

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA
SALA PENAL

Montería, veintisiete (27) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Aprobado Acta No. 141

Radicado No. 23001 31 07 001 2015 00051 01

Magistrado Ponente: MANUEL FIDENCIO TORRES GALEANO

VISTOS

Procede la Sala a desatar los recursos de apelación interpuestos por la doctora MARÍA ELENA JARAMILLO VELASQUEZ, representante de la Fiscalía; la doctora JOHANA SEPULVEDA MAZO, representante de la parte civil; el doctor JUAN MARTÍN PARADA ARANGO, defensor del sindicato ARMANDO IVÁN BERMUDEZ PATIÑO y el doctor JOSE IGNACIO LOMBANA SIERRA, defensor del sindicato MIGUEL ARCANGEL LÓPEZ PÉREZ, contra el auto del 28 de septiembre de 2015, mediante el cual el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Montería negó las solicitudes de nulidad, el decreto de algunas pruebas y dispuso el traslado de un dictamen pericial.

HECHOS Y ACTUACIONES PROCESALES

Conforme se extrae de la resolución de acusación, se tiene que mediante informe presentado por el Mayor Juan Carlos Galán Galán, ejecutivo y Segundo Comandante del Batallón de Infantería N° 33 "Junín", adiado 21 de agosto de 2007, se puso en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación los hechos ocurridos en la operación Escorpión, misión táctica

Procesado: ADAN ANTONIO VARGAS QUINTANA y OTROS

Delito: HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO y DESAPARICIÓN FORZADA

Radicado No. 23001 31 07 001 2015 00051 00

acuario N° 049 del 16 de agosto de 2007. Señaló que siendo las 19:00 horas del 15 de agosto del mismo año, el Pelotón Araña – 4 orgánico del Batallón Junín, inició un movimiento táctico motorizado desde Montería hasta la apartada del Municipio de Canalete – Córdoba, en coordenadas 8° 50' y 58" N y 75° 56' 00" W, y que a eso de las 23:00 horas se tuvo contacto con un informante, quien manifestó que un grupo de desconocidos estaba realizando movimientos por la vía que conduce de Montería hacia Sincelejito – Córdoba, con armas largas, dedicándose al transporte y seguridad de sustancias alucinógenas.

Una sección de Araña – 4, conformada por un oficial, un suboficial y 12 soldados, inició movimiento hacia esa vía, siendo las 2:00 horas del 16 de agosto de 2007 llegaron a las coordenadas antes referidas, donde se instala un puesto de observación. Aproximadamente a las 4:50 escucharon el arribo de unas personas que venían por la trocha en dirección de la carretera que conduce de Montería a Arboletes, se observó a 4 sujetos, los que traían en sus manos armas largas, la tropa se identificó como soldados del Batallón Junín, estos sujetos respondieron disparando sus armas. Se inició el cruce de disparos, resultando lesionado el soldado profesional Madera Sierra Lisandro, uno de los sujetos emprende la huida por un potrero accionando su arma, al cual se le dio de baja al repeler el ataque; una vez terminada la colisión bélica se efectúa el registro del área, se informa al COT del Batallón y tomaron el dispositivo de seguridad. A las 9:30 llegó la Fiscalía para dar inicio a las primeras labores de Policía Judicial.

Como resultado de la operación militar se anunció 4 sujetos sin identificar dados de baja, al parecer se trataba de delincuentes al servicio del narcotráfico; se incautaron 3 fusiles AK 47, 71 cartuchos para fusiles AK 47; 3 proveedores para fusil y una pistola OLTS 45 mm, un proveedor para pistola calibre 45mm, 3 cartuchos calibre 45mm y 603.000 pesos en efectivo.

Procesado: ADAN ANTONIO VARGAS QUINTANA y OTROS

Delito: HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO y DESAPARICIÓN FORZADA

Radicado No. 23001 31 07 001 2015 00051 00

Fue practicado reconocimiento a los cadáveres por parte de sus familiares, encontrándose que correspondían a Juan Bernardo Correa Taborda con C.C 70.221.087, Jorge Raúl Gallego Lodoño con C.C 71.217.106, Hernán Alonso Jaramillo Aguinaga con C.C 71.187.534 y Omar de Jesús Marulanda Sánchez con C.C 793101.

Aunado a los acontecimientos de muerte, se denunció la desaparición de Claudia Yaneth Quiroz, quien fue vista en compañía de Jorge Raúl Gallego Lodoño, en inmediaciones del Municipio de Puerto Escondido desde el 13 de agosto de 2007, la mujer había llegado desde Medellín a visitar a su pareja, es decir, a Gallego Lodoño, quien estaba radicado temporalmente en la Cabaña Paraíso; el mismo día del rapto de los ocupantes de la pequeña cabaña, la mujer fue observada mientras era montada a la extraña camioneta en que sacaron al grupo de hombres, quienes temporalmente habitaban el sitio. Estos extrañamente resultaron horas más tarde muertos en un supuesto encuentro armado con el Ejército Nacional, exactamente con los integrantes del Pelotón Araña – 4 orgánico del Batallón Junín; de la ciudadana Claudia Yaneth Quiroz nunca se ha tenido conocimiento del paradero ni por parte de sus familiares, ni por las autoridades judiciales.

El 13 de enero de 2015 la Fiscalía 35 Especializada de Derechos Humanos y DIH de Medellín calificó el mérito probatorio del sumario, profiriendo resolución de acusación, contra los señores ADAN ANTONIO VARGAS QUINTANA, MARIO FERNANDO FIGUEROA JURADO, ARMANDO IVÁN BERMUDEZ PATIÑO, MIGUEL ARCANGEL LÓPEZ PÉREZ, EVERARDO ENRIQUE VILLEGAS MARTÍNEZ, ANIBAL DE LOS REYES ROMERO CHANTACA, OSWALDO ENRIQUE ESPITIA AGUILAR, DAYBY DAVID OTERO ARGUMEDO, WILMER JOSÉ MARTÍNEZ MESTRA, YEIDER HENRIQUEZ MONTES y LISANDRO SEGUNDO MADERA SIERRA, por los punibles de Homicidio en persona protegida, secuestro simple agravado y desaparición forzada, decisión contra la cual interpusieron recurso de apelación los profesionales del derecho MARCO RUIZ DEL TORO, DIANA DEL PILAR MEDINA AGUILAR y JUAN MARTÍN PARADA ARANGO, defensores en la

Procesado: ADAN ANTONIO VARGAS QUINTANA y OTROS

Delito: HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO y DESAPARICIÓN FORZADA

Radicado No. 23001 31 07 001 2015 00051 00

causa, siendo confirmada el 27 de marzo de 2015 por la Fiscalía 5 de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Medellín.

