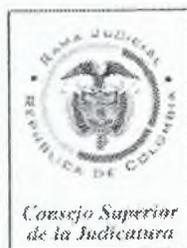


Arce 4/15



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA PRIMERA DE DECISIÓN PENAL

Neiva, miércoles cuatro (4) de marzo de dos mil quince (2015)

Aprobado Acta No. 0270

Magistrado Ponente: JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS

2012 00004 01

I. ASUNTO

Derrotada la ponencia presentada por el Magistrado Doctor Álvaro Arce Tovar, mediante la cual se confirmaba el fallo recurrido, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra la sentencia proferida el dos (2) de agosto del año 2013¹ por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Garzón, absolviendo a ANDRÉS ALBEIMAR RIVERA SÁNCHEZ del cargo de *homicidio en persona protegida* por el cual fuera acusado en su momento.

II. ANTECEDENTES

A. HECHOS

Según se infiere de la actuación, siendo aproximadamente las 19:00 horas del 25 de diciembre del año 2005, sobre la carretera que pasa por el corregimiento La Gran Vía, más concretamente en el sitio denominado "La Bodega", jurisdicción rural del municipio de Gigante; militares pertenecientes a

¹ Pasó al Despacho el pasado 27 de enero de 2015 -f. 4 C. Tribunal -.

la escuadra al mando del Cabo Tercero Wilson Muñoz Pérez, entre ellos, el soldado Andrés Albeimar Rivera Sánchez, abatieron con armas de fuego al señor Nidio Perdomo Triviño, habiendo recibido un disparo efectuado a distancia inferior a 1.20 metros, el cual ingresó por el paladar y salió por región parieto-occipital del cráneo. En poder del poder del civil fue hallado un revólver y una granada de fragmentación.

B. ACTUACIÓN PROCESAL

Con auto calendarado el 8 de febrero de 2006, la Fiscalía Veintiuno Seccional de Garzón ordenó remitir las diligencias por competencia al Juzgado de Instrucción Penal Militar con sede en Batallón Magdalena de Pitalito – f. 40 C. 1 –.

El 25 de enero del año 2006 el Juzgado 65 de Instrucción Penal Militar abrió indagación preliminar por el homicidio de Nidio Perdomo Triviño y dispuso la práctica de varias pruebas y diligencias – fs. 64 y 65 C 1 –.

El 10 de marzo de 2009 el Juzgado 65 de Instrucción Penal Militar con Sede en Garzón, con fundamento en las pruebas recaudadas hasta ese momento, dispuso enviar las diligencias a la Fiscalía 76 Especializada de la Unidad Nacional de DH – DIH para lo de su competencia – fs. 120 y 121 C. 1 –.

El 14 de julio del año 2009 la Fiscalía 76 Especializada de la Unidad Nacional de DIH y DH acogió los planteamientos consignados en el precitado auto de la Justicia Penal Militar y avocó el conocimiento de la investigación preliminar en averiguación de responsables por el homicidio de Perdomo Triviño, ordenando la evacuación de variadas pruebas – fs. 137 y 138 C. 1 –.

Con resolución fechada el 30 de noviembre del año 2010 la Fiscalía 65 Especializada de Unidad Nacional de DH – DIH, declaró la apertura de

instrucción contra Javier Mauricio Fajardo Rincón, Wilson Ferney Pérez Muñoz, ANDRÉS ALBEIMAR RIVERA SÁNCHEZ, César Milton Leal Lozada, Willinton Espinosa Baquero, Jesús Cáceres Muñoz, Gonzalo Andrade Cuspían y Luis Erney Marín Brochero, por el *homicidio* de Nidio Perdomo Triviño, disponiendo citarlos mediante auto posterior a fin de escucharlos en indagatoria – fs. 1 y 2 C. 2 –.

El 18 de enero del año 2011 la Fiscalía ordenó precluir la investigación penal seguida contra Gonzalo Andrade Cuspían al no poderse continuar la acción penal en razón a su muerte – fs. 42 y 43 –.

Mediante auto del 22 de febrero del año 2011 la Fiscalía dispuso escuchar en indagatoria a Javier Mauricio Fajardo Rincón, Wilson Ferney Pérez Muñoz, ANDRÉS ALBEIMAR RIVERA SÁNCHEZ, César Milton Leal Lozada, Willinton Espinosa Baquero, Jesús Cáceres Muñoz y Luis Erney Marín Brochero – f. 92 C 2 –.

