por cualquier causa (ya no participan directamente en las hostilidades).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 28 de agosto de 2013, radicado 36460; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 16 de marzo de 2016, radicado 44288; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 15 de febrero de 2017, radicado 34982; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 31 de mayo de 2017, radicado 43924; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 6 de septiembre de 2017, radicado 48520.

23 Sobre el tema, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 28 de agosto de 2013, radicado 36460, manifestó: "[…] No hay duda que la oprobiosa práctica de los llamados *falsos positivos*, en virtud de la cual miembros de las Fuerzas Armadas causan la muerte a ciudadanos inermes ajenos al conflicto armado, en cuanto carecen del carácter de combatientes por no formar parte de los grupos institucionales y no institucionales involucrados en la contienda interna, ni participar de la misma, para después mostrarlos ante la opinión pública y sus superiores como bajas de un grupo armado ilegal en supuestos escenarios de combate y a partir de ello obtener beneficios como permisos, felicitaciones en la hoja de vida o ascensos, se encuentra íntimamente vinculada con el conflicto armado interno, pues éste es condición necesaria para que tengan lugar tales desmanes. En efecto, es claro que si es en el marco de dicha situación de anormalidad que se exhiben como triunfos los referidos montajes de operaciones bélicas, cuando en verdad se ha ocasionado la muerte de personas civiles, generalmente de escasos recursos, desarmadas, en parajes solitarios, lejos de su contorno y sin la posibilidad de conseguir ayuda alguna que las pueda salvar, sin dificultad se advierte la estrecha relación entre tales graves procederes ilegales y su ocurrencia con ocasión del conflicto armado interno, máxime si los miembros de las Fuerzas Armadas conocen de las obligaciones que en su condición de combatientes les son exigibles en el ámbito de la estricta guarda del derecho internacional humanitario, y que les prohíbe en forma rotunda involucrar a civiles como objeto de sus acciones armadas".

I. Homicidio contra personas civiles

El Juzgado Penal del Circuito Especializado de Valledupar mediante sentencia del 21 de mayo de 2010 condenó al cabo segundo Jota Eder Támara Torrez y al soldado profesional Jaime Cruz Velandia como coautores de los delitos de homicidio en persona protegida y tentativa de homicidio en persona protegida de José Navarro Ávila y Luis Carlos Navarro Ávila (artículo 135 de la Ley 599 de 2000). La mencionada sentencia condenatoria fue impugnada ante la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Valledupar por el apoderado judicial de las personas condenadas. En efecto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Valledupar, en fallo del 17 de junio de 2010, confirmó, con la modificación en cuanto a la pena, la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Valledupar, el 21 de mayo de 2010, contra el cabo segundo Jota Eder Támara Torrez y el soldado profesional Jaime Cruz Velandia por los delitos de homicidio en persona protegida y tentativa de homicidio en persona protegida de José Navarro Ávila y Luis Carlos Navarro Ávila (artículo 135 de la Ley 599 de 2000)[24].

Posteriormente, el apoderado de las personas condenadas interpuso recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segunda instancia, proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Valledupar el 17 de junio de 2010. Por consiguiente, la Sala de Casación Penal, con fundamento en las sentencias de instancia y en el acervo probatorio, estableció: (i) el 27 de marzo de 2008 en la vereda El Cinco, municipio de Manaure (Cesar), el campesino José Navarro Ávila y su hijo menor Luis Carlos Navarro Ávila fueron atacados con tiros de fusil por el cabo segundo Jota Eder Támara Torrez y el soldado profesional Jaime Cruz

---

24 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de marzo de 2011, radicado 35099.

Velandia, miembros del Batallón de Alta Montaña n.º 7 "Mayor Raúl Guillermo Mahecha Martínez", en el contexto de la operación "Misterio" de registro y control territorial; (ii) el campesino José Navarro Ávila falleció de un tiro en el pecho y su hijo menor Luis Carlos Navarro Ávila fue herido en la espalda; (iii) el campesino José Navarro Ávila y su hijo menor Luis Carlos Navarro Ávila, en condición de personas civiles (no participaban directamente en las hostilidades)[25],

---

25 Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 23 de marzo de 2011, radicado 35099, manifestó: "3.3.2.1. 'Personas civiles'. Una persona civil, para los efectos del principio de distinción en los conflictos armados no internacionales, es quien llena las dos condiciones de no ser miembro de las Fuerzas Armadas o de los grupos armados irregulares enfrentados, y no tomar parte activa en las hostilidades. El primer requisito –el de no ser miembro de las Fuerzas Armadas o grupos armados irregulares– ha sido señalado en la sistematización del CICR como una definición consuetudinaria de la noción de 'civil'. Por su parte, el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia ha indicado que para efectos de la aplicación de las protecciones consagradas en las normas que penalizan los crímenes de guerra, los civiles son '*las personas que no son, o han dejado de ser, miembros de las Fuerzas Armadas*', entendidas éstas para comprender tanto a los cuerpos armados estatales oficiales como a los grupos armados irregulares. El segundo requisito –el de no tomar parte en las hostilidades– ha sido indicado por múltiples instancias internacionales. Según ha precisado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las garantías mínimas establecidas en el artículo 3.º común se aplican, en el contexto de los conflictos armados internos, a quienes no toman parte directa o activa en las hostilidades, incluida la población civil y las personas puestas fuera de combate por rendición, captura u otras causas. El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia ha indicado que para efectos de determinar el carácter civil de las personas amparadas por las garantías que se consagran, entre otras, en el artículo 3.º común –aplicable a los conflictos armados internos–, '*es necesario demostrar que las violaciones se cometieron contra personas que no estaban directamente involucradas en las hostilidades*', para lo cual se debe aplicar el criterio establecido en el caso Tadic: '*si, al momento de la comisión del hecho aludidamente ilícito, la supuesta víctima de los actos proscritos estaba tomando parte directamente en las hostilidades, hostilidades en el contexto de las cuales se dice haber cometido el hecho supuestamente ilícito. Si la respuesta a esta pregunta es negativa, la víctima goza de la protección de las proscripciones contenidas en el artículo 3.° común*'. En consecuencia, la determinación del carácter civil de una persona o de una población depende de un análisis de los hechos específicos frente a los cuales se invoca dicha condición, más que de la mera invocación de su *status* legal en abstracto, y teniendo en cuenta que –según se señaló anteriormente– la noción de 'hostilidades', al igual que

se encontraban protegidos por las normas y los principios del DIH[26], aplicables en el marco del conflicto armado interno (intensidad del conflicto y organización de las partes)[27]. En este orden de ideas, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 23 de marzo de 2011, decidió no casar la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Valledupar el 17 de junio de 2010.

---

la de 'conflicto armado', trasciende el momento y lugar específicos de los combates, para aplicarse según los criterios geográficos y temporales que demarcan la aplicación del derecho internacional humanitario".

26 En concreto, principios de distinción, proporcionalidad, precaución, necesidad militar, limitación y humanidad.

27 Sobre este punto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 23 de marzo de 2011, radicado 35099, señaló: "La realidad colombiana es evidente, existe un conflicto no internacional, y para ello no se requiere la manifestación expresa del Gobierno, pues el conflicto es un hecho y no una declaración. La comisión de los delitos por los que se procedió dentro del marco de un conflicto armado no mereció vacilación alguna para el ente instructor ni para los falladores y tampoco ofrece dubitación para la Corte. Téngase en cuenta que los hechos ocurrieron en el municipio de Manaure (Cesar), cuando los acusados se encontraban realizando una patrulla en cumplimiento de la operación 'misterio'. De las pruebas válidamente aportadas y de los testimonios rendidos por los oficiales, en grado de mayor del Ejército Nacional, Alfonso Moreno Ayala y Edgar Gaitán Matiz, para la fecha de los acontecimientos Ejecutivo y Segundo Comandante del Batallón de Alta Montaña n.º 7 de Valledupar, el primero, y Jefe de Operaciones del mismo Batallón, se evidencia que Manaure pertenecía o se encontraba a cargo de ese Batallón. Por conducto de los uniformados se introdujeron al proceso el informe de patrullaje 051 del 21 de marzo de 2008, la orden fragmentaria de operación "misterio" de ese mes y el programa de operaciones, de las que surge que se trata de una zona en la que se movilizan grupos armados al margen de la ley. Los declarantes fueron claros en manifestar que los acusados se encontraban en cumplimiento de la operación 'misterio', que dos días antes de los hechos el mayor Ayala tuvo dos bajas en una de las patrullas de su Batallón. El mayor Gaitán Matiz explicó, además, que las órdenes de operaciones se hacían con base en informaciones de inteligencia e indicios de la presencia de terroristas por el sector. Así mismo, adujo que en el sector de Manaure hubo en época anterior presencia de terroristas de las FARC, también por el Perijá, y que recientemente se había informado sobre seis integrantes merodeando por el lugar. De manera que ningún titubeo despierta el marco en el que se cometieron las conductas punibles".

Por otra parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 19 de marzo de 2014, reiteró el contenido y el alcance de la desaparición forzada de personas[28]. Por un lado, la desaparición forzada es una violación múltiple y compleja de derechos humanos, tales como la libertad personal, la integridad personal, la vida y el reconocimiento a la personalidad jurídica[29]. Y por otro, la desaparición forzada es un delito continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la persona desaparecida[30] (por ejemplo, la desaparición forzada cesa cuando se localiza, identifica y entrega los restos de la víctima a sus familiares inmediatos)[31]. En efecto, el tipo penal de

---

28 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 19 de marzo de 2014, radicado 40733.

29 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 11 de septiembre de 2013, radicado 39703.

30 La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 3 de agosto de 2011, radicado 36563, manifestó: "[…] *No admite discusión que la desaparición forzada es una conducta punible de ejecución permanente, esto es, que desde el acto inicial, la retención arbitraria de la víctima, el hecho continúa consumándose de manera indefinida en el tiempo, y el límite final de ejecución del delito está dado por la terminación de ese estado de privación de libertad, ya porque de alguna manera se recobra ésta (el victimario la libera, es rescatada, etc.), ya porque se ocasiona su deceso*. Si la persona es privada de su libertad de locomoción, luego de lo cual se le causa la muerte, no genera incertidumbre la comisión de dos conductas diferenciables que, por tanto, concurren, en tanto se presentan dos momentos, uno de retención y otro de muerte, pero es evidente que la primera deja de consumarse cuando se causa el homicidio. Pero la fijación de un momento cierto en el cual termina la consumación no descarta la existencia de la desaparición. La situación es diversa cuando solamente existe un momento, esto es, sucede la privación de libertad y no existe prueba alguna respecto de que se puso punto final a ese estado; por tanto, la desaparición continúa ejecutándose de manera indefinida en el tiempo y, así, el término de prescripción de la acción penal (cuando sea viable tal instituto) no comienza a correr, pues tal sucede exclusivamente cuando cesa la privación de la libertad, o, lo que es lo mismo, cuando deja de consumarse la desaparición" (énfasis nuestro).