La etapa de juzgamiento dentro de la presente causa le correspondió al Juzgado Penal del Circuito Especializado de Montería, despacho judicial que mediante auto del 27 de mayo de 2015 aprehendió el conocimiento de la misma. El día 29 del mismo mes y año corrió el traslado contemplado en el artículo 400 del Código de Procedimiento Penal, proveído que le fue comunicado a todos los sujetos procesales, haciendo uso de éste los defensores de los acusados. Posteriormente, la doctora LUISA FERNANDA MADRID BOTERO, apoderada judicial del señor MARIO FERNANDO FIGUEROA JURADO, solicitó prórroga del traslado en mención, otorgada ésta mediante auto del 17 de junio de 2015, es decir, le fue concedida desde el 16 de junio de 2015 hasta el 7 de julio de la misma anualidad.

El doctor JOSE IGNACIO LOMBANA SIERRA, defensor del señor MIGUEL ARCANGEL LÓPEZ PÉREZ, también solicitó prórroga del traslado contemplado en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000, siendo otorgada en auto del 18 de junio de 2015, es decir, se le concedió desde esa fecha hasta el 9 de julio de 2015.

Vencido el traslado antes referido, mediante auto del 10 de julio de 2015, se fijó inicialmente la audiencia preparatoria para el 16 de septiembre del mismo año, fecha en que no pudo ser desarrollada por la solicitud de aplazamiento del doctor JOSE IGNACIO LOMBANA SIERRA, defensor de uno de los procesados.

El 24 de julio de 2015, la judicatura de primera instancia señala el 28 de septiembre siguiente como fecha para la realización de la referida audiencia, día en el que se instaló ésta; sin embargo, fue suspendida a solicitud de los sujetos procesales, siendo reprogramada para el 16 de octubre de 2015.

Procesado: ADAN ANTONIO VARGAS QUINTANA y OTROS

Delito: HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO y DESAPARICIÓN FORZADA

Radicado No. 23001 31 07 001 2015 00051 00

El 29 de septiembre de 2015, la Fiscalía solicitó la reprogramación de la diligencia, motivo por el cual el 30 de septiembre de esa anualidad el despacho fijó como nueva el 3 de diciembre de 2015 para la continuación de audiencia preparatoria; sin embargo, el doctor MARCOS RUIZ DEL TORO, solicitó aplazamiento de la misma y reprogramación.

En razón a ello, el 30 de noviembre de 2015 se señaló como fecha para la continuación de la audiencia el 11 de febrero de 2016, día en el que se logró finalizar la referida audiencia. En la fecha, la Juez resolvió no decretar la nulidad solicitada por dos de los defensores y negó el decreto de algunas pruebas, decisión contra la cual la Fiscalía, la representante de la parte civil y los doctores, JUAN MARTÍN PARADA ARANGO y JOSÉ LOMBANA SIERRA, defensores de los procesados, interpusieron recurso de apelación, siendo concedidos en el efecto devolutivo y diferido, respectivamente.

AUTO RECURRIDO

Los defensores Juan Martín Parada Arango y Luisa Fernanda Madrid Botero, solicitaron al Juzgado de Instancia se decretara la nulidad por la presunta violación al debido proceso y al derecho de defensa, en razón de que se presentaron irregularidades en el procedimiento seguido por la Justicia Penal Militar para enviar las actuaciones a la justicia ordinaria. Alegan los defensores en sus solicitudes que el Juez 29 de Instrucción Penal Militar con sede en Montería, mediante auto del 25 de octubre de 2007, se desprendió del conocimiento del proceso en referencia sin motivar tal decisión y ordenó remitir el expediente a la Jurisdicción Penal Ordinaria. Según los defensores tal remisión se dio como consecuencia de unas órdenes impartidas por el despacho del Fiscal General de la Nación, las cuales no reposan en el expediente, pero dan cuenta que se ordenó una inspección judicial al despacho del juzgado 29 de Instrucción Penal Militar, con el fin de determinar si en algunos procesos, dentro de los cuales se haya el que nos convoca, se presentan violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario y precisar si la conducta delictiva ocurrió como consecuencia de un combate armado, o si por el contrario

Procesado: ADAN ANTONIO VARGAS QUINTANA y OTROS

Delito: HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO y DESAPARICIÓN FORZADA

Radicado No. 23001 31 07 001 2015 00051 00

existen dudas en cuanto a la legitimidad de la conducta y del procedimiento militar realizado.

De igual manera se propone la nulidad por la vulneración del derecho de defensa, debido a que la Fiscalía en la etapa de instrucción negó tenerse como pruebas unos dictámenes periciales de carácter privados aportados por el defensor Parada Arango, manifestando que la defensa no puede aportar pruebas y que el único que puede practicar las pruebas es el Estado a través de la Fiscalía General de la Nación. Sin embargo el representante de la defensa afirma que tiene pleno derecho de aportar y controvertir las pruebas allegadas al proceso.

Considera la juez de instancia que no se presenta violación al debido proceso, teniendo en cuenta que la decisión que dispuso la remisión de la actuación a la justicia ordinaria constituye un auto de sustanciación o de trámite, el cual no requiere un exagerado razonamiento y no era necesario realizar un análisis probatorio, agrega además que no se evidencia una colisión negativa de competencia. Sostiene que los argumentos presentados por el defensor Parada Arango no atacan la falta de competencia de la justicia ordinaria para el conocimiento de este asunto, sino el trámite mediante el cual fue remitida a tal jurisdicción la actuación procesal, el cual no deja de ser un aspecto de carácter formal e intrascendente.

En cuanto los conceptos periciales privados, el Juez de Primera Instancia ordena el traslado a todos los sujetos procesales y dice que con esto se constituye la mayor expresión de garantía de la defensa en el ejercicio de los derechos que a él le competen y que una vez surtido el traslado y dentro de la oportunidad procesal pertinente se pronunciará de fondo con relación a ellos, es decir sobre su contenido y valor probatorio, lo que indica que la segunda solicitud de nulidad con relación a la vulneración del derecho de defensa no tendría sentido y se queda sin fundamento, toda vez que en ese momento procesal se tienen en cuenta los dictámenes aportados por la defensa para su traslado y posterior valoración probatoria.

Procesado: ADAN ANTONIO VARGAS QUINTANA y OTROS
Delito: HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO y DESAPARICIÓN FORZADA
Radicado No. 23001 31 07 001 2015 00051 00

Luego de resueltas las solicitudes de nulidad, la Juez de Instancia entra a estudiar lo referente a las solicitudes probatorias que presentaron los sujetos procesales, a las que se accedió en su gran mayoría por considerar que respetan los principios de conducencia, pertinencia y utilidad y que además fueron sustentadas en debida forma. Del anterior decreto probatorio se excluyen las declaraciones de Daniel Alejandro Serna alias "Kener" por considerar que es una prueba repetitiva y que no cuenta con aquella potencialidad probatoria que lo haga imprescindible, al igual que una inspección judicial que fue solicitada por considerar que las condiciones geográficas han cambiado y que tampoco se establece en la solicitud cómo podría beneficiarse la actuación con ese elemento de prueba.