Cumplido el anterior propósito, el 5 de mayo de 2011 la Fiscalía resolvió la situación jurídica de los procesados Willinton Espinosa Baquero, Jesús Arley Cáceres Muñoz, César Milton Leal Losada, ANDRÉS ALBEIRO RIVERA SÁNCHEZ y Javier Mauricio Fajardo Rincón, absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento a éste último y a Jesús Arley Cáceres Muñoz, precluyendo la investigación a favor de Espinosa Baquero y Leal Losada y cobijando con detención preventiva a RIVERA SÁNCHEZ en calidad de coautor del delito de *homicidio en persona protegida* – fs. 217 a 233 C 2 –.

Recurrida en apelación la anterior resolución, el 10 de junio de 2011 la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal de Neiva revocó su numeral 3º para en su lugar ordenar se continuara la investigación contra Willinton Espinosa y César Milton Leal, confirmándola en sus demás ordenamientos.

El 8 de julio de 2011 el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Garzón declaró infundado el control de legalidad propuesto por el defensor del acusado Andrés Albeimar Rivera Sánchez – fs. 30 a 44 C. C.L. –.

Ejecutoriado el auto parcial de cierre de investigación, el 7 de octubre de 2011 la Fiscalía 76 Especializada de la Unidad Nacional de DH - DIH calificó el mérito probatorio del sumario adelantado contra ANDRÉS ALBEIMAR RIVERA SÁNCHEZ, formulándose acusación en calidad de coautor de la conducta punible de *homicidio en persona protegida* por el deceso de Nidio Perdomo Triviño, disponiendo la ruptura de la unidad procesal – fs. 128 a 146 C. 3 –.

La anterior resolución acusatoria fue íntegramente confirmada el 5 de diciembre del año 2011 por la Fiscalía Tercera Delegada ante esta Colegiatura – fs. 187 a 196 C 3 –.

En firme la acusación, el asunto fue repartido al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Garzón, despacho que mediante auto del 16 de enero de 2012 se declaró impedido para avocar su conocimiento, con fundamento en la causal prevista en el numeral 6º del artículo 99 de la Ley 600 de 2000, por haberse pronunciado en torno a los hechos materia de juzgamiento al resolver el control de legalidad planteado por el acusado Rivera Sánchez – fs. 201 a 203 C 3 –.

No aceptada la referida manifestación por parte del titular del Juzgado Primero Penal del Circuito de Garzón, la actuación fue remitida para lo de su cargo al Tribunal, quien a través de providencia calendada el 21 de enero de 2012 declaró fundado el impedimento expresado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Garzón y le asignó a su homólogo del Primero el conocimiento del proceso – fs. 214 a 219 –.

Vencido el término del traslado indicado en el artículo 400 del Código de Procedimiento Penal – f. 238 C. 4 –, el 22 de marzo de 2012 se surtió la

audiencia preparatoria en cuyo trámite se negó la solicitud de nulidad planteada por el defensor y se decretó la práctica probatoria – fs. 242 a 247 –.

El 20 de abril de 2012 se negó la petición de libertad provisional elevada por el acusado Andrés Albeimar Rivera Sánchez – fs. 293 y 294 C. 4 –. Idéntico pronunciamiento se dio el 19 de junio siguiente – fs. 330 y 331 –.

Atendiendo solicitud elevada por el defensor del encartado, mediante auto del 5 de febrero del año 2013 el Juzgado declaró la nulidad de la diligencia de inspección judicial realizada el 29 de abril de 2011, el informe fechado el 30 de abril del mismo año y rendido por el perito balístico Antonio Sánchez Mora, los dibujos topográficos anexos, y la descripción de trayectoria de proyectiles sobre la figura de cuerpo humano – fs. 438 a 444 C. 4 –.

Luego de varias sesiones, el 29 de mayo de 2013 se logró concluir la audiencia pública y el 2 de agosto del mismo año se profirió la sentencia materia de apelación – fs. 499 a 530 C. 4 –.

III. LA SENTENCIA

Evocados los hechos según resumen contenido en la resolución acusatoria, identificado el encartado, relacionada la actuación procesal relevante, y sintetizados los alegatos finales de las partes, el *A quo* luego de traer a colación jurisprudencia sobre la naturaleza de la conducta de punible objeto de juzgamiento y resumir el contenido de las pruebas practicadas, se refirió a la ausencia de prueba testimonial sobre el vínculo de Nidio Perdomo Triviño con las FARC, la posibilidad de haber ido con un parrillero en su moto al momento de los hechos, y a la falta de prueba a fin de establecer si el arma incautada fue o no disparada, sin embargo, declaró ser un hecho cierto lo expresado por los militares, pues ello nunca fue refutado, en el sentido de haber sido víctimas de los disparos

efectuados con arma de fuego por un sujeto cuando en cumplimiento de sus funciones le hicieron el alto para someterlo a requisa.