31 Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de marzo 19 de 2014, radicado 40733, determinó: "[…] el delito de desaparición forzada de personas es permanente, no porque se cometa mientras la víctima se encuentre privada de su libertad, sino porque sigue

desaparición forzada (art. 165 de la Ley 599 de 2000) comprende los siguientes elementos: (i) privación de libertad de una persona cualquiera que fuere su forma (por ejemplo, lícita, ilícita, violenta o pacífica)[32]; (ii) seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer la detención o de dar información sobre su paradero (cuando el crimen es cometido por un particular es suficiente la falta de información sobre el paradero de la persona)[33]; y (iii) sustracción de la protección de la ley[34].

---

consumándose durante todo el tiempo en el que sus captores no den razón de ella (su paradero con vida o la ubicación de su cadáver), nieguen su privación de libertad, o den información equívoca. Si por ejemplo la víctima aparece con vida o se tiene noticia de su cadáver, cesa la consumación permanente del delito de desaparición forzada, no porque haya culminado la situación privativa de su libertad, sino porque cesa el *deber de información*. Desde luego, para el efecto indicado no basta con que aparezca el cuerpo de una persona, como ocurre con los NN, sino que se tenga certidumbre acerca de que el cadáver hallado corresponde al individuo desaparecido, pues mientras no haya una identificación adecuada de los despojos mortales, la incógnita acerca del paradero de la víctima continúa y la infracción al *deber de información* por parte de los perpetradores también se prolonga […]. Si la desaparición forzada de personas es un delito de ejecución permanente que tiene lugar a partir de cuando se incumple el *deber de información* sobre el destino de la persona privada de su libertad, hasta cuando sea satisfecha tal obligación, es acertado concluir que aún si la víctima fallece, el delito sigue consumándose hasta cuando se brinde información sobre su privación de libertad, la suerte que corrió o la ubicación de su cadáver identificado, pues sigue incumpliéndose el referido deber".

32 Véase: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 11 de septiembre de 2013, radicado 39703; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 25 de junio de 2014, radicado 43303.

33 La Corte Constitucional en la sentencia C-317 del 2 de mayo de 2002 determinó: "Así, pues, como consecuencia de la declaratoria de inexequibilidad de las expresiones *'perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley'* el delito de desaparición forzada puede ser cometido por cualquier particular sin ninguna calificación. Sin embargo, la Corte considera necesario precisar que si bien este punible se comete cuando el particular somete a otra persona a privación de su libertad, *seguida de su ocultamiento* ***y*** *de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley,* debe entenderse que la conjunción *"y"* no exige que para cometer la infracción el particular deba ser requerido, sino que basta solamente la falta de información o de la negativa a reconocer la privación de la libertad, por cuanto según el artículo 33 superior los particulares no están obligados a autoincriminarse. Por lo tanto, la Corte condicionará la exequibilidad del inciso primero del artículo 165 del C. P., bajo el entendido que no es necesario

Así por ejemplo, el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga, mediante sentencia del 15 de julio de 2011, condenó al coronel Wilson Javier Castro Pinto y al teniente Eduard Antonio Villani Realpe, como coautores de los delitos de desaparición forzada agravada y homicidio agravado en Daniel Andrés Pesca Olaya y Eduardo Garzón Páez (numerales 1 y 6 del artículo 166, y numerales 4 y 7 del artículo 104 de la Ley 599 de 2000)[35]. Asimismo, el coronel Wilson Javier Castro Pinto fue condenado por el delito de peculado por apropiación (artículo 397 de la Ley 599 de 2000), y el teniente Eduard Antonio Villani Realpe por los delitos de falsedad ideológica en documento público y peculado por apropiación (artículos 286 y 397 de la Ley 599 de 2000). La mencionada sentencia condenatoria fue impugnada ante la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga por los apoderados judiciales de las personas condenadas. En consecuencia, la Sala de

---

el requerimiento para dar información o de la negativa a reconocer la privación de la libertad, sino que basta la falta de información sobre el paradero de la persona" (énfasis nuestro).

34 La Corte Constitucional en la parte resolutiva de la sentencia C-317 del 2 de mayo de 2002 estableció: "Primero. Declarar *inexequibles* las expresiones '*perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley*' del inciso primero del artículo 165 de la Ley 599 de 2000. Segundo. Declarar *exequibles* las expresiones del inciso primero del artículo 165 de la Ley 599 de 2000 '*El particular que*', '*someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1.000) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años*' bajo el entendido que no es necesario el requerimiento para dar información o de la negativa a reconocer la privación de la libertad, sino que basta la falta de información sobre el paradero de la persona. Tercero. Declarar *exequible* el inciso segundo del artículo 165 de la Ley 599 de 2000".

35 En igual sentido, el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga condenó al sargento viceprimero (r) Jesús Eduardo Niampira Benavides y a los soldados profesionales (r) Nelson Ospina Tabares, Juan Carlos Álvarez, Benancio Puentes Guapacha, Germán Augusto Oliveros Tabares y Guillermo Pacheco Anzola.

Decisión Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, en fallo del 24 de agosto de 2012, confirmó en su integridad la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga, el 15 de julio de 2011, contra el coronel Wilson Javier Castro Pinto y el teniente Eduard Antonio Villani Realpe.

Con posterioridad, los defensores del coronel Wilson Javier Castro Pinto y el teniente Eduard Antonio Villani Realpe interpusieron un recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segunda instancia, pronunciada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, el 24 de agosto de 2012. En consecuencia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia con fundamento en las sentencias de instancia y en el acervo probatorio determinó: (i) el 4 de marzo de 2008 Daniel Andrés Pesca Olaya y Eduardo Garzón Páez fueron engañados por un reclutador (tercero no identificado) y posteriormente trasladados de Bogotá a Cimitarra (Santander); (ii) en Cimitarra Daniel Andrés Pesca Olaya y Eduardo Garzón Páez fueron entregados a miembros del Batallón de Infantería n.º 41 "General Rafael Reyes Prieto"; (iii) Daniel Andrés Pesca Olaya y Eduardo Garzón Páez fueron obligados a ponerse sobre sus prendas civiles uniformes camuflados; (iv) el 5 de marzo de 2008 Daniel Andrés Pesca Olaya y Eduardo Garzón Páez fueron asesinados por miembros de la mencionada unidad militar (un suboficial y cuatro soldados profesionales), en el marco de la "Misión Táctica Marfil" (procedimiento manifiestamente ilegal)[36]; (v) Daniel Andrés Pesca Olaya y Eduardo Garzón Páez fueron

36 El 5 de marzo de 2008 el sargento viceprimero (r) Jesús Eduardo Niampira Benavides y los soldados profesionales (r) Nelson Ospina Tabares, Juan Carlos Álvarez, Benancio Puentes Guapacha, Germán Augusto Oliveros Tabares y Guillermo Pacheco Anzola ejecutaron la llamada "Misión Táctica Marfil" contra miembros de una organización criminal, en la vereda El Brasil del municipio de Cimitarra (Santander).

reportados como CNI (cadáveres no identificados)[37] muertos en combate; (vi) Daniel Andrés Pesca Olaya y Eduardo Garzón Páez fueron señalados de pertenecer a una organización criminal dedicada a la extorsión y al secuestro de ganaderos y comerciantes de la región; y (vii) el 28 de agosto de 2008 Daniel Andrés Pesca Olaya y Eduardo Garzón Páez fueron localizados e identificados por sus familiares inmediatos[38]. Por consiguiente, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia estableció la desaparición forzada agravada (entre el 4 de marzo y el 28 de agosto de 2008) y el homicidio agravado (el 28 de agosto del mismo año) de Daniel Andrés Pesca Olaya y Eduardo Garzón Páez por miembros del Batallón de Infantería n.º 41 "General Rafael Reyes Prieto"[39],

---

37 El artículo 2.º de la Resolución n.º 001084 del 5 de diciembre de 2012 del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses sustituyó las iniciales "N. N." por "cadáveres en condición de no identificados".

38 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 19 de marzo de 2014, radicado 40733.

39 En circunstancias similares la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 25 de junio de 2014, radicado 43303, estableció: "[…] De acuerdo con las reglas interpretativas fijadas en la cita precedente, encuentra la Corte que en el asunto de la especie se tipifica sin ambages el delito de desaparición forzada agravada, pues en el proceso se probó que Fair Leonardo Porras Bernal fue engañado por Ender Obeso, uno de los reclutadores de jóvenes de Soacha, para que viajara desde dicha localidad hasta Ocaña con el propósito de hacer una «vuelta», momento desde el cual se entiende fue privado de la libertad, lo que efectivamente ocurrió la noche del 9 de enero de 2008, cuando el primero se desplazó en compañía de Alexander Carretero Díaz hasta el sitio «Aguas Claras», en la vía que de Aguachica (Cesar) conduce a Ocaña (N. de S.), donde fue recibido por el soldado profesional Dairo José Palomino, adscrito a la sección de inteligencia –S2– del Batallón Santander. Una vez en Ocaña, Porras Bernal permaneció cerca de dos días en un billar de propiedad del soldado Palomino, y la noche del 11 de enero de la citada anualidad fue entregado en un retén a los miembros del pelotón «Búfalo 1» perteneciente a la Compañía Plan Vial Meteoro n.º 3, a su vez agregada operacionalmente al Batallón Santander, quienes en desarrollo de una supuesta operación militar ordenada por el mayor Quijano Mariño para neutralizar una banda criminal dedicada a la extorsión en la vereda La Soledad del vecino municipio de Ábrego, lo ejecutaron y lo reportaron como NN muerto en enfrentamiento, condición en la que fue inhumado, hasta cuando el 4 de agosto de 2008 se conoció su identidad".

ubicado en el municipio de Cimitarra (nums. 1 y 6 del artículo 166 y nums. 4 y 7 del artículo 104 de la Ley 599 de 2000)[40].

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia con base en las sentencias de instancia y en el acervo probatorio estableció: (i) el coronel Wilson Javier Castro Pinto y el teniente Eduard Antonio Villani Realpe tenían conocimiento pleno de la desaparición y el homicidio de Daniel Andrés Pesca Olaya y Eduardo Garzón Páez (no pertenecían a ninguna organización criminal), en el marco de la "Misión Táctica Marfil" contra integrantes de una organización criminal dedicada a la extorsión y al secuestro de ganaderos y comerciantes de la región (procedimiento manifiestamente ilegal)[41];

---

40 La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 19 de marzo de 2014, radicado 40733, manifestó: "Conforme a lo anterior, encuentra la Colegiatura que en este asunto sí se cometió el delito de desaparición forzada de personas, el cual inició el 4 de marzo de 2008 cuando un reclutador consiguió mediante engaño, y desde luego, coartando la libertad de Daniel Andrés Pesca Olaya y Eduardo Garzón Páez, que se trasladaran de Bogotá a Cimitarra, ciudad que no conocían, lugar en el cual fueron entregados a miembros del Batallón Rafael Reyes, quienes luego de poner en marcha la Operación Táctica Marfil, supuestamente ordenada por el coronel Castro Pinto para conjurar el secuestro de una persona en la vereda El Brasil, los obligaron a colocarse sobre sus prendas civiles uniformes camuflados, les dispararon causándoles la muerte y los reportaron como NN dados de baja en combate. Dicho comportamiento cesó cuando el 28 de agosto de la misma anualidad los familiares de los occisos tuvieron noticia de su fallecimiento y del lugar en el cual se encontraban los cadáveres, a donde concurrieron a reconocerlos, sin que se trate de lo que sarcásticamente llaman los defensores "desaparición forzada de cadáveres", pues como ya se dijo, es preciso tener en cuenta el criterio de la normativa internacional sobre el particular".