ARGUMENTOS DE LOS RECURRENTES

RECURSO DE LA FISCALÍA

La fiscalía no está de acuerdo con la decisión tomada por el despacho de primera instancia de correr traslado de los conceptos periciales de carácter privado, presentados por el representante de la defensa del capitán Armando Iván Bermúdez Patiño, a su vez retomados por los otros defensores para ser tenidos en cuenta como prueba, sumado el decreto de algunas pruebas. Como primer punto manifiesta la posibilidad que tienen las partes no sólo de impugnar el auto que niega pruebas, sino también el que las decreta, con el fin de verificar que al proceso se llegue con verdaderos medios de convicción; que cumplan los requisitos de conducencia, pertinencia y utilidad para garantizar los principios de concentración y eficacia probatoria. Se apoya en recientes fallos de la Corte Suprema de Justicia, en los que ha sostenido que el auto que ordena pruebas puede ser recurrido por la contraparte.

De otro lado hace alusión a los dictámenes presentados por los doctores Máximo Duque y Luis Fernando Díaz, médico legista y experto en balística,

Procesado: ADAN ANTONIO VARGAS QUINTANA y OTROS

Delito: HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO y DESAPARICIÓN FORZADA

Radicado No. 23001 31 07 001 2015 00051 00

respectivamente, dictámenes que en su momento fueron descartados porque según la fiscalía vulneraban los principios básicos del procedimiento en la ley 600 de 2000, debido a que estos no tenían el carácter de pertinentes, conducentes y útiles, es decir que no se argumentó la necesidad o la finalidad de practicar estos nuevos dictámenes, teniendo en cuenta que anteriormente se habían practicado otros dictámenes por peritos adscritos a la Fiscalía General de la Nación. Por lo anterior solicita que se revoque la decisión de la juez de instancia de ordenar el traslado de los dictámenes periciales y la declaración de los doctores Máximo Duque y Luis Fernando Díaz, de manera subsidiaria solicita que se tengan en cuenta estos dictámenes como prueba de referencia.

En lo que tiene que ver con las pruebas de carácter testimonial, documental y cartográfica solicitada por los señores defensores, con relación a la posibilidad que tienen los sujetos procesales de solicitar pruebas de carácter repetitivas cuando la parte no tuvo la posibilidad jurídica de controvertirlas, previa sustentación en debida forma por quien tenga el interés de practicar las pruebas; sostiene que si la defensa considera indispensable la repetición de una prueba tendrá la carga procesal de explicar la relevancia de la práctica del elemento probatorio, de los hechos que no se haya tenido la oportunidad de probar en la etapa de instrucción por motivos atribuibles a la fiscalía y que además cumplan con los requisitos de pertinencia, conducencia y utilidad. Advierte que esto no se cumple debido a que los defensores Juan Martin Parada y Marcos Ruiz del Toro estuvieron presentes en cada una de las diligencias y etapas procesales, por lo tanto tuvieron la oportunidad de presenciar y controvertir el material probatorio.

Dentro de las pruebas que la fiscalía considera repetitivas y que la defensa no argumentó los presupuestos para practicarlas nuevamente, menciona las declaraciones de Milton Petro Lora, Elías Negrete Villadiego, Orlando José López Burgos, Emilse Rosa Pereira. Por lo expuesto anteriormente la recurrente solicita la inadmisión de las pruebas decretadas por la señora juez al considerarlas repetitivas e irrelevantes.

Procesado: ADAN ANTONIO VARGAS QUINTANA y OTROS
Delito: HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO y DESAPARICIÓN FORZADA
Radicado No. 23001 31 07 001 2015 00051 00

TRASLADO A LOS NO RECURRENTE

El defensor José Ignacio Lombana en su intervención manifiesta que la sentencia 41790 del 11 de septiembre de 2013 de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en la cual se fundó la fiscalía para impugnar el auto que decreta pruebas, hace alusión a la ley 906 de 2004. Estas disposiciones no pueden aplicarse por analogía, debido a que el Código de Procedimiento Penal ley 906 de 2004 y la ley 600 de 2000 tienen dinámicas y finalidades distintas. Mientras que una es de tendencia inquisitiva la otra es acusatoria. El rol que tiene la fiscalía en la ley 600 de 2000 es diferente al que tiene en el actual Sistema Penal Acusatorio, además de que los efectos en que se conceden los recurso del auto que niegan pruebas y del que las decreta son diferentes. Considera el defensor que este recurso no es procedente porque no está previsto en la ley 600 de 2000.

Hace referencia a la posibilidad que tiene la defensa de aportar pruebas al proceso, en este caso los dictámenes periciales de carácter privado en virtud de la libertad probatoria. Solicita a este Tribunal que se tenga por improcedente el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía, toda vez que la impugnación del decreto de pruebas no está previsto en la ley 600 de 2000 sino que es aplicable únicamente en la ley 906 de 2004, subsidiariamente solicita que se desechen los argumentos expuestos por la señora fiscal con relación a los dictámenes periciales privados por considerar que la defensa en el ejercicio de su derecho de contradicción puede aportar estos medios de prueba.

El doctor Juan Martin Parada en su intervención manifiesta compartir ampliamente todos los argumentos del defensor Lombana Sierra, considera que la fiscalía está confundiendo los procedimientos de la ley 600 con la ley 906 y que no debe concederse el recurso de apelación, toda vez que la fiscalía no tiene interés legal para hacerlo debido a que la ley 600 de 2000 no contempla esa posibilidad, por lo tanto solicita al juzgado de instancia que el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía sea

Procesado: ADAN ANTONIO VARGAS QUINTANA y OTROS

Delito: HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO y DESAPARICIÓN FORZADA

Radicado No. 23001 31 07 001 2015 00051 00

denegado porque no tiene la facultad legal para recurrir a las decisiones que decretan pruebas dentro del procedimiento de la ley 600 de 2000.

En igual sentido los defensores Luisa Fernanda Madrid y Marcos Ruiz del Toro apoyan todos los argumentos planteados por los defensores Lombana Sierra y Parada Arango.

RECURSO DE LA REPERESANTANTE DE LA PARTE CIVIL

La doctora Johana Sepúlveda Mazo afirma que la carga de la prueba la tiene quien la solicita y que los fundamentos presentados por los señores defensores para demostrar la conducencia, pertinencia y utilidad no fueron suficientes, por lo tanto se torna una prueba inadmisibile y que la decisión tomada por la juez de instancia, en cuanto al traslado de los dictámenes periciales carecen de validez, debido a que no se advierte como podría servir para los intereses de la defensa o como podría controvertir el dictamen realizado por los médicos legistas adscritos a la Fiscalía General de la Nación. Se cuestiona la apoderada de la parte civil qué elementos tuvieron en cuenta estos peritos privados para llegar a la conclusión que se llega en el dictamen, teniendo en cuenta que el doctor Máximo Duque no contó con los restos óseos de las víctimas, así como el doctor Luis Fernando no hizo presencia al lugar de los hechos y tampoco el día de la reconstrucción de la escena. Lo que le permite concluir que se está ante una prueba de referencia dadas las circunstancias.