Adicionalmente expresó ser un hecho evidente que los soldados actuaron en legítima defensa al repeler el ataque emprendido contra ellos desde la motocicleta por parte de Nidio Perdomo y su acompañante, habiendo los militares hecho uso legítimo de sus armas a fin de salvaguardar sus vidas e integridades personales ante la agresión de la cual fueron víctimas como integrantes del Ejército Colombiano.

De otro lado, si bien admitió la presencia de un indicio grave sobre la presunta ejecución extrajudicial de Nidio Perdomo Triviño, pues el disparo que ingresó por su paladar se efectuó a corta distancia, negó tal posibilidad, argumento no ser suficiente ese solo elemento para tener certeza sobre las reales circunstancias de ocurrencia del homicidio y convicción plena sobre la responsabilidad del acusado, máxime si fuera del informe de patología no existe otra prueba que confirme que Perdomo Triviño fue ejecutado estando en el piso y que el primer disparo lo recibió en su pierna y el siguiente en el paladar, pues tampoco se puede descartar la ocurrencia simultánea de las mismas.

Calificó de imprecisa y especulativa la opinión del perito sobre lo que pudo haber ocurrido, cuando expresó que el disparo en la pierna se dio para inmovilizarlo y luego producirle la herida en la boca, pues si la intención del agente hubiera sido letal, habría apuntado a una parte vital del cuerpo.

Consideró posible la trayectoria ínfero superior del proyectil ingresado por el paladar de la víctima, pues bien pudo Triviño estar de pie y el militar que disparó en posición de cúbito y en un plano inferior.

Descartó la coautoría, aduciendo básicamente la carencia de certeza en torno a que en este caso todos los soldados de la respectiva escuadra se pusieron de

acuerdo en forma deliberada para dispararle el señor Perdomo Triviño, habiendo sido más un acto propio del fragor del combate. Además, no se probó cual fue el fusil desde donde se disparó el proyectil causante de la muerte.

Con fundamento esencialmente en lo antes resumido, el Juzgador de instancia tras insistir en la ausencia de certeza sobre la responsabilidad penal como elemento imprescindible para derruir la presunción de inocencia prevista en el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, esto es, existiendo duda respecto de si fue Andrés Albeimar Rivera Sánchez quien ultimó o no a Nidio Perdomo Triviño, como de su participación dolosa en los hechos, decidió absolverlo del cargo de *homicidio en persona protegida* por el cual fuera acusado, ordenando su inmediata libertad.

IV. LA APELACIÓN

La Fiscalía 76 Especializada de Unidad Nacional de DH – DIH empezó poniendo de presente que la documentación militar allegada a fin de amparar la operación militar y así legalizar la baja de Nidio Perdomo, no presta mayor credibilidad, pues ni siquiera el acta de munición gastada y el uso de la bengala usada, corresponden a la realidad, según lo confirmaron los propios militares, pues incluso ésta última corresponde a hechos ocurridos 11 meses atrás.

Se mostró inconforme con la valoración efectuada al protocolo de necropsia, según el cual, el orificio de entrada del proyectil fue en el paladar, con trayectoria ínfero – superior, es decir, el disparo se realizó cuando Nidio Perdomo se hallaba acostado y con la boca abierta, pues de lo contrario habrían resultado afectados el maxilar inferior, mentón y tráquea; además, si los incisivos centrales resultaron comprometidos, es indicativo de haberse introducido la trompetilla del fusil en la cavidad bucal de la víctima, lo cual explica la ubicación del orificio de salida a la altura de la región parietal media. Resaltó no ser este resultado propio de un

combate, enfrentamiento u hostigamiento, sino del deseo de segar la vida de una persona.

Destacó que el soldado Andrés Albeimar Rivera Sánchez no era el único militar presente en la escena de los hechos, pues junto a él se encontraban cuatro unidades militares más cumpliendo una misión, la cual no era la de acabar con la existencia de un transeúnte colombiano.