41 Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 19 de marzo de 2014, radicado 40733, estableció: "Ahora, si bien los defensores aducen que tal proceder delictivo era desconocido por el coronel Castro y por el teniente Villani, lo cierto es que las referidas irregularidades en la conformación del grupo y las inconsistencias ya señaladas, permiten concluir en grado de certeza que también ellos sabían de la comisión de la desaparición de las víctimas, su muerte violenta, así como del pago a un informante que desmintió haber dado información alguna y haber recibido dinero […]. En suma, contrario a las alegaciones de la defensa, encuentra la Corte que al coronel Castro Pinto no se le procesa por haber incumplido la doctrina militar y los manuales castrenses, y tampoco al teniente Villani se le condenó

(ii) el 4 de marzo de 2008 a las 7:00 p. m. el coronel Wilson Javier Castro Pinto y el teniente Eduard Antonio Villani Realpe se reunieron con el sargento viceprimero Jesús Eduardo Niampira Benavides y los soldados profesionales Juan Carlos Álvarez, Nelson Ospina Tabares, Germán Augusto Oliveros Tabares y Benancio Puentes Guapacha, con el objeto de planear la ejecución de la "Misión Táctica Marfil" (incluyendo el falso pago de dinero a un informante)[42]; (iii) el 5 de marzo de 2008 Daniel Andrés Pesca Olaya y Eduardo Garzón Páez fueron asesinados y reportados como muertos en combate (no hubo ningún tipo de enfrentamiento armado)[43] por el

---

por no haber efectuado el ciclo de inteligencia o por irregularidades en torno a la verificación de la supuesta información recibida, pues precisamente tan grotesco incumplimiento de exigencias mínimas en un procedimiento como el que se dice se desarrolló con la Operación Táctica Marfil, lo que permite colegir es que tenían conocimiento pleno del irregular proceder que disfrazado de legalidad se adelantaría, es decir, su intervención tiene lugar como coautores de los delitos de desaparición forzada, homicidio agravado y peculado por apropiación, correspondiéndoles el rol de disfrazar de legitimidad la ilegal operación. De otra parte se tiene que razón asiste a los casacionistas al destacar la existencia de pruebas acerca de la delincuencia que posiblemente azotaba al municipio de Cimitarra por la época de los hechos, no obstante, tales elementos de juicio no permiten concluir que en este caso se adelantó un procedimiento legal, y que el Ejército reaccionó causando dos bajas dada la agresión de los delincuentes –como lo pretende la defensora del teniente Villani–, pues como ya se estableció con suficiencia a través de la prueba técnica, no hubo confrontación armada, y las víctimas no eran delincuentes sino ciudadanos conducidos mediante engaño desde Bogotá a Cimitarra con el propósito de causarles la muerte y luego reportarlos como un triunfo del Ejército".

42 Sobre el tema, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 19 de marzo de 2014, rad. 40733, determinó: "También es cierto que cada militar confía en que los demás cumplen con su deber, y si algunos cometen un delito la responsabilidad no se hace extensiva a todo el batallón, pero lo que sucedió aquí, conforme a las pruebas debida y legalmente recaudadas, fue que un coronel, un teniente, un sargento y cuatro soldados se pusieron de acuerdo para montar una puesta en escena que iba desde el supuesto reporte de una información, pasando por la pretermisión de su verificación, el reclutamiento de dos víctimas, la conformación de una operación táctica, la ejecución de aquellas, la información equivocada sobre su muerte y su reporte como NN, hasta el supuesto pago de quien suministró la información".

43 Sobre el punto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 19 de marzo de 2014, radicado 40733, manifestó: "Como viene

sargento viceprimero Jesús Eduardo Niampira Benavides y los soldados profesionales Juan Carlos Álvarez, Nelson Ospina Tabares, Germán Augusto Oliveros Tabares y Benancio Puentes Guapacha, en la ejecución de la "Misión Táctica Marfil" en la vereda El Brasil del municipio de Cimitarra[44]. En consecuencia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 19 de marzo de 2014, decidió no casar la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, el 24 de agosto de 2012, contra el coronel Wilson Javier Castro Pinto y el teniente Eduard Antonio Villani Realpe[45].

Además, el Juzgado Penal del Circuito de Marinilla (Antioquia), mediante la sentencia del 17 de agosto de 2012, condenó al subteniente Cristian Andrés Olarte Yepes como coautor del delito de homicidio en persona protegida en concurso homogéneo de Pedro Pablo Miranda Restrepo y Millerlay Guzmán (art. 135, Ley 599 de 2000). La mencionada sentencia condenatoria fue impugnada ante la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Antioquia, por el

---

de verse, resulta incuestionable que el sargento y los soldados integrantes del grupo encargado por el coronel Castro Pinto de la Operación Táctica Marfil no fueron atacados por persona alguna, de modo que no medió combate, y se trató simple y llanamente de la ejecución de dos personas llevadas desde Bogotá a Cimitarra".

44 Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 19 de marzo de 2014, radicado 40733, estableció: "Se ha demostrado en grado de certeza, que se trató del homicidio de dos personas llevadas mediante engaño desde Bogotá a Cimitarra, las cuales, luego de ser forzadas a vestir prendas de uso privativo de las Fuerzas Armadas sobre sus atuendos civiles, fueron conducidas a un lugar donde se les disparó causándoles la muerte, para posteriormente alterar la escena del suceso y mostrarlas como pertenecientes a bandas criminales que iban a cometer un secuestro y fueron abatidas en forma legítima en combate".

45 En igual sentido, véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 25 de junio de 2014, radicado 43303; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de octubre de 2016, radicado 42039; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 15 de febrero de 2017, radicado 34982; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 6 de septiembre de 2017, radicado 48520.

apoderado judicial de la persona condenada. En consecuencia, la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Antioquia, en fallo del 28 de enero de 2014, confirmó en su integridad la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Marinilla (Antioquia), el 17 de agosto de 2012, contra el subteniente Cristian Andrés Olarte Yepes por el delito de homicidio en persona protegida en concurso homogéneo de Pedro Pablo Miranda Restrepo y Millerlay Guzmán (artículo 135 de la Ley 599 de 2000)[46].

Posteriormente, el apoderado de la persona condenada interpuso recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segunda instancia, proferida por la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Antioquia el 28 de enero de 2014. Por consiguiente, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia con base en las sentencias de instancia y en el acervo probatorio estableció: (i) los días 26 y 27 de febrero de 2005 en el municipio de San Carlos (Antioquia) Pedro Pablo Miranda Restrepo y Millerlay Guzmán fueron aprehendidos y trasladados por miembros de un grupo paramilitar a la vereda Pradera del municipio de San Rafael (Antioquia)[47]; (ii) el día 1.º de marzo de 2005 en la vereda Pradera del municipio de San Rafael (Antioquia) Pablo Miranda Restrepo y Millerlay Guzmán fueron entregados por miembros de un grupo paramilitar al capitán Fredy Alberto Alfonso Martínez y al subteniente Cristian Andrés Olarte Yepes integrantes de la compañía "Espada" perteneciente al Batallón Plan Especial Energético Vías n.º 4 "Brigadier General Jaime Polanía Puyo"[48]; (iii) en la vereda

---

46 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 30 de julio de 2014, radicado 43888.

47 El extinto Bloque Héroes de Granada de las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá (ACCU).

48 Sobre el punto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de julio de 2014, radicado 43888, estableció: "Al margen de las evidentes falencias de orden formal y sustancial en la presentación y

Pradera del municipio de San Rafael (Antioquia) Pablo Miranda Restrepo y Millerlay Guzmán fueron asesinados por el capitán Fredy Alberto Alfonso Martínez y el subteniente Cristian Andrés Olarte Yepes miembros de la compañía "Espada" perteneciente al Batallón Plan Especial Energético Vías n.º 4 "Brigadier General Jaime Polanía Puyo"[49]; (iv) el

---

demostración de los cargos, tampoco le asiste razón al libelista, ya que los soldados Eduar Enrique Correa Jiménez, Jefersson Escobar Pérez y Eduardo Vanegas Mosquera, integrantes de la patrulla militar que participó en el supuesto combate que terminó con la muerte de las víctimas, si bien en un principio sostuvieron ante la fiscalía la versión del enfrentamiento armado con integrantes de una célula del frente IX de las FARC como causa del fatal desenlace, poco tiempo después *motu proprio* decidieron ampliar sus indagatorias y relatar la verdad de lo acontecido. En su segunda salida procesal, los mencionados militares expusieron, en términos generales, que el día de los hechos el capitán Alfonso Martínez les ordenó acompañarlo a él y al teniente Olarte Yepes a un sector rural del municipio de San Rafael (Antioquia), donde el primero de los citados se entrevistó con dos sujetos que vestían prendas privativas de las Fuerzas Militares y portaban armas de fuego, que identificaron como miembros de las AUC por los emblemas que lucían, quienes entregaron a su superior dos personas, un hombre y una mujer, y un bolso con armas, luego de lo cual se fueron del lugar; seguidamente, el capitán les informó que se trataba de dos auxiliadores de la guerrilla que habían sido capturados, y emprendieron la marcha, recibiendo la orden de ubicarse dos soldados como punteros –Escorcia y Escobar– y los dos restantes en la retaguardia –Correa y Vanegas–, mientras que en el medio del grupo iban los retenidos y los dos oficiales a una distancia aproximada de cinco metros".

49 En este sentido, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de julio de 2014, radicado 43888, determinó: "En efecto, si bien en una primera declaración injurada los soldados Correa Jiménez, Escobar Pérez y Vanegas Mosquera sostuvieron la existencia de un combate con miembros del IX Frente de las FARC cuyo saldo fue la muerte de las dos víctimas, ello se debió, como posteriormente lo explicaron al unísono, a que así fueron aleccionados para testificar por los oficiales Alfonso Martínez y Olarte Yepes, lo que aunado al temor que les infundían los mencionados en razón de sus vínculos con grupos paramilitares de la zona y a que durante algún tiempo después de los hechos continuaron prestando servicio bajo sus órdenes, constituye una poderosa razón que determinó su mendaz versión inicial, pero que desaparecida o menguada por el paso del tiempo, sumado a la privación de la libertad de sus superiores y el cargo de conciencia, los llevó a retractarse de ella y contar la verdad de lo acaecido, *valga decir, que se trató de una ejecución extrajudicial de dos civiles que luego fueron presentados como miembros de un grupo guerrillero dados de baja en combate*. Agréguese que

día 2 de marzo de 2005 Pablo Miranda Restrepo y Millerlay Guzmán fueron reportados como muertos en combate (integrantes del IX Frente de las FARC) por el capitán Fredy Alberto Alfonso Martínez, comandante de la compañía "Espada" perteneciente al Batallón Plan Especial Energético Vías n.º 4 "Brigadier General Jaime Polanía Puyo" (no hubo ningún tipo de enfrentamiento armado)[50]. Por último, la

---

la segunda versión de los soldados en cuestión, fue corroborada por el testimonio de paramilitares desmovilizados, que al rendir versión ante la justicia transicional reconocieron, entre muchos otros crímenes, haber participado en la desaparición de Millerlay Guzmán y Pedro Pablo Miranda Restrepo, a quienes retuvieron en el municipio de San Carlos (Antioquia) y posteriormente, en sector rural del municipio de San Rafael (Antioquia), entregaron a una patrulla militar adscrita al Batallón Plan Especial Energético Vial n.º 4 del Ejército Nacional, al mando de un oficial de apellido Alfonso, para que fueran ejecutados y luego presentados como bajas en combate con grupos ilegales, como en efecto sucedió en lo que se conoce como «falsos positivos»" (énfasis nuestro).