En lo que se refiere a las pruebas repetitivas de carácter testimonial, documental y cartográfica solicitada por los señores defensores, alega que carecen de fundamento, porque no cumple con la carga argumentativa de pertinencia, conducencia y utilidad y no se demuestra la necesidad de practicar nuevamente esas pruebas. Dentro de las pruebas repetitivas hace alusión a las declaraciones de los señores Álvaro Zambrano Gómez, Juan Carlos Galán Galán, Edinson Suárez Monroy, Eduardo Enrique Galindo, Milton Petro, Elías Negrete Villadiego, Orlando José López Burgos, Julio César Parga Rivas, Rosario Mendoza Guevara, José Alberto Pinto

Procesado: ADAN ANTONIO VARGAS QUINTANA y OTROS

Delito: HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO y DESAPARICIÓN FORZADA

Radicado No. 23001 31 07 001 2015 00051 00

Montero, Emilse Rosa Pereira, Jerónimo Cobaleta. Solicita al Tribunal que se revoque en su integridad la decisión tomada por el juez de primera instancia en lo referente al traslado de los dictámenes periciales de la defensa y al decreto de las pruebas de carácter repetitivo mencionadas anteriormente.

TRASLADO A LOS NO RECURRENTES

La Fiscalía en esta oportunidad no hace uso del traslado.

El doctor José Ignacio Lombana en su intervención advierte que los argumentos expuestos por la representante de la parte civil son muy similares a los de la fiscalía en sus recursos, que tienen las mismas solicitudes y fundamentos. Agrega que los dictámenes periciales aportados por la defensa se siguen por el principio de libertad probatoria como lo mencionó en oportunidades anteriores, es decir la posibilidad que tiene la defensa de allegar pruebas al proceso. De igual manera sostiene que una cosa es la pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas como requisito de admisión de las mismas y otra cosa es el juicio de valoración o estudio en abstracto que se les haga, la capacidad que tenga una prueba de demostrar un hecho; quiere decir que no se pueden confundir las razones que se tengan para decretar una prueba, con su posterior valoración por parte del juez.

Solicita a la Sala desechar de plano por falta de interés jurídico para recurrir el recurso de la parte civil, subsidiariamente solicita que no se revoque la decisión de primera instancia porque los argumentos de la parte civil no tienen la integridad argumentativa suficiente para demostrar. Igualmente solicita que se examine por parte del despacho la prueba cartográfica decretada a la defensa, la cual tiene una finalidad diferente a la que presentó la Fiscalía General de la Nación, lo cual la convierte en una prueba distinta que tiene otros objetivos.

Procesado: ADAN ANTONIO VARGAS QUINTANA y OTROS

Delito: HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO y DESAPARICIÓN FORZADA

Radicado No. 23001 31 07 001 2015 00051 00

Por su parte el defensor Juan Martin Parada manifiesta que comparte completamente los argumentos del doctor José Ignacio Lombana, en cuanto a la posibilidad tanto la fiscalía como la parte civil no tienen ese interés jurídico y legal para recurrir a la petición.

La doctora Luisa Fernanda Madrid afirma compartir todo lo que sus compañeros han expuesto sobre la materia. Además advierte que la solicitud de la representante de la parte civil vulnera el derecho defensa porque no cuestionó en ningún momento la conducencia, pertinencia y utilidad de las pruebas solicitadas por los representantes de la defensa.

El doctor Marcos Ruiz del Toro manifiesta que el perito que utilizó la defensa particular, el doctor Máximo Duque fue Director de Medicina Legal por mucho tiempo, es un perito idóneo, suficientemente reconocido en el país y acreditado. Igualmente apoya lo dicho por los colegas de la defensa y solicita que no se tenga en cuenta ninguno de los aspectos esbozados por la representante de la parte civil.

RECURSO DEL DEFENSOR DEL SINDICADO ARMANDO IVÁN BERMUDEZ PATIÑO

El recurrente considera que se presenta un conflicto de competencia el cual genera una nulidad con relación al debido proceso, teniendo en cuenta que el Juzgado 29 de Instrucción Penal Militar no argumentó y no motivó la decisión de desprenderse del conocimiento de un proceso y ordenar su remisión a la Jurisdicción Ordinaria. Afirma que toda decisión debe estar motivada conforme a los requerimientos legales. Alude que se vulnera el debido proceso en cuanto a que no se presentaron los requisitos para remitir el proceso de una jurisdicción a otra.

Trae a colación unas instrucciones impartidas por el Fiscal General de la Nación, mediante resolución del 23 de octubre de 2007, en la cual se ordena una inspección judicial en las instalaciones del Juzgado 29 de

Procesado: ADAN ANTONIO VARGAS QUINTANA y OTROS

Delito: HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO y DESAPARICIÓN FORZADA

Radicado No. 23001 31 07 001 2015 00051 00

Instrucción Penal Militar. En dicha inspección se escogieron varios procesos, entre ellos el caso que nos ocupa y luego de esta resolución se emite un auto por parte del Juzgado 29 de Instrucción Penal Militar con fecha 25 de octubre de la misma anualidad, el cual ordena la remisión de esos procesos a la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, sin embargo dicha providencia no menciona las razones por las cuales ordena tal remisión. Por lo expuesto con anterioridad el recurrente solicita que se revoque la decisión de la juez de instancia en la cual niega la declaratoria de la nulidad.

En cuanto a las solicitudes probatorias pide al Tribunal que se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se decrete el testimonio de Daniel Alejandro Serna alias "kener", por considerar que dicho elemento probatorio se argumentó en debida forma su conducencia, pertinencia y utilidad, además de que en su declaración quedaron varias cosas pendientes por informar, como el comportamiento que tenían las bandas criminales y según el defensor, incluso daría nombres de personas pertenecientes a estas bandas, entre otros aspectos que pueden aportar para llegar a la verdad de los hechos.

TRASLADO A LOS NO RECURRENTES

La fiscalía en el uso del traslado cita el artículo 309 de la ley 600 de 2000, según el cual el sujeto procesal que alegue la nulidad deberá determinar la causal que invoca, las razones en que se funda y no podrá formular una nueva causal sino por causa diferente o por hecho posterior, salvo en la casación. Alega que la defensa en ningún momento ha manifestado la causal en la que se fundamenta su solicitud pues dicha nulidad viene alegándose desde la etapa de instrucción sin argumentar en que afecta verdaderamente la defensa de los procesados. Por lo anterior solicita que no se tenga en cuenta las valoraciones realizadas por el doctor Juan Martín Parada y que se mantenga la decisión emanada del Juzgado Único Especializado.

Procesado: ADAN ANTONIO VARGAS QUINTANA y OTROS

Delito: HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO y DESAPARICIÓN FORZADA

Radicado No. 23001 31 07 001 2015 00051 00

La representante de la parte civil no hace uso del traslado en esta oportunidad.

El defensor José Ignacio Lombana expone que los problemas de competencia afectan de nulidad absoluta los procedimientos realizados. Afirma que para determinar la competencia de los funcionarios existe un debido proceso, el cual se ha vulnerado, toda vez que la Jurisdicción Ordinaria no puede abrogarse competencias automáticamente, así como tampoco la Justicia Penal Militar puede desprenderse de los procesos con argumentos genéricos. Es el Consejo Superior de la Judicatura el encargado de dirimir los conflictos de competencia. Además no hay posibilidad por parte de la defensa de convalidar los efectos producidos en cadena a partir de una inadecuada asunción de competencias. Finalmente manifiesta apoyar la solicitud de nulidad impetrada por su colega Parada Arango.

La doctora Luisa Fernanda Madrid manifiesta que no se observó ningún tipo de motivaciones legales para el cambio de competencia entre las distintas jurisdicciones, sino que fue más bien una orden de la Fiscalía General de la Nación. Igualmente dice que hubo una extralimitación de funciones donde se desprendió de un proceso que por ley tenía el deber de conocer. Considera que se violan flagrantemente el debido proceso cuando se remite el expediente a la justicia ordinaria y no se exponen las razones de dicha actuación. Igualmente se vulnera el debido proceso cuando la fiscal decide abrogarse una competencia que para ese momento no la tenía y que no había sido delegada por el Fiscal General de la Nación. En cuanto a la recepción del testimonio del señor alias "Kener" solicita a la Sala que se analice su testimonio para lograr una investigación integral y llegar a la verdad.

El doctor Marcos Ruiz del Toro coadyuva todo lo expuesto por sus compañeros antecesores.

Procesado: ADAN ANTONIO VARGAS QUINTANA y OTROS

Delito: HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO y DESAPARICIÓN FORZADA

Radicado No. 23001 31 07 001 2015 00051 00

RECURSO DEL DEFENSOR DEL SINDICADO MIGUEL ARCANGEL LÓPEZ PÉREZ

El recurrente en su intervención se refiere a que dentro de un proceso, la defensa no sólo puede solicitar pruebas, sino que también puede aportarlas, lo cual es fundamental para el ejercicio del derecho de contradicción. Se debe procurar adelantar toda actividad probatoria para acreditar su teoría del caso, en virtud del principio de libertad probatoria. Hace alusión sobre unos dictámenes periciales que se presentaron y no fueron tenidos en cuenta por la fiscalía, lo cual vulneró el debido proceso y derecho a la defensa como lo mencionaron sus compañeros antecesores. Afirma que la fiscalía en el procedimiento de la ley 600 de 2000 actúa como ente investigador integral y como parte, lo cual no le conviene tener en cuenta material probatorio que vaya en contra de su teoría.

Alega que si se pretende controvertir una prueba técnica, lo ideal es aportar otra prueba de la misma naturaleza para comparar y acreditar o desacreditar lo afirmado en dichas pruebas. Solicita al despacho que en razón de sus argumentos expuestos y el de sus compañeros que propusieron la nulidad, se declare la misma, pese a que no la propuso directamente sino otros defensores, considera tener el interés jurídico para elevar tal solicitud, teniendo en cuenta que tal decisión va a afectar directamente a su prohijado y a los demás acusados.

Por otra parte se refiere a unas pruebas que le fueron denegadas, como lo es una inspección judicial y la declaración de Daniel Alejandro Serna alias "Kener".

Respecto de la inspección judicial dice que con esta no se pretende hacer una reconstrucción de los hechos como lo estima la Juez de Primera Instancia, sino que se busca calcular o determinar la distancia y los tiempos que se requieren para trasladarse de un lugar a otro en las mismas condiciones en que lo hicieron los acusados, para que de esta manera pueda demostrarse cómo ocurrieron los hechos y que estudiada dicha inspección judicial de manera integral con los otros elementos probatorios

Procesado: ADAN ANTONIO VARGAS QUINTANA y OTROS

Delito: HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO y DESAPARICIÓN FORZADA

Radicado No. 23001 31 07 001 2015 00051 00

se pueda llegar a la verdad y así demostrar que no le asiste responsabilidad penal a su defendido.

De la declaración de alias "Kener" afirma que esta prueba no es repetitiva por el hecho que se encuentre varias veces en el expediente, sino que por el contrario es una prueba indispensable y necesaria para demostrar varios hechos, además advierte que quedaron pendientes diferentes aspectos a declarar por parte de este señor que le serán de ayuda al proceso. Por lo anterior solicita también que se revoque la decisión tomada por la Juez de Instancia y como consecuencia se decrete como pruebas la inspección judicial y la declaración de Daniel Alejandro Serna alias "Kener".

TRASLADO A LOS NO RECURRENTES

El defensor Juan Martin Parada coadyuva lo expuesto por su colega Lomaba Sierra, sobre el derecho que tiene la defensa de aportar pruebas, dice que el ejercicio completo de la defensa se evidencia al aportar pruebas, controvertir las allegadas al proceso, impugnar las providencias proferidas dentro del mismo, por lo que solicita se decrete la nulidad propuesta anteriormente. En cuanto a la inspección judicial que fue negada por parte del Juez de Instancia, considera útil e importante su práctica para llegar a la verdad de cómo ocurrieron realmente los hechos, por lo que solicita se decrete y se tenga en cuenta en la etapa de juicio.

Los demás sujetos procesales no hicieron uso del mencionado traslado.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

SALA PENAL DE DECISIÓN

Varios son los problemas jurídicos que plantean las apelaciones:

1. Se debe analizar si realmente debe acudir al remedio extremo de la nulidad, por el hecho de que las actuaciones que adelantaba la

Procesado: ADAN ANTONIO VARGAS QUINTANA y OTROS

Delito: HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO y DESAPARICIÓN FORZADA

Radicado No. 23001 31 07 001 2015 00051 00

Justicia Penal Militar, fueron remitidas a la jurisdicción ordinaria, sin que se haya motivado el auto que así lo dispuso.

2. De no prosperar la nulidad, se resolverá acerca de si el auto que ordena pruebas, en el marco de la ley 600 de 2000, es susceptible del recurso de apelación, teniendo en cuenta la postura de la Honorable Corte Suprema de Justicia, dentro de procesos seguidos bajo las ritualidades de la ley 906 de 2004.
3. Se examinará, por otra parte, si hay lugar a decretar una prueba testimonial para el juicio, cuando en la etapa instructiva fue recepcionada en varias oportunidades. Así mismo se abordará el tema de conducencia, pertinencia y utilidad de una inspección solicitada y denegada.