50 Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de julio de 2014, radicado 43888, estableció: "Sobre el momento en que se produjo la muerte de las víctimas, el soldado Eduar Enrique Correa Jiménez narra que «el teniente y el capitán se pasaron al alambrado y nos dijeron que no fuéramos tan cerca de los capturados… ahí fue cuando se escucharon los disparos, los que dispararon fueron el teniente y el capitán, o sea Alfonso y Olarte, dispararon del otro lado de la cerca… con las armas de dotación del ejército… ya yo vi que los dos retenidos cayeron al piso…»; por su parte, el soldado Jefersson Escobar Pérez relata que «antes de yo llegar al portillo fue que escuché los disparos y ya cuando volteé ya estas dos personas habían caído muertas, ya cuando salimos el capitán Alfonso nos dijo que eso había sido un combate… cuando yo me volteé a mirar estaba el capitán y el teniente al frente de los cuerpos…»; mientras que el soldado Eduardo Vanegas Mosquera menciona que «cuando empezamos la marcha de la mata monte (*sic*) empezaron a sonar unos disparos… en ese momento no sabía quién estaba disparando, ya cuando termino (*sic*) de disparar nos levantamos a ver y vimos a los dos civiles tirados en el suelo… en ese instante salieron de la mata monte (*sic*) el mayor Alfonso y el otro señor capitán Olarte… cuando salieron el capitán se acercó y le dijo al civil que estaba aún vivo, 'muy duro de morir, hijueputa' (*sic*) y lo remató en el piso». *Es precisamente con fundamento en tales medios de convicción, corroborados por la versión libre de Edwin Fabián García Cardona, postulado del extinto Bloque Héroes de Granada de las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá –ACCU–, quien reconoció haber entregado las víctimas y un armamento a los oficiales que comandaban la unidad militar para que fueran ejecutadas y presentadas como bajas en combate, y por el testimonio del también desmovilizado Luberney Marín Cardona,*

Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 30 de julio de 2014, decidió inadmitir la demanda de casación presentada por el apoderado del subteniente Cristian Andrés Olarte Yepes contra la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Antioquia el 28 de enero de 2014[51].

Por último, el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Medellín, mediante sentencia del 14 de diciembre de 2010, condenó al sargento segundo Carlos Mauricio Roberto Mejía, al sargento segundo Wilson Díaz Peña, al cabo primero Doney Bolívar Ruda, al cabo segundo Iván Albenis Robles Meriño y al soldado profesional Yeison Alonso Atehortúa Mejía como coautores del delito de homicidio en persona protegida de Duberney Galeano Mira (artículo 135 de la Ley 599 de 2000). La mencionada sentencia condenatoria fue impugnada ante la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, por los apoderados judiciales de las personas condenadas. En efecto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, en fallo del 18 de agosto de 2011, revocó en su integridad la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de

---

encargado del secuestro de uno de los interfectos, que los juzgadores de instancia encontraron acreditados los requisitos necesarios para proferir condena en contra del incriminado Olarte Yepes, como coautor del delito homicidio de Millerlay Guzmán y Pedro Pablo Miranda Restrepo" (énfasis nuestro).

51 En este sentido, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de julio de 2014, radicado 43888, manifestó: "3. En conclusión, el desconocimiento de los principios que gobiernan la casación y las protuberantes falencias de lógica y adecuada fundamentación en la postulación y desarrollo de la única censura que, valga destacar, tampoco se demostró en ninguno de los motivos de violación de la ley sustancial confusamente planteados por el actor, que deja incólume la dual presunción de legalidad y acierto que cobija la sentencia confutada, conducen a la inadmisión de la demanda de casación. 4. Resta señalar que no se vislumbra que con ocasión del fallo impugnado o dentro de la actuación se vulneraran derechos o garantías de los sujetos procesales, que impongan superar los defectos de la demanda, en orden a intervenir oficiosamente para asegurar su protección, conforme lo prevé el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal de 2000".

Medellín, el 14 de diciembre de 2010, y en su lugar absolvió a los cuatro suboficiales y al soldado profesional del delito de homicidio en persona protegida de Duberney Galeano Mira (artículo 135 de la Ley 599 de 2000)[52].

Luego, la Fiscalía Seccional Dieciséis de Medellín interpuso recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segunda instancia, proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín el 18 de agosto de 2011. En consecuencia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia con fundamento en las sentencias de instancia y en el acervo probatorio estableció: (i) el 6 de junio de 2002 miembros del Batallón de Artillería n.º 4 "Coronel Jorge Eduardo Sánchez Rodríguez"[53] ingresaron a un billar del barrio Ocho de Marzo, ubicado en la ciudad de Medellín, con el objeto de identificar y capturar a milicianos de las FARC y el ELN; (ii) en el billar del barrio Ocho de Marzo los integrantes de la unidad militar aprehendieron y trasladaron por la fuerza a Duberney Galeano Mira (no pertenecía a ninguna organización criminal) a un lugar deshabitado (procedimiento manifiestamente ilegal); (iii) Duberney Galeano Mira fue asesinado y reportado como muerto en combate por miembros de la unidad militar (no hubo ningún tipo de enfrentamiento armado)[54]; (iv) el 7 de

---

52 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 24 de septiembre de 2014, radicado 38097.

53 Un oficial, cinco suboficiales y seis soldados profesionales.

54 Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 24 de septiembre de 2014, radicado 38097, determinó: "Por lo anotado, entonces, la Corte advierte que respecto del dictamen referido a la existencia o no de residuos de disparo en las manos de la víctima, el Tribunal incurrió en un error de hecho por falso raciocinio. El vicio, debe precisarse, tuvo influencia decisiva en la prueba y sus efectos, pues, a partir del mismo se deslegitimó o eliminó el valor suasorio en ella contenido, sustrayéndosele del conjunto de elementos de juicio considerados para definir la responsabilidad de los acusados en el delito objeto de vinculación penal. Como la Corte no aprecia que de verdad la prueba en cuestión comporte algún factor específico que haga dudar de su confiabilidad, entre otras razones, porque no se

junio de 2002 Duberney Galeano Mira fue identificado por sus familiares inmediatos en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Por consiguiente, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 24 de septiembre de 2014, decidió casar la sentencia de segunda instancia, proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín el 18 de agosto de 2011[55].

---

ha controvertido en sí misma ni se ha dudado de la idoneidad del examen o las conclusiones insertas en el informe presentado por el experto, debe restablecer su completo efecto demostrativo, *en el entendido que una vez trasladada la víctima a la morgue de Medellín, a primeras horas de la mañana del 7 de junio de 2002, fueron protegidas sus manos, como así lo evidencian las correspondientes fotografías, se tomaron las muestras necesarias y luego del examen correspondiente se concluyó negativamente para disparo de arma de fuego*" (énfasis nuestro).

55 Sobre el tema, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 24 de septiembre de 2014, radicado 38097, estableció: "Los errores objetivos –falso juicio de existencia por omisión– y de raciocinio ampliamente referenciados en líneas precedentes, advierten de vicio evidente en la fundamentación del fallo, de tanta trascendencia que condujo a revocar la sentencia condenatoria de primer grado, para en su lugar absolver a los procesados. Si se eliminan esos vicios valorativos, es claro que permanece incólume la decisión del *a quo*, como quiera que las pruebas recabadas indefectiblemente conducen a determinar que Duberney Galeano fue muerto en condiciones bastante diferentes al combate que como justificación exculpatoria propusieron todos los acusados. Apenas a título de resumen de los elementos probatorios que delimitan la responsabilidad de los militares llamados a juicio en este proceso, la Sala estima necesario destacar cómo no solo los allegados al occiso, padre, madre y hermano, sino vecinos del sector, Omer Parra Bedoya y Manuel Torres Blanco, coinciden en señalar que a la víctima se le extrajo de un billar del sector y desde allí fue conducido por la patrulla militar hasta el lugar donde se le dio muerte, sin que ello derivase consecuencia de ningún tipo de combate. Así mismo, las fotografías allegadas con la diligencia de Inspección Judicial al Cadáver, junto con la descripción de las heridas y el dictamen rendido por el perito en balística y hoplología, determinan inconcuso que la muerte se produjo necesariamente con arma de fuego de baja velocidad y hallándose la víctima en un plano superior al del atacante, aspecto toral e ineludible que elimina cualquier posibilidad de atender a lo dicho por los acusados, en cuanto, estos invariablemente reseñan ocurrida la muerte en combate y causada con fusil, cuando el agresor se encontraba en un plano inferior al de la tropa. En similar sentido, esas mismas fotografías y descripción de heridas en la necropsia, sumadas a la prueba de detección de residuos de disparo, corroboran la tesis de ajenidad de la muerte con el combate, pues, al occiso se le hallaron lesiones en el rostro, completamente ajenas a las circunstancias que señalaron los acusados como propias del mortal herimiento, y fue definido

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó la sentencia condenatoria pronunciada por el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Medellín el 14 de diciembre de 2010 contra el sargento segundo Carlos Mauricio Roberto Mejía, el sargento segundo Wilson Díaz Peña, el cabo primero Doney Bolívar Ruda, el cabo segundo Iván Albenis Robles Meriño y el soldado profesional Yeison Alonso Atehortúa Mejía como coautores del delito de homicidio en persona protegida de Duberney Galeano Mira (artículo 135 de la Ley 599 de 2000).

---

pericialmente que no disparó un arma de fuego. Desde luego –significa la Corte– que respecto de cada medio suasorio, individualmente considerado, pueden hacerse críticas o reparos acerca de su probabilidad de acierto, como sucede con los peritajes, pero no cabe duda que el examen en conjunto de todos los medios incriminatorios, en contraste con la poca credibilidad que ofrecen los de descargos, indefectiblemente conduce a asumir cubierto a satisfacción el presupuesto de certeza para condenar que adecuadamente dedujo el *A quo* y fue controvertido por el Tribunal con argumentaciones, cuando no precarias, deleznables. Dígase, por último, que la responsabilidad hecha radicar en cabeza de los cinco acusados en este proceso, deriva evidente del hecho no controvertido que ellos, como lo determinan los documentos suscritos por el Comandante de Patrulla y de Batallón, lo amplía la declaración jurada del primero y lo ratifica la particular aceptación que cada uno efectuó, efectivamente integraron la patrulla que acudió al lugar de los hechos y dio muerte a Duberney Galeano. Y si bien, no fue posible determinar cuál de ellos ejecutó el acto material de disparar el arma de baja velocidad que ocasionó la muerte, asunto por demás imposible cuando el instrumento no podrá ser recuperado y los militares aseveran de consuno que necesariamente tuvo que ser un fusil, ello nada incide en la atribución de responsabilidad penal por coautoría, en tanto, eliminada la posibilidad de que efectivamente se presentase el combate aducido de consuno por los acusados y visto que la patrulla acudió al lugar donde departía con su hermano el occiso, lo obligó a salir de allí y le dio muerte en despoblado, evidente surge no solo el conocimiento de lo que se fraguaba, sino la voluntad de realizarlo y material intervención en el hecho, entendido como un todo que comenzó a ejecutarse desde la incursión en el billar. A lo anotado debe sumarse que las pruebas documentales, testimoniales y periciales ratifican completamente lo denunciado por los allegados de Duberney Galeano, por lo demás creíble intrínsecamente, al tanto que desvirtúan por completo la narración que de lo sucedido hicieron los acusados, también desnaturalizada por sus ostensibles contradicciones internas. Lo anotado es suficiente para que se revoque el fallo de segundo grado atacado en casación y en su lugar se otorgue plena vigencia a la condena impartida por el *a quo*".

II. Homicidio contra personas fuera de combate por cualquier causa

El Juzgado Primero Adjunto al Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, mediante sentencia del 30 de septiembre de 2011, condenó al teniente César Mauricio Cataño Macías, al cabo primero Víctor Manuel Londoño Ortiz y a los soldados profesionales Ermilson Álvarez Presiga, Javier Pérez Rodríguez, Amaury Salazar Reyes y José Rubelio Morales Gómez como coautores de los delitos de secuestro simple, tortura y homicidio en persona protegida de Medardo de Jesús Mesa y Fernando alias "Pantera". La mencionada sentencia condenatoria fue impugnada ante la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Antioquia, por los apoderados judiciales de los condenados. En consecuencia, esta Sala de Decisión, en fallo del 31 de enero de 2013, confirmó en su integridad la sentencia condenatoria proferida por el juzgado especializado en 2011, contra los seis uniformados, por los delitos descritos (artículos 168, 137 y 135 de la Ley 599 de 2000).

Luego, la apoderada de las personas condenadas interpuso recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segunda instancia, proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Antioquia el 31 de enero de 2013. Por consiguiente, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia con base en las sentencias de instancia y en el acervo probatorio estableció: (i) el 17 de marzo de 2005 miembros del Batallón de Artillería n.º 4 "Coronel Jorge Eduardo Sánchez Rodríguez"[56] ingresaron a la vivienda de los campesinos Lorenzo de Jesús Mesa López y María Roselia García, ubicada en la vereda Buenos Aires, municipio

56 En concreto, la patrulla militar "Cañón 2" estaba conformada por un oficial, un suboficial y cuatro soldados profesionales.

de San Luis (Antioquia)[57]; (ii) en la vivienda de los mencionados campesinos, Medardo de Jesús Mesa y Fernando alias "Pantera" (presuntos milicianos de las FARC) fueron aprehendidos y trasladados de forma violenta al corregimiento Las Mercedes por miembros de la unidad militar (un oficial, un suboficial y cuatro soldados profesionales)[58]; (iii) Medardo de Jesús Mesa y Fernando alias "Pantera" fueron torturados y asesinados por miembros de la unidad militar; y (iv) el 18 de marzo de 2005 Medardo de Jesús Mesa y Fernando alias "Pantera" fueron reportados como

---

57 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de octubre de 2016, radicado 42039.

58 Sobre el punto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 5 de octubre de 2016, radicado 42039, manifestó: "4. En efecto, según se reseñó, los hechos que se declararon probados determinan que al medio día del 17 de marzo de 2005, hasta la casa habitada por los campesinos Lorenzo de Jesús Mesa López y María Roselia García de Mesa, ubicada en la vereda Buenos Aires del Municipio de San Luis, Antioquia, llegó el Ejército inquiriendo por su hijo Medardo de Jesús, a quien encontraron en compañía de su amigo N.N. a. 'Fernando' o 'Pantera' y tras señalarlos como guerrilleros de las FARC, los retuvieron y sometieron por la fuerza, siendo llevados amarrados al corregimiento Las Mercedes. Mediante Informe del 18 de marzo posterior el Teniente César Cataño Macías, Comandante de la Contraguerrilla 'Cañón 2' reportó haber sostenido un combate y dado muerte a 'bandidos del noveno frente de las FARC', que precisamente correspondían a los ciudadanos retenidos la víspera. 5. La apelación hizo énfasis sobre la pertenencia a la guerrilla de los occisos y aun cuando no dejó en claro la consecuencia de esta condición, este fue un aspecto destacado a espacio por la sentencia de primera instancia y sobre el cual alude el Tribunal reconociendo el carácter de milicianos que tenían Medardo y a. 'Fernando' o 'Pantera', haciendo notar que el hecho de estar ya capturados y desarmados los convertía en personas protegidas por el DIH y que, desde luego, dicha circunstancia no podía justificar la intervención de los militares en la forma como quedó probado por la investigación. Es cierto que no se ocupó el fallo de la hipótesis, apenas esbozada por la impugnante, de acuerdo con la cual el hecho de ser admitido que los occisos eran miembros de una agrupación guerrillera pudiera incidir en la tipificación de la conducta que les fue imputada a los procesados. Desde luego, es explicable que no haya sido un tema abordado a partir de considerar, como no podía ser de otro modo, que *una vez cautivos los dos ciudadanos, así fuera predicable pese a la ausencia de constataciones oficiales que de este hecho dieran cuenta, su pertenencia a la guerrilla de las FARC, no podían considerarse objetivo militar ni ejercerse en su contra actos de fuerza de ninguna índole*" (énfasis nuestro).

muertos en combate (integrantes del IX Frente de las FARC) por el teniente Cesar Mauricio Cataño Macías, comandante de la patrulla militar "Cañón 2" (no hubo ningún tipo de enfrentamiento armado)[59]. Así mismo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con base en el DIH (convencional y consuetudinario), reiteró la prohibición de realizar ataques directos contra personas civiles (salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure su participación) y personas fuera de combate por cualquier causa (captura, rendición u otra causa similar)[60], en el marco de un conflicto armado no internacional (intensidad del

---

59 Sobre el punto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 5 de octubre de 2016, radicado 42039, estableció: "3. Expuso también desconocido el informe pericial de balística por medio del cual se determinó que el revólver incautado a uno de los occisos había sido disparado, pretendiendo a través del mismo demostrado que hubo combate. Los alegatos defensivos en audiencia pública dieron cuenta de haber omitido la Fiscalía valorar la referida prueba pericial y de este modo fueron reseñados por el juez. No obstante, dado que diversa prueba permitió descartar que la muerte de Medardo de Jesús y NN, hubiera sido consecuencia de una confrontación armada con el Ejército, la puesta en escena de diversos elementos, entre ellos el revólver mencionado, resultaba irrelevante para por ese medio pretender evidenciar la existencia de combate. Ciertamente, es ostensible la precariedad del razonamiento propuesto. *El hallazgo de dicho artefacto al lado de uno de los cuerpos y el hecho de constatarse que el mismo pudo ser disparado, en manera alguna permite concluir que hubo 'combate' con el Ejército y más bien, dadas las circunstancias en que se desarrollaron los hechos, a todo cuanto apunta dicho hallazgo es a considerar que el mismo fue dejado en ese lugar precisamente para procurar hacer solventable la tesis de la confrontación*" (énfasis nuestro).

60 En igual sentido, véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de marzo de 2011, radicado 35099; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 28 de agosto de 2013, radicado 36460; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 16 de marzo de 2016, radicado 44288; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 30 de marzo de 2016, radicado 39842; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 8 de febrero de 2017, radicado 46099; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 15 de febrero de 2017, radicado 34982; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 31 de mayo de 2017, radicado 43924; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 6 de septiembre de 2017, radicado 48520.

conflicto y organización de las partes)[61]. En este caso concreto, Medardo de Jesús Mesa y Fernando alias "Pantera" (presuntos milicianos de las FARC) se encontraban protegidos a la luz de las normas y principios del DIH (tales como, la prohibición del homicidio en todas sus formas contra personas civiles y personas fuera de combate por cualquier causa, entre otras). Medardo de Jesús Mesa y Fernando alias "Pantera" al momento de su aprehensión y traslado de forma

---

61 Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 5 de octubre de 2016, radicado 42039, señaló: "En este sentido, pese a la dificultad que a veces se presenta para aplicar el principio de distinción, que como se sabe es uno de los postulados esenciales del derecho internacional humanitario y que está orientado a diferenciar entre quienes participan directa o activamente en las hostilidades y quienes no tienen dicha participación, pues muchas veces está condicionada por el rol que personas civiles cumplen en desarrollo de tal intervención, esto no puede conducir a que las autoridades produzcan ataques indiscriminados a tales actores o a que una vez neutralizados se les haga objeto de agresiones deliberadas. 6. Precisamente, dada la dificultad en la aplicación del principio de distinción, el Comité Internacional de la Cruz Roja publicó en el año 2009 la 'Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el DIH' y en la introducción de la misma, sobre el particular señaló: '*Todos estos aspectos de la guerra contemporánea han creado confusión e incertidumbre respecto a la distinción entre objetivos militares y personas protegidas contra los ataques directos. Esas dificultades son mayores aun cuando los actores armados no se distinguen de la población civil; por ejemplo, cuando llevan a cabo operaciones militares clandestinas o cuando actúan como agricultores de día y como combatientes por la noche. Por consiguiente, hay más probabilidad de que las personas civiles sean víctimas de ataques erróneos o arbitrarios, al tiempo que los miembros de las Fuerzas Armadas, ante la imposibilidad de identificar correctamente al adversario, están más expuestos de ser atacados por personas que ellos no pueden distinguir de la población civil*'. También indica la Guía que pese a dicha vulnerabilidad, de acuerdo con el DIH las Fuerzas Armadas pueden realizar ataques directos y confrontar a aparentes civiles sólo si ejercen una participación directa en las hostilidades (art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra), de modo que se pierde la protección contra ataques directos por parte de la autoridad durante todo el tiempo que se asuma una función continua de combate. *Por tanto, consecuente con dichas premisas, las personas que han sido apresadas o puestas fuera de combate son pasibles del mismo grado de protección que los civiles que no participan en las hostilidades. Y se sabe que la persona civil goza de inmunidad contra los ataques directos. La única salvedad en relación con éstos estriba en que no quedan exentos de ser enjuiciados por las violaciones que puedan haber cometido contra el derecho interno*" (énfasis nuestro).

violenta al corregimiento Las Mercedes por miembros de la unidad militar, no estaban participando directamente en las hostilidades[62]. Por último, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 5 de octubre de 2016, decidió no casar la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Antioquia, el 31 de enero de 2013, contra el teniente César Mauricio Cataño Macías, al cabo primero Víctor Manuel Londoño Ortiz y a los soldados profesionales Ermilson Álvarez Presiga, Javier Pérez Rodríguez, Amaury Salazar Reyes y José Rubelio Morales Gómez[63].