La nulidad:

Sabido es que en nuestro ordenamiento procesal penal (tanto en la ley 600 de 2000 como la 906 de 2004) se aplican unos principios que orientan la declaratoria de las nulidades y su convalidación, señalados en el Art. 310 ley 600 de 2000, pero que se aplican vía jurisprudencial, por hacer parte de la teoría general del proceso, a las actuaciones que se adelantan en el marco del nuevo sistema penal acusatorio. Por supuesto, con más razón a los procesos adelantados con las reglas de la ley 600 de 2000. Sobre el particular ha dicho el alto Tribunal:

“No obstante que la Sala desde hace algún tiempo adoptó como criterio que para la proposición y sustentación de nulidades no se exigen fórmulas sacramentales específicas, ello no implica que la correspondiente pretensión pueda estar contenida en un escrito de libre factura, habida cuenta que no cualquier anomalía conspira contra la vigencia del proceso, pues la afectación debe ser esencial y estar vinculada en calidad de medio para socavar algún derecho fundamental de las partes o intervinientes, de suerte que, igual que en las otras causales, debe ajustarse a ciertos parámetros lógicos que permitan comprender el motivo de ataque, el yerro sustancial

Procesado: ADAN ANTONIO VARGAS QUINTANA y OTROS

Delito: HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO y DESAPARICIÓN FORZADA

Radicado No. 23001 31 07 001 2015 00051 00

alegado y la manera como se quebranta la estructura del proceso o se afectan las garantías a consecuencia de aquél.

Precisamente, a asegurar esos cometidos, así como el carácter serio y vinculante del correspondiente reproche, apunta la observancia de los principios que orientan la declaración de nulidades, los cuales, a pesar de no estar previstos en una determinada norma del Código de Procedimiento Penal que rige este asunto, siguen siendo criterios de inexcusable observancia, como así ha tenido oportunidad de puntualizarlo la Corte¹.

Tales axiomas se concretan en los siguientes postulados: sólo es posible solicitar la nulidad por los motivos expresamente previstos en la ley (principio de taxatividad)²; quien alega la configuración de un vicio enervante debe especificar la causal que invoca y señalar los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya (principio de acreditación); no puede deprecarla en su beneficio el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del yerro invalidante, salvo el caso de ausencia de defensa técnica (principio de protección); aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (principio de convalidación); no procede la invalidación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa (principio de instrumentalidad); quien alegue la rescisión tiene la obligación indeclinable de demostrar no sólo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino que ésta afecta de manera real y cierta las bases fundamentales del debido proceso o las garantías constitucionales (principio de trascendencia) y, además, que para enmendar el agravio no existe remedio procesal distinto a la declaratoria de nulidad (principio de residualidad).

Pues bien, así las cosas, resulta claro que todo aquel que invoque una nulidad por violación al derecho de defensa y al debido proceso tiene la carga argumentativa de plantear la trascendencia de la irregularidad que

¹ Cfr. Entre otras, sentencias de 18 de noviembre de 2008 y 18 de marzo de 2009, radicaciones 30539 y 30710, respectivamente.

² Tal principio está contemplado en la Ley 906 de 2004, artículo 458. Y de acuerdo con la misma normatividad las circunstancias enervantes son: la nulidad derivada de la prueba ilícita y cláusula de exclusión (artículos 23 y 455 ib.); la nulidad por incompetencia del juez (artículo 456 ib.); y la nulidad por violación a garantías fundamentales: derecho a la defensa y debido proceso, en aspectos sustanciales (artículo 457 ib.).

Procesado: ADAN ANTONIO VARGAS QUINTANA y OTROS

Delito: HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO y DESAPARICIÓN FORZADA

Radicado No. 23001 31 07 001 2015 00051 00

considera sustancial, precisando de qué manera se le menoscabó el derecho de defensa o se trastocó la estructura del proceso penal.

En este caso, no encuentra el tribunal irregularidad alguna que pueda viciar el proceso de nulidad, por el hecho de que no se haya planteado formalmente un conflicto de competencia por parte del instructor de la jurisdicción Penal Militar. Pues si consideró que el asunto no era de su resorte, luego de la intervención de la fiscalía en el caso, procediendo remitir las actuaciones al ente acusador, y el fiscal en forma pasiva no se opone y asume la investigación, que afectación al debido proceso o al derecho de defensa puede haber si a todas luces, dada la naturaleza de los hechos investigados, el asunto compete a la jurisdicción ordinaria.

Además, como se dijo al negar lo solicitado, el envío de las actuaciones a la jurisdicción ordinaria fue un acto de trámite, contra el mismo no procedía recurso alguno, tampoco la ley exige que se haga prolija argumentación para ello. En otras palabras, no es necesario ni de la esencia del proceso penal que se plantee o se traben conflictos de competencia para efectos de cambiar un proceso de un despacho a otro; de tal manera que si las actuaciones son remitidas y el despacho receptor las acepta por considerar que le asiste razón a quien las envió, como en efecto así es, ello no puede considerarse jamás un acto irregular y violatorio del debido proceso.

Resulta extraño, por decir lo menos, que a estas alturas, pese a lo decantado por la doctrina y la jurisprudencia nacional en lo que tiene que ver con los principios que rigen la declaratoria de las nulidades, se invoque por la defensa dicho remedio extremo.

Por lo anterior el Tribunal confirmará la negativa de declarar la nulidad del presente proceso.

Procesado: ADAN ANTONIO VARGAS QUINTANA y OTROS

Delito: HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO y DESAPARICIÓN FORZADA

Radicado No. 23001 31 07 001 2015 00051 00

Procedencia del recurso de apelación contra el auto que ordena prueba, en procesos regidos por la ley 600 de 2000:

Es necesario resaltar que los modelos procesales penales que en forma paralela actualmente rigen en Colombia (ley 600 de 2000 y 906 de 2004) imponen al juez roles diferentes y le dan un tratamiento disímil a la prueba en general. Pues mientras que la ley 600 le permite al juez ordenar prueba de oficio y procurar la determinación de la verdad real, averiguando con igual celo lo favorable y lo desfavorable al procesado (Art. 234) en la ley 906 le está prohibido todo lo anterior, pues el Art. 361 tajantemente le prohíbe el juez ordenar prueba de oficio; el juez no procura la verdad real, son las pruebas descubiertas, enunciadas y solicitadas por las partes las que, si se decretan y debaten en juicio, tienen por finalidad llevar el conocimiento al juzgador (Art. 372).

Por lo anterior cuando el juez toma la decisión de ordenar la práctica de pruebas que fueron previamente solicitadas por alguno de los sujetos procesales, en un proceso regido por la ley 600 de 2000, no lo hace como un tercero absolutamente ajeno a las resultas del juicio, dado que es su deber legal buscar la determinación de la verdad real, al punto que dicha prueba de no haber sido solicitada el juez bien pudo ordenarla de oficio sin que nada se lo impidiera.