Finalmente, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Popayán mediante sentencia del 13 de noviembre de 2015

---

62 En relación con el caso concreto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 5 de octubre de 2016, radicado 42039, estableció: "7. En este sentido y los supuestos de este caso, al margen de que para los militares de acuerdo con 'informaciones' (que se insiste, no eran oficiales), se estuviera en presencia de combatientes no regulares de las FARC, en las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que Medardo de Jesús y N. N. a. 'Pantera' o 'Fernando' fueron aprehendidos y sometidos por la Fuerza Pública, sólo podían ser considerados como civiles, ostentando plena protección al tenor del derecho internacional humanitario, en términos de los Protocolos Adicionales a la Convención de Ginebra de 1949, conforme a la remisión que en este sentido hacen los arts. 135 y 137 del C. P., en orden a construir la tipicidad de los delitos de homicidio y tortura en persona protegida de que fueron objeto. Por tanto, los combatientes, regulares o irregulares y aun en esta última hipótesis los combatientes que se mimetizan en personas aparentemente civiles, una vez son sometidos y aprehendidos por las autoridades deben serles protegidos todos sus derechos fundamentales, así como todas las garantías procesales, de donde emergen carentes de cualquier legítima intervención aquellos casos en que, como sucedió en el presente, se han puesto a buen recaudo a quienes se consideraban miembros de la insurgencia, pero ya habían sido sometidos por la autoridad, independientemente de que se les calificara de terroristas, amotinados, bandidos o secuestradores, pues al momento de ser aprehendidos y por ende estar fuera de combate, tenían plena protección contra ataques directos, máxime cuando la pérdida de dicha protección sólo es aceptable mientras dura cada acto constitutivo de participación en las hostilidades y no podían desde luego ni ser objeto de sufrimientos físicos o psíquicos y tampoco de ejecución extrajudicial".

63 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de octubre de 2016, radicado 42039.

condenó al subteniente Raúl Emilio Ballesteros Salgado y al soldado profesional Henry Mauricio Campaz como coautores del delito de homicidio en persona protegida de Miller Noguera Hernández. La mencionada sentencia condenatoria fue impugnada ante la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Popayán, por los apoderados judiciales de las personas condenadas. En efecto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Popayán, en fallo del 10 de febrero de 2016, revocó en su integridad la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Popayán, el 13 de noviembre de 2015, y en su lugar absolvió al subteniente Raúl Emilio Ballesteros Salgado y al soldado profesional Henry Mauricio Campaz del delito de homicidio en persona protegida de Miller Noguera Hernández (artículo 135 de la Ley 599 de 2000)[64].

Posteriormente, el fiscal 41 especializado de la Dirección Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario interpuso recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segunda instancia, proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Popayán el 10 de febrero de 2016[65]. Por consiguiente, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con base en las sentencia de primera instancia y en el acervo probatorio, estableció: (i) el 15 de diciembre de 2005, en el marco de la orden de operaciones n.º 170 "Neón", miembros del pelotón

---

64 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 6 de septiembre de 2017, radicado 48520.

65 Sobre este punto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 6 de septiembre de 2017, rad. 48520, manifestó : "5. El ataque casacional afirma que la tesis defensiva de los incriminados se basó esencialmente en la existencia de un combate en cuyo cruce de disparos habría caído muerto Miller Noguera Hernández, acorde con la versión que en este sentido adujeron Ballesteros Salgado y Campaz, descartando sin el menor rigor crítico la abundante prueba indicadora de que en ningún momento existió la sostenida confrontación bélica y por ende que cuanto realmente ocurrió fue una ejecución extrajudicial".

"Batalla 4" perteneciente al Batallón de Infantería n.º 7 "General José Hilario López", registraron diversas viviendas en la vereda San Pedro Alto, municipio La Sierra (Cauca), con el objeto de ejecutar una orden judicial de captura contra Miller Noguera Hernández (presunto integrante del ELN) por el delito de secuestro; (ii) en la vivienda de Martha Martínez fue capturado Miller Noguera Hernández y posteriormente asesinado por el subteniente Raúl Emilio Ballesteros Salgado y el soldado profesional Henry Mauricio Campaz miembros del pelotón "Batalla 4" perteneciente al Batallón de Infantería n.º 7 "General José Hilario López"[66]. En este

---

66 Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 6 de septiembre de 2017, radicado 48520, estableció: "[…] El decurso de los acontecimientos como quedó evidenciado en la actuación procesal, demostró que si bien los miembros del Ejército acá juzgados actuaron en desarrollo de una orden formal con el cometido de capturar o neutralizar a Miller Noguera Hernández, cuya pertenencia a la guerrilla del ELN como jefe de finanzas se atribuía, es lo cierto que dicho ciudadano fue aprehendido, es decir, aun reconociendo su pertenencia a la subversión fue puesto fuera de combate, inmovilizado y sometido, quedando en custodia del batallón de infantería cuyo Comandante era el Subteniente Raúl Emilio Ballesteros Salgado, Unidad que en lugar de ponerlo a disposición de las autoridades judiciales, lo sometió a ejecución extrajudicial, cuando para dicho momento y en tales circunstancias, era sin duda objeto de protección especial por el DIH. La Corte, en el fallo de casación 35099 de 2011 sistematizó lo dispuesto en los diversos instrumentos internacionales contenidos en el artículo 3.° común a los Convenios de Ginebra y el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, así como, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, concluyendo que en la realidad colombiana se hacía inocultable la existencia de un conflicto de carácter no internacional, siendo en tal contexto objeto de protección especial la población civil, bajo el entendido que la misma está constituida por los individuos que no son miembros de las Fuerzas Armadas u organizaciones armadas irregulares enfrentadas y no toman parte en las hostilidades, o aquellos que 'hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga' (art. 135.6 C. P.). A efecto de determinar el nexo existente entre un hecho o situación y el conflicto armado internacional o interno se ha encontrado indispensable observar el ámbito en que se ha producido tomando en cuenta factores tales como la calidad de combatiente del perpetrador, la de no combatiente de la víctima, el hecho de que ésta sea miembro del bando opuesto, que el acto pueda ser visto como un medio para lograr los fines últimos de una campaña militar, o que el acto haya sido cometido como parte de los deberes oficiales del perpetrador, o en el contexto de dichos 'deberes', aspectos todos con fundamento en los cuales logra tomarse entendimiento que los civiles en

orden de ideas, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 6 de septiembre de 2017, decidió casar la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Popayán el 10 de febrero de 2016. Por consiguiente, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó la sentencia condenatoria pronunciada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Popayán, el 13 de noviembre de 2015, contra el subteniente Raúl Emilio Ballesteros Salgado y el soldado profesional Henry Mauricio Campaz como coautores del delito de homicidio en persona protegida de Miller Noguera Hernández (artículo 135 de la Ley 599 de 2000)[67].

Conclusiones

Primera. En el marco de un conflicto armado no internacional, el DIH consuetudinario y convencional establece el principio de distinción entre personas civiles y combatientes[68] (no tienen derecho al estatuto de combatiente y prisionero de

---

esta clase de actos de ejecución dentro de zonas de conflicto y en desarrollo de Operativos con la teórica finalidad de combatir a miembros de la guerrilla por las Fuerzas Militares, son víctimas de homicidio en persona protegida bajo los supuestos típicos del art. 135 en referencia (Se citan en el mismo sentido, la sentencia Cas. 36460/2013 y AP 43248/2014), conforme sucedió en este caso, dado que Miller Noguera Hernández en las circunstancias de su aprehensión así se le considerara combatiente (asumiendo que ameritaba dicho calificativo como Jefe de Finanzas del ELN) o definitivamente negando la misma, era una persona protegida conforme a los Convenios Internacionales sobre Derecho Humanitario en términos del citado art. 135 del estatuto represor. Cobrando vigencia la sentencia de primer grado, acorde con el numeral segundo de la misma, se reiterará las órdenes de captura correspondientes en contra de Raúl Emilio Ballesteros Salgado y Henry Mauricio Campaz".

67 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 6 de septiembre de 2017, radicado 48520.

68 Norma 1 del derecho internacional humanitario consuetudinario, en relación con el artículo 3.º común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y el artículo 13 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 8 de junio de 1977.

guerra)[69], el cual deberá ser interpretado conjuntamente con el de precaución (en el ataque y contra los efectos del mismo) y proporcionalidad (en el ataque)[70]. Por consiguiente, los miembros de las Fuerzas Armadas y de los grupos armados organizados (en el derecho penal interno sus conductas son punibles) deberán tener en cuenta, *entre otras*, las siguientes reglas: (i) los "combatientes" pueden ser objeto de un ataque directo (actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos)[71], de conformidad con las normas y principios del DIH (en concreto, principios de distinción, precaución, proporcionalidad, necesidad militar, limitación y humanidad)[72]; (ii) las personas civiles no pueden ser objeto de un ataque directo[73] (no hacen parte de las Fuerzas Armadas o de los grupos armados organizados)[74], salvo si

---

69 El concepto de *combatiente* como categoría jurídica solo existe en los conflictos armados internacionales.

70 Sobre el asunto, véase: Ramelli Arteaga, Alejandro. *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes, Agencia de Cooperación Internacional Alemana, 2011, pp. 171-198.

71 Artículo 49 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra del 8 de junio de 1977.

72 Sobre el asunto, véase: Comité Internacional de la Cruz Roja. *Manual de normas internacionales que rigen las operaciones militares*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2016, p. 486.

73 Artículo 13 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 8 de junio de 1977.

74 En relación con un caso concreto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 28 de agosto de 2013, radicado 36460, determinó: "Como se declaró en las instancias, conforme a la valoración de las pruebas puede concluirse que la muerte del menor Díaz Galet correspondió a un proceder de las autoridades contrario a su posición de garante, correspondiente a uno de los denominados 'falsos positivos' […] Razón le asiste a la defensa al señalar que no toda muerte de personal civil a manos de militares puede tenerse como homicidio en persona protegida, siempre que no tenga vínculo con el conflicto armado. No obstante, ello no fue lo acaecido en este asunto, pues fue el teatro de dicho conflicto el que sirvió para la puesta en escena que culminó con la muerte del menor Samir Enrique Díaz Galet, aduciendo ulteriormente sus victimarios que se trató de una situación de combate con grupos armados al margen de la ley. Lo expuesto resulta suficiente para concluir que la víctima, al no tener la condición de combatiente, ni participar en las

participan directamente en las hostilidades y mientras dure su participación[75] (esporádica, temporal o espontánea)[76]; (iii) las personas que se encuentren fuera de combate por voluntad propia (rendición incondicional)[77] o a causa de las circunstancias (heridos, enfermos y náufragos)[78] no pueden ser objeto de un ataque directo[79], y deberán ser tratadas con humanidad y sin distinción de índole desfavorable (por ejemplo, la prohibición de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos o degradantes)[80]. En este orden de ideas, con base en los principios y las normas del DIH, las partes en conflicto únicamente pueden realizar ataques directos contra

---

hostilidades propias del conflicto armado interno colombiano, tenía el carácter de civil, y como tal, gozaba del status de persona protegida por el derecho internacional humanitario, de manera que, tal como lo señaló la procuradora delegada en su concepto, la conducta de los militares que dispararon sus armas causándole la muerte, configura sin duda alguna una violación grave del derecho internacional humanitario, y como tal, se adecua al artículo 135 de la Ley 599 de 2000, por el cual fueron condenados, motivo por el cual la casación propuesta no está llamada a prosperar".

75 El acto hostil específico deberá cumplir con el umbral de daño, la causalidad directa y el nexo beligerante.

76 Sobre el asunto, véase: MELZER, NILS. *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2010, pp. 46-64.

77 Por ejemplo, cuando una persona depone las armas y levanta las manos.

78 Norma 47 del derecho internacional humanitario consuetudinario, en relación con el artículo 3.º común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y el artículo 4.º del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 8 de junio de 1977.

79 La norma 47 del derecho internacional humanitario consuetudinario establece: "Queda prohibido atacar a una persona cuando se reconozca que está fuera de combate. Está fuera de combate toda persona: a) que está en poder de una parte adversa; b) que no puede defenderse porque está inconsciente, ha naufragado o está herida o enferma; o c) que exprese claramente su intención de rendirse; siempre que se abstenga de todo acto hostil y no trate de evadirse" (HENCKSERTS, JEAN MARIE y DOSWALD-BECK, LOUISE. *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I: Normas. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007, p. 182).

80 Norma 87 del derecho internacional humanitario consuetudinario, en relación con el artículo 3.º común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y num. 1 del artículo 4.º del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 8 de junio de 1977.

(i) los "combatientes" (Fuerzas Armadas y grupos armados organizados) y (ii) las personas civiles que participan directamente en las hostilidades y mientras dure su participación (en caso de duda se deberá presumir que la persona se encuentra protegida contra los ataques directos)[81].

Por último, la Corte Constitucional, en la sentencia C-291 de 2007, con base en el artículo 3.º común a los Convenios de Ginebra de 1949 y en el artículo 4.º del Protocolo II adicional de 1977 reiteró la prohibición del homicidio en todas sus formas contra personas civiles (no participan directamente en las hostilidades) y personas fuera de combate por cualquier causa (ya no participan directamente en las hostilidades)[82], en el marco de un conflicto armado no internacional (intensidad del conflicto y organización de las partes)[83]. En este sentido, el artículo 8.2.c.i del Estatuto de Roma de la Corte

---

81 Numeral 1 del artículo 50 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra del 8 de junio de 1977.

82 Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-291 del 25 de abril de 2007 manifestó: "La garantía fundamental de la prohibición del homicidio en el contexto de conflictos armados no internacionales, como la mayoría de las demás garantías fundamentales, cobija a los *no combatientes*, es decir, a los civiles y a las personas fuera de combate, mientras que no tomen parte directamente en las hostilidades. Se trata de una norma plasmada en numerosos tratados internacionales –en particular en el artículo 3.º común de los Convenios de Ginebra de 1949 y el artículo 4.º del Protocolo II–, y que igualmente forma parte del derecho internacional humanitario consuetudinario aplicable a los conflictos armados internos. De hecho, la prohibición del homicidio de civiles y personas fuera de combate constituye una de las garantías de más larga trayectoria en el derecho internacional humanitario. La prohibición del homicidio de personas civiles y fuera de combate es una norma de *ius cogens* en sí misma. A este respecto debe recordarse que esta prohibición del derecho internacional humanitario corresponde a una de las garantías no derogables del Derecho Internacional de los Derechos Humanos –el derecho a la vida– circunstancia que según se indicó más arriba, es una prueba de su carácter imperativo o perentorio. Así mismo, en el marco de los conflictos armados internos la privación del derecho a la vida de las personas civiles o fuera de combate, equivale igualmente a la violación de prohibiciones imperativas, como lo son el principio de distinción, la prohibición de atacar a la población civil o la prohibición de ataques indiscriminados y armas de efectos indiscriminados".

83 Corte Constitucional, sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995.

Penal Internacional de 1998 (Ley 742 del 5 de junio de 2002) establece como crimen de guerra el homicidio perpetrado contra personas que no participen directamente en las hostilidades (personas civiles y personas fuera de combate por cualquier causa)[84], en el contexto de un conflicto armado no internacional (en particular, violaciones graves del artículo 3.º común a los Convenios de Ginebra de 1949)[85].

Segunda. La jurisprudencia consolidada de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema Justicia ha considerado el fenómeno criminal de los denominados "falsos positivos" como "ominosa práctica desarrollada por efectivos de las Fuerzas Armadas que consiste en ejecutar civiles inermes bajo el ropaje de operaciones militares legítimas, hacién-

---

84 Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-578 del 30 de julio de 2002 señaló: "[…] Encuentra la Corte que las definiciones sobre crímenes de guerra protegen la efectividad del derecho a la vida (art. 11), a la integridad física; el respeto a la prohibición de desapariciones y torturas (art. 12), y a la prohibición de la esclavitud (art. 17). Igualmente, propenden el cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de respeto al derecho internacional humanitario asumidos soberanamente por Colombia al ratificar los Convenios de Ginebra de 1949 (Ley 6 de 1960) y sus Protocolos I y II de 1977 (leyes 11 de 1992 y 171 de 1994). Adicionalmente, como los eventos descritos como conflicto armado de carácter internacional e interno pueden dar lugar a la aplicación de medidas propias de los estados de excepción (arts. 212 y 213, CP), las normas del Estatuto que describen las conductas tipificadas como crímenes de guerra garantizan la prevalencia y efectividad de los derechos cuya suspensión se prohíbe aun durante dichos estados (art. 93 CP). La condición de que las políticas de orden público sean adelantadas por cualquier medio siempre que este sea 'legítimo', reafirma este propósito de propender el respeto al marco jurídico democrático nacional e internacional".

85 El artículo 8.2) c) i) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998 dispone lo siguiente: "[…] 2. A los efectos del presente estatuto, se entiende por 'crímenes de guerra': […] c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3.º común a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra 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. i) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura; […]".

dolos aparecer luego como bajas ocurridas en combate con grupos ilegales"[86]. En estos casos, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con base en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, ha señalado que el perpetrador de los denominados "falsos positivos" ha actuado en desarrollo o bajo la apariencia del conflicto armado interno[87]. Por consiguiente, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que en los denominados "falsos positivos" el operador jurídico deberá aplicar el tipo penal de homicidio en persona protegida[88] (artículo 135 de la Ley 599 de 2000)[89].

---

86 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 30 de julio de 2014, radicado 43888.

87 Sobre este punto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de julio de 2014, radicado 43888, manifestó: "De otra parte, en plurales decisiones la Corte ha establecido como regla interpretativa que en los casos de los denominados «falsos positivos», ominosa práctica desarrollada por efectivos de las Fuerzas Armadas que consiste en ejecutar civiles inermes bajo el ropaje de operaciones militares legítimas, haciéndolos aparecer luego como bajas ocurridas en combate con grupos ilegales, situación que fue acreditada en grado de certeza en el *sub judice*, eventos en los cuales *«el perpetrador [ha actuado] en desarrollo o bajo la apariencia del conflicto armado»* y dicha situación ha tenido incidencia *«sustancial en la capacidad del perpetrador para cometerlo, en su decisión de cometerlo, en la manera en que fue cometido o en el objetivo para el que se cometió»* (subrayas [énfasis] fuera de texto), permite concluir que en este asunto es claro que la conducta del procesado se adecua al supuesto previsto en el artículo 135 de la Ley 599 de 2000".

88 Así por ejemplo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 6 de septiembre de 2017, radicado 48520, señaló: "[…] 12. No obstante y dado que, según lo visto, la Procuradora Delegada dejó latente planteamiento relacionado con un eventual error en la calificación de la conducta imputada, en el sentido que concurriría el delito de homicidio agravado en lugar de homicidio en persona protegida objeto de acusación, considerando la profusa reiteración que en esta materia se ha decantado frente a los delitos de ejecuciones extrajudiciales como el que ha sido objeto de juzgamiento en este caso, brevemente la Sala se referirá al mismo. Para hacerlo imperativo recordar que cuando el art. 135 del C. P., sanciona a quien con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, ocasione la muerte de persona protegida por los convenios internacionales sobre derecho humanitario, no hace otra cosa que desarrollar los principios ecuménicos consagrados en la normativa internacional que propugnan por la protección de las personas que están

Asimismo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en su jurisprudencia consolidada, ha establecido los elementos comunes de los denominados "falsos positivos", los cuales son: (i) persona civil (no participa directamente en

---

fuera de combate cuyo amparo de su vida tiene un plus consagrado en los Convenios de Ginebra, Protocolo II y el sistema derivado de los mismos. De manera que la controversia dogmática a que alude con una argumentación tácita el Ministerio Público carece de actualidad respecto del alcance típico del ingrediente normativo relacionado con admitirse que Miller Noguera Hernández fue muerto 'con ocasión y en desarrollo de conflicto armado', no sólo en cuanto está fuera de discusión reconocer que para la época de los hechos en Colombia se adelantaba desde hacía más de cuarenta años una confrontación bélica irregular con diversos intervinientes, con incuestionable afectación de personas y bienes protegidos por el DIH, sino en tanto dadas las circunstancias de este caso debía ser comprendido dentro de los civiles pasibles de dicha protección. El decurso de los acontecimientos como quedó evidenciado en la actuación procesal, demostró que si bien los miembros del Ejército acá juzgados actuaron en desarrollo de una orden formal con el cometido de capturar o neutralizar a Miller Noguera Hernández, cuya pertenencia a la guerrilla del ELN como jefe de finanzas se atribuía, es lo cierto que dicho ciudadano fue aprehendido, es decir, aun reconociendo su pertenencia a la subversión fue puesto fuera de combate, inmovilizado y sometido, quedando en custodia del batallón de infantería cuyo Comandante era el Subteniente Raúl Emilio Ballesteros Salgado, Unidad que en lugar de ponerlo a disposición de las autoridades judiciales, lo sometió a ejecución extrajudicial, cuando para dicho momento y en tales circunstancias, era sin duda objeto de protección especial por el DIH. La Corte, en el fallo de casación 35099 de 2011 sistematizó lo dispuesto en los diversos instrumentos internacionales contenidos en el artículo 3.° común a los Convenios de Ginebra y el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, así como, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, concluyendo que en la realidad colombiana se hacía inocultable la existencia de un conflicto de carácter no internacional, siendo en tal contexto objeto de protección especial la población civil, bajo el entendido que la misma está constituida por los individuos que no son miembros de las Fuerzas Armadas u organizaciones armadas irregulares enfrentadas y no toman parte en las hostilidades, o aquellos que 'hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga' (art. 135.6 C. P.). A efecto de determinar el nexo existente entre un hecho o situación y el conflicto armado internacional o interno se ha encontrado indispensable observar el ámbito en que se ha producido tomando en cuenta factores tales como la calidad de combatiente del perpetrador, la de no combatiente de la víctima, el hecho de que ésta sea miembro del bando opuesto, que el acto pueda ser visto como un medio para lograr los fines últimos de una campaña militar, o que el acto haya sido cometido como parte de los deberes oficiales del perpetrador, o

las hostilidades) es engañada o aprehendida por un tercero[90] (en algunos casos, son miembros de grupos paramilitares)[91] para luego ser entregada a miembros de una unidad militar (en la mayoría de los casos, son integrantes del Ejército Nacional)[92]; (ii) miembros de la unidad militar asesinan a

---

en el contexto de dichos 'deberes', aspectos todos con fundamento en los cuales logra tomarse entendimiento que los civiles en esta clase de actos de ejecución dentro de zonas de conflicto y en desarrollo de Operativos con la teórica finalidad de combatir a miembros de la guerrilla por las Fuerzas Militares, son víctimas de homicidio en persona protegida bajo los supuestos típicos del art. 135 en referencia (se citan en el mismo sentido la sentencia Cas. 36460/2013 y AP 43248/2014), conforme sucedió en este caso, dado que Miller Noguera Hernández en las circunstancias de su aprehensión así se le considerara combatiente (asumiendo que ameritaba dicho calificativo como jefe de finanzas del ELN) o definitivamente negando la misma, era una persona protegida conforme a los convenios internacionales sobre derecho humanitario en términos del citado art. 135 del estatuto represor. Cobrando vigencia la sentencia de primer grado, acorde con el numeral segundo de la misma, se reiterará las órdenes de captura correspondientes en contra de Raúl Emilio Ballesteros Salgado y Henry Mauricio Campaz".