Por ello, como es apenas lógico, no tienen cabida cuestionamientos a la decisión del juez que dispone la práctica de determinada prueba, siempre que ello ocurra en el marco de la ley 600 de 2000. Lo cual no puede predicarse, claro está, en tratándose de procesos gobernados por la ley 906 de 2004, en el cual el juez de conocimiento cumple un rol muy distinto en materia de prueba, como ya se señaló con antelación. En consecuencia, las citas jurisprudenciales de la Honorable Corte Suprema de Justicia que hace la fiscalía, para efectos de sustentar su tesis de la procedencia del recurso de apelación contra la providencia que ordena prueba en el juicio, no puede tener aplicación cuando se trata de la ley 600 de 2000.

Procesado: ADAN ANTONIO VARGAS QUINTANA y OTROS

Delito: HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO y DESAPARICIÓN FORZADA

Radicado No. 23001 31 07 001 2015 00051 00

En efecto, la Corte Suprema llega a la conclusión de que es apelable el auto que ordena pruebas precisamente teniendo en cuenta la dinámica del sistema acusatorio implementado por la ley 906 de 2004. Así se expresó:

“Un nuevo análisis del tema, lleva a la Sala a reconsiderar esta postura, y adoptar como postulado jurisprudencial que el recurso de apelación procede no solo contra las decisiones que niegan la práctica de la prueba (trátense de exclusión, inadmisión o rechazo), sino también contra las que ordenan su aducción, admisión o aceptación, y que la concesión del recurso debe hacerse en el efecto suspensivo.

*Esto, **atendiendo a una interpretación sistemática del modelo de enjuiciamiento acusatorio, comprensiva de un estudio correlacionado de los artículos 20 y 359 con los artículos 176, 177 y 363** ejusdem, como también del papel que debe cumplir la audiencia preparatoria en este sistema y la necesidad de asegurar la realización de los principios de depuración y eficacia probatoria.*

El artículo 176, en su inciso tercero, establece, en el carácter de cláusula general, que el recurso de apelación procede contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, salvo las excepciones legales, dando de esta manera cabida a la segunda instancia a todas las decisiones que cumplan tres condiciones, (i) que tengan la naturaleza de auto, (ii) que hayan sido dictadas en el curso de una audiencia, y (iii) que el recurso no esté exceptuado por la ley.

Las decisiones que deciden sobre la exclusión, admisión, rechazo o práctica de pruebas tienen a no dudarlo la condición de autos, entendidos por tales los que resuelven algún incidente o un aspecto sustancial, de acuerdo con la definición que de ellos trae el artículo 161 ejusdem, en cuanto se erigen en expresiones del derecho a probar y a la controversia probatoria, previsto en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

El artículo 177, por su parte, en su primer inciso, incluye como decisión susceptible de ser apelada en el efecto suspensivo, el auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral (estipulación cuarta), pero también, el auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral (estipulación quinta), sin hacer distinciones sobre el sentido de la decisión, previsión esta última de la que se

Procesado: ADAN ANTONIO VARGAS QUINTANA y OTROS

Delito: HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO y DESAPARICIÓN FORZADA

Radicado No. 23001 31 07 001 2015 00051 00

sigue que la apelación procede en ambos casos, es decir, cuando se ordena o niega su exclusión.

El mismo precepto, en el inciso segundo, incluye como decisión contra la que procede el recurso de apelación en el efecto devolutivo, el auto que admite la práctica de la prueba anticipada (estipulación sexta), precepto del que igualmente se establece que la regla acogida por los estatutos procesales anteriores, en los que el derecho de impugnación solo procedía contra las decisiones que negaban pruebas, no es la que preside el modelo de enjuiciamiento acusatorio.

"Esta nueva orientación se reitera en el artículo 363, que consagra como motivo de suspensión de la audiencia preparatoria, el trámite de la apelación de las decisiones relativas a las pruebas, hasta cuando el superior jerárquico resuelva, expresión que, al igual que las anteriores, no distingue entre el sentido de la decisión, resultando comprensiva tanto de las decisiones que niegan como de las que autorizan.

"Dicha variante encuentra su razón de ser en el carácter esencialmente adversarial del nuevo sistema, que determina que la iniciativa probatoria se concentre en cabeza de las partes (ente acusador y defensa), con exclusión del juez, quien asume la condición de árbitro, y que ambas tengan derecho no solo en que se incluyan o practiquen las pruebas que aducen en apoyo de su teoría del caso, sino de oponerse a las que postula la parte contraria. (Negrillas son de la Sala)

Es claro entonces, sin lugar a dudas, que la postura de la Honorable Corte Suprema de Justicia, que desde siempre consideró que no era apelable el auto que decreta pruebas, obedece a una interpretación sistemática de las reglas previstas en el nuevo sistema acusatorio de cara al rol que cumple el juez en la novedosa legislación procesal penal. Por ello, se repite, no puede seguirse dicha jurisprudencia para el mismo tema en los procesos rituados por la ley 600 de 2000.

En conclusión, en la sistemática de la ley 600 de 2000, el recurso de apelación en contra del auto que ordena pruebas no es apelable. Por consiguiente la Sala no examinará los argumentos de la Fiscalía y el Representante de la parte civil que se oponen a las pruebas decretadas.

Procesado: ADAN ANTONIO VARGAS QUINTANA y OTROS

Delito: HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO y DESAPARICIÓN FORZADA

Radicado No. 23001 31 07 001 2015 00051 00

En este aspecto se confirmará el auto recurrido. Pues el recurso de apelación debió denegarse.

La repetición de testimonios en el juicio:

En cuanto al tercer problema jurídico planteado, esto es, establecer si hay lugar a decretar una prueba testimonial para el juicio, cuando en la etapa instructiva fue recepcionado en varias oportunidades dicho testimonio, la Sala encuentra que le asiste razón a la juzgadora de primera instancia, puesto que el Art. 401 de la ley 600 de 2000 es clara al precisar que en la audiencia preparatoria, se resolverá sobre las **"pruebas a practicar en la audiencia pública, incluyendo la repetición de aquellas que los sujetos procesales no tuvieron posibilidad jurídica de controvertir"**.

Es decir, no es repetir por repetir a petición de los sujetos procesales, con lo cual se genera un doble desgaste de la administración de justicia, el legislador condicionó dicha repetición a que los sujetos procesales no hayan tenido la oportunidad jurídica de controvertir. De tal suerte que un testimonio ya recepcionado, incluso cuya ampliación del mismo se ha producido en la investigación, en donde los sujetos procesales pudieron intervenir con todas las garantías, no tiene por qué repetirse en el juicio solo porque una de las partes lo solicite con el argumento que el testigo tiene más para agregar a todo lo dicho.

La norma en cita tiene razón de ser en el esquema procesal de la ley 600 de 2000, debido a que en éste opera el principio de permanencia de la prueba, por ello, entre otras eventualidades, es perfectamente utilizable por el sentenciador el testimonio que fue recepcionado durante la investigación previa que se adelantaba contra desconocido, caso en el cual los sujetos procesales que no estaban acreditados en esas actuaciones bien pueden solicitar al juez en la audiencia preparatoria que repita en el juicio dicho testimonio, para tener la oportunidad de controvertirlo, puesto que

Procesado: ADAN ANTONIO VARGAS QUINTANA y OTROS

Delito: HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO y DESAPARICIÓN FORZADA

Radicado No. 23001 31 07 001 2015 00051 00

era jurídicamente imposible hacerlo para el momento en que se practicó la prueba.