89 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 28 de agosto de 2013, radicado 36460; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 30 de abril de 2014, radicado 43248; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 30 de julio de 2014, radicado 43888; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 16 de marzo de 2016, radicado 44288; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 30 de marzo de 2016, radicado 39842; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 8 de febrero de 2017, radicado 46099; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 15 de febrero de 2017, radicado 34982; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 31 de mayo de 2017, radicado 43924; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 6 de septiembre de 2017, radicado 48520.

90 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 19 de marzo de 2014, radicado 40733.

91 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 30 de julio de 2014, radicado 43888; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de octubre de 2016, radicado 42039.

92 Sobre el asunto, véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 19 de marzo de 2014, radicado 40733; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 30 de julio de 2014, radicado 43888; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 24 de septiembre de 2014, radicado 38097; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de octubre de 2016, radicado 42039.

la persona civil en situación de indefensión[93] (en algunos casos, la persona civil es sometida a actos de tortura)[94], o a la persona fuera de combate por cualquier causa (captura, rendición u otra causa similar)[95]; (iii) miembros de la unidad militar manipulan la escena del crimen para simular un enfrentamiento armado con integrantes de un grupo armado organizado[96] (en la mayoría de los casos, la persona civil es

---

93 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de marzo de 2011, radicado 35099; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 28 de agosto de 2013, radicado 36460; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 19 de marzo de 2014, radicado 40733; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 30 de abril de 2014, radicado 43248; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 30 de julio de 2014, radicado 43888; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 24 de septiembre de 2014, radicado 38097; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 16 de marzo de 2016, radicado 44288; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 30 de marzo de 2016, radicado 39842; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de octubre de 2016, radicado 42039; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 8 de febrero de 2017, radicado 46099; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 15 de febrero de 2017, radicado 34982; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 6 de septiembre de 2017, radicado 48520.

94 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de octubre de 2016, radicado 42039.

95 Sobre el asunto, véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 6 de septiembre de 2017, radicado 48520; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 31 de mayo de 2017, radicado 43924.

96 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 28 de agosto de 2013, radicado 36460; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 19 de marzo de 2014, radicado 40733; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 30 de abril de 2014, radicado 43248; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 30 de julio de 2014, radicado 43888; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 24 de septiembre de 2014, radicado 38097; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 16 de marzo de 2016, radicado 44288; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 30 de marzo de 2016, radicado 39842; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de octubre de 2016, radicado 42039; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 8 de febrero de 2017, radicado 46099; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 15 de febrero de 2017, radicado 34982; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 31 de mayo de 2017, radicado 43924; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 6 de septiembre de 2017, radicado 48520.

señalada de pertenecer a las FARC)[97]; y (iv) miembros de la unidad militar reportan como muerto en combate a la persona civil[98] o a la persona fuera de combate por cualquier causa[99] (no hubo ningún tipo de enfrentamiento armado)[100].

---

97 Sobre el asunto, véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 30 de abril de 2014, radicado 43248; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 30 de julio de 2014, radicado 43888; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de octubre de 2016, radicado 42039.

98 Sobre el asunto, véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 28 de agosto de 2013, radicado 36460; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 19 de marzo de 2014, radicado 40733; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 30 de abril de 2014, radicado 43248; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 30 de julio de 2014, radicado 43888; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 24 de septiembre de 2014, radicado 38097; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 16 de marzo de 2016, radicado 44288; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 30 de marzo de 2016, radicado 39842; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de octubre de 2016, radicado 42039; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 8 de febrero de 2017, radicado 46099; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 15 de febrero de 2017, radicado 34982; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 6 de septiembre de 2017, radicado 48520.

99 Al respecto, véase: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 6 de septiembre de 2017, radicado 48520; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 31 de mayo de 2017, radicado 43924.

100 Sobre el punto véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 28 de agosto de 2013, radicado 36460; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 19 de marzo de 2014, radicado 40733; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 30 de abril de 2014, radicado 43248; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 30 de julio de 2014, radicado 43888; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 24 de septiembre de 2014, radicado 38097; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 16 de marzo de 2016, radicado 44288; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 30 de marzo de 2016, radicado 39842; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de octubre de 2016, radicado 42039; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 8 de febrero de 2017, radicado 46099; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 15 de febrero de 2017, radicado 34982; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 31 de mayo de 2017, radicado 43924; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 6 de septiembre de 2017, radicado 48520.

En consecuencia, de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre los denominados "falsos positivos" podemos extraer las siguientes conclusiones: (i) las víctimas fueron asesinadas en el contexto del conflicto armado interno[101] (en desarrollo o bajo la apariencia de este)[102]; (ii) las víctimas eran personas civiles y personas fuera de combate por cualquier causa (DIH convencional y

---

101 Al respecto, véase: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de marzo de 2011, radicado 35099; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 28 de agosto de 2013, radicado 36460; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 30 de abril de 2014, radicado 43248; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 30 de julio de 2014, radicado 43888; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 30 de marzo de 2016, radicado 39842; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de octubre de 2016, radicado 42039; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 15 de febrero de 2017, radicado 34982; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 31 de mayo de 2017, radicado 43924; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 6 de septiembre de 2017, radicado 48520.

102 Sobre este punto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 23 de marzo de 2011, radicado 35099, manifestó: "La jurisprudencia internacional ha proporcionado distintos criterios para determinar la existencia de un nexo cercano entre un determinado hecho o situación y el conflicto armado internacional o interno en el que ha tenido lugar; así, ha señalado que tal relación cercana existe *'en la medida en que el crimen sea moldeado por o dependiente del ambiente en el que se ha cometido –v. g. el conflicto armado–'*. Al determinar la existencia de dicha relación las cortes internacionales han tomado en cuenta factores tales como la calidad de combatiente del perpetrador, la calidad de no combatiente de la víctima, el hecho de que la víctima sea miembro del bando opuesto, el hecho de que el acto pueda ser visto como un medio para lograr los fines últimos de una campaña militar, o el hecho de que el acto haya sido cometido como parte de los deberes oficiales del perpetrador, o en el contexto de dichos deberes. También ha precisado la jurisprudencia, en casos de comisión de crímenes de guerra, que es suficiente establecer que *'el perpetrador actuó en desarrollo o bajo la apariencia del conflicto armado'*, y que *'el conflicto no debe necesariamente haber sido la causa de la comisión del crimen, sino que la existencia del conflicto debe haber jugado, como mínimo, una parte sustancial en la capacidad del perpetrador para cometerlo, en su decisión de cometerlo, en la manera en que fue cometido o en el objetivo para el que se cometió'*".

consuetudinario)[103]; (iii) los combatientes en "sentido genérico" (algunos miembros del Ejército Nacional) violaron los principios de distinción y de humanidad (DIH convencional y consuetudinario)[104]; y (iv) el homicidio de personas civiles y de personas fuera de combate por cualquier causa constituye un crimen de guerra (artículo 8.2.c.i del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional).

Bibliografía

Doctrina

Henckserts, J. M., & Doswald-Beck, L. (2007). *El derecho internacional humanitario consuetudinario.* Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja.

---

103 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de marzo de 2011, radicado 35099; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 28 de agosto de 2013, radicado 36460; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 30 de abril de 2014, radicado 43248; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 30 de marzo de 2016, radicado 39842; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de octubre de 2016, radicado 42039; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 8 de febrero de 2017, radicado 46099; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 15 de febrero de 2017, radicado 34982; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 31 de mayo de 2017, radicado 43924; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 6 de septiembre de 2017, radicado 48520.

104 Sobre el asunto, véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de marzo de 2011, radicado 35099; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 28 de agosto de 2013, radicado 36460; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 30 de abril de 2014, radicado 43248; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 30 de marzo de 2016, radicado 39842; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de octubre de 2016, radicado 42039; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 8 de febrero de 2017, radicado 46099; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 15 de febrero de 2017, radicado 34982; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 31 de mayo de 2017, radicado 43924; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 6 de septiembre de 2017, radicado 48520.

Melzer, N. (2010). *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario.* Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja.

Instrumentos internacionales

Convenios de Ginebra (12 de agosto de 1949).

Protocolo i adicional a los Convenios de Ginebra (8 de junio de 1977).

Protocolo ii adicional a los Convenios de Ginebra (8 de junio de 1977).

Jurisprudencia colombiana

Corte Constitucional

Sentencia C-225 (18 de mayo de 1995).

Sentencia C-578 (4 de diciembre de 1995).

Sentencia C-358 (5 de agosto de 1997).

Sentencia C-317 (2 de mayo de 2002).

Sentencia C-578 (30 de julio de 2002).

Sentencia C-291 (25 de abril de 2007).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Sentencia del 27 de enero de 2010, radicado 29753.

Sentencia del 23 de marzo de 2011, radicado 35099.

Sentencia del 3 de agosto de 2011, radicado 36563.

Sentencia del 28 de agosto de 2013, radicado 36460.

Sentencia del 11 de septiembre de 2013, radicado 39703.

Sentencia del 19 de marzo de 2014, radicado 40733.

Sentencia del 30 de abril de 2014, radicado 43248.

Sentencia del 25 de junio de 2014, radicado 43303.

Sentencia del 30 de julio de 2014, radicado 43888.

Sentencia del 24 de septiembre de 2014, radicado 38097.

Sentencia del 16 de marzo de 2016, radicado 44288.

Sentencia del 30 de marzo de 2016, radicado 39842.

Sentencia del 5 de octubre de 2016, radicado 42039.

Sentencia del 8 de febrero de 2017, radicado 46099.

Sentencia del 15 de febrero de 2017, radicado 34982.

Sentencia del 31 de mayo de 2017, radicado 43924.

Sentencia del 6 de septiembre de 2017, radicado 48520.

Legislación colombiana

Congreso de la República de Colombia. Ley 599 del 24 de julio de 2000.