Ahora, no se trata de que si uno de los sujetos procesales no pudo o no quiso asistir a la práctica del testimonio ya sea en la investigación previa o en la etapa de instrucción, quede habilitado para solicitar su repetición en el juicio. Tampoco opera para cuando un nuevo profesional reemplaza a quien venía representando a una de las partes o intervinientes, pues se predica la figura del sujeto procesal como unidad, por ejemplo un fiscal que practicó el testimonio en la etapa de instrucción es reemplazado por otro para actuar en el juzgamiento, no puede solicitar la repetición del testimonio debido a que él no lo controvertió. Lo propio se predica de la defensa y demás.

Ahora, como aquí se trata de repetir el testimonio del señor DANIEL ALEJANDRO SERNA (Alias KENER) es porque supuestamente tiene más información que suministrar sobre los hechos, tales como que realmente no se trataba de turistas las víctimas sino que pertenecían a organizaciones criminales, ello no es novedoso, ya dicho testigo en su testimonio rendido el día 9 de agosto de 2010, visible de folio 243 al 251 del cuaderno No. 5, se había referido en esos términos a las víctimas (Palomo y la novia) que se fueron de paseo hasta la zona costanera de Puerto Escondido y estando en una cabaña en aquel lugar, llegó el ejército y los sacó resultando muerto el muchacho Palomo y desaparecida su novia. Por ello resulta inane aclarar si se les cataloga como miembros de una banda criminal o como turistas o si se quiere miembros de una organización criminal que estaban de turistas.

En la ampliación de su testimonio visible a folio 282 del cuaderno numero 9 no se desprende nada extraordinario que amerite volver llamar al testigo al juicio. Sin embargo, debe aclararse, si la juez en aquel momento decide ordenar repetir dicha prueba testimonial bien podía hacerlo, por la potestad que tiene de decretar prueba de oficio.

Procesado: ADAN ANTONIO VARGAS QUINTANA y OTROS

Delito: HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO y DESAPARICIÓN FORZADA

Radicado No. 23001 31 07 001 2015 00051 00

Se confirmará el auto recurrido en cuanto a la negativa de ordenar el testimonio del señor DANIEL ALEJANDRO SERNA - Alias KENER- por las razones expuestas en precedencia.

La negativa de ordenar la Inspección Judicial.

Considera la Sala que los argumentos esgrimidos para solicitar la inspección judicial no resultan de recibo, aun con la aclaración que se hace en la sustentación del recurso de apelación, en el sentido de que no se trata de una reconstrucción de los hechos y solo se pretende medir distancias y tiempos.

Esto fue lo que se solicitó por la defensa que hoy apela:

"Muy comedidamente me permito solicitar a la Señora Juez, se ordene a funcionario de policía judicial, a manera de diligencia de inspección, efectuar en condiciones similares a las descritas por los procesados en sus indagatorias y demás salidas procesales, esto es a bordo de un vehículo tipo NPR y de noche (solicitando para ello de considerarse necesario apoyo del Ejército Nacional), el desplazamiento que según los encartados realizaron esa noche del 15 de agosto de 2007 desde que saliera del batallón hasta llegar al lugar en donde fueron desembarcados en el lugar conocido como la Apartada de Canalete.

Así mismo, se deberá realizar desplazamiento desde el lugar de Apartada de Canalete (y ubicarlo mediante plano o mapa) hasta el sitio conocido como cabaña El Paraíso ubicado en el corregimiento de Puerto Escondido, Córdoba.

El objeto de los desplazamientos anteriores será entonces establecer las distancias existentes entre y uno sitio, y el tiempo que toma realizar dicho movimiento en una NP.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la Fiscalía ha desechado las explicaciones de los procesados, omitiendo en su valoración probatoria el trascendental hecho de la ubicación geográfica de uno y otro lugar entre sí y de estos respecto del Batallón Junín, de donde partieron los militares la noche de los hechos".

Procesado: ADAN ANTONIO VARGAS QUINTANA y OTROS

Delito: HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO y DESAPARICIÓN FORZADA

Radicado No. 23001 31 07 001 2015 00051 00

Tal como está planteada la inspección en verdad es una reconstrucción parcial de los hechos, cuyo propósito no es recoger información sobre rastros o vestigios de la operación, lo cual no sería posible dado el transcurso del tiempo. Sin embargo no encuentra el Tribunal qué utilidad puede tener para el proceso hacer esa reconstrucción parcial, si de acuerdo con lo probado y narrado por los mismos militares la operación empezó desde las 19 horas, al salir desde Montería hasta la apartada de Canalete y luego se extendió a otro lugar donde supuestamente hubo el enfrentamiento, siendo aproximadamente las dos de la madrugada del día siguiente, tiempo más que suficiente para que un vehículo se desplace a Puerto Escondido y regrese al lugar de los hechos. El defensor en su petición de la inspección no ha planteado que resultaba imposible hacer dicho desplazamiento teniendo en cuenta las distancias. Pues resulta un hecho notorio de público conocimiento y de fácil comprobación en cualquier mapa del departamento, disponible hoy en internet, por tanto de fácil consulta, que la apartada de Canalete se encuentra en la carretera que de Montería conduce a Arboletes, a pocos kilómetros de distancia y que Puerto Escondido está a menos de sesenta kilómetros de Montería, debiendo pasar por la apartada de Canalete, así como que como la escena del enfrentamiento también se encuentra en la misma margen izquierda del río Sinú, según las coordenadas sentadas en el informe del operativo.

No ve el Tribunal que luz puede arrojar dicha inspección – reconstrucción parcial de los hechos – en relación con el objeto de la investigación y especialmente lo relativo a la responsabilidad de los procesados atribuida por la fiscalía.

Pues bien, como se puede ver, el Tribunal confirmará íntegramente el auto recurrido objeto de apelación.

Procesado: ADAN ANTONIO VARGAS QUINTANA y OTROS
Delito: HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO y DESAPARICIÓN FORZADA
Radicado No. 23001 31 07 001 2015 00051 00

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERIA, EN SALA PENAL DE DECISIÓN,**

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR, el auto de fecha, naturaleza y origen anotados, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO.- Contra esta providencia no procede recurso alguno.

TERCERO.- Las partes quedan notificadas en estrado.

CUARTO.- Devuélvase la carpeta al lugar de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MANUEL FIDENCIO TORRES GALEANO

Magistrado ponente

VICTOR RAMÓN DIZ CASTRO

Magistrado

LIA CRISTINA OJEDA YEPES

Magistrada

EVA PATRICIA GARCÉS CARRASCO

Secretaria