Con fundamento en jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, estimó que en el presente caso hubo un acuerdo implícito de voluntades, según lo dejan entrever las indagatorias y pruebas periciales, pues el mismo Rivera Sánchez aunque inicialmente señaló que el intercambio de disparos se dio entre el Soldado Andrade (q.e.p.d.) y el sujeto dado de baja, terminó admitiendo haber accionado igualmente su arma.

Refirió que si bien no se logró determinar cuál de las armas portadas por los militares causó el deceso, lo cierto es que Rivera portaba una de calibre 5.56 y admitió haber disparado.

Por lo anterior, la representante del ente acusador reclamó del Tribunal la revocatoria del fallo absolutorio para que en su lugar se profiera condena contra Andrés Albeimar Rivera Sánchez en calidad de coautor del delito por el cual fue acusado.

V. CONSIDERACIONES

Atendiendo los cuestionamientos en torno a los cuales giró la apelación interpuesta por la Fiscalía, esto es, la alegada equívoca valoración probatoria sobre la cual se afianzó la sentencia absolutoria, procede la Sala a resolver la alzada.

A. Como el *a quo* admitió lo atinente a la corta distancia desde la cual se disparó el proyectil que ingresó por la cavidad bucal de la víctima, pero dejó en duda si el mismo se produjo bajo las condiciones planteadas por la Fiscalía, esto es, fuera de combate; la Sala abordará el análisis crítico y en conjunto de las probanzas practicadas a efectos de resolver éste medular problema jurídico.

Pese a lo anterior, es decir, la no controversia sobre la reducida distancia desde la cual se accionó el arma de fuego que ingresó por el paladar del hoy interfecto y salió por la parte posterior del cráneo, la Sala se permite transcribir lo descrito sobre el asunto por el médico legista: "IV. DESCRIPCIÓN ESPECIAL DE LESIONES (...) 1.1. Orificio de Entrada: herida de 1 cm de diámetro en paladar, con fractura del mismo, incisivos centrales, con tatuaje en cara y tórax tercio superior anterior, disperso. 1.2. Orificio de Salida: herida de 1,5 ms de diámetro, de bordes evertidos, con salida de masa encefálica, en región parietal con línea media" – f. 37 C=1 –. Además, en el capítulo denominado "Discusión" de este mismo informe del legista llegó a la siguiente conclusión: "Lo encontrado en la necropsia, orificio de entrada a nivel del paladar y el tatuaje disperso en cara, corresponde a un tiro a corta distancia, donde la pólvora que sale de la boca del arma sin combustionar, penetra en la piel y característicamente estas marcas permanecen aún lavado el cadáver" – f. 38 C=1 –.

En cuanto a la prueba diversa a la técnica o científica, empiécese por recordar como en la declaración ofrecida el 9 de enero de 2006 ante una autoridad militar, el SP Andrés Albeimar Rivera Sánchez, es decir, pocos días después de los hechos aquí juzgados – 25 de diciembre de 2005 –, interrogado sobre la ocurrencia de los mismos, manifestó haberse tratado de una reacción defensiva ante el ataque desplegado por dos sujetos que se movilizaban en una motocicleta. Precisó haber disparado contra el blanco a una distancia entre 20 y 25 metros –. Sobre los anteriores temas el testigo expresó: "(...) cuando veníamos saliendo a la vía vimos que venía una moto, entonces mi cabo me dio

la orden que la parar (sic), entonces yo salí a la vía, le hice el pare y le silbe (sic), ahí el que venía manejando le bajo (sic) la velocidad a la moto y se me tiraron de la moto y me empezaron a disparar en varias ocasiones, fue cuando yo me tire (sic) a una lado para cubrirme de los disparos y fue cuando todos reaccionamos con fuego ya que los demás soldados se encontraban cerca de mi (...)" – f. 101 C. 1 –.

Este mismo Soldado, el 22 de marzo del año 2011, o sea, años después de fallecido el soldado Andrade Cuspián Gonzalo, en la indagatoria rendida ante la Fiscalía 76 Especializada, sorprendentemente varió su originaria versión, pues en esta ocasión negó haber accionado de entrada su arma de fuego contra los presuntos agresores, señalando al difunto Andrade como el único autor de este primigenio actuar. Sobre el asunto manifestó: "(...) escuchamos que venía bajando una moto, mi Cabo Pérez me dio la orden de parar la moto, yo le hice el pare haciéndole señas y diciéndole Alto y le silbe (sic); la moto siguió bajando como para la "gran vía" y nos dispararon porque fue a mi (sic) y al que estaba al lado mío, era ANDRADE, yo reaccione (sic) tirandome (sic) al suelo y en ese momento yo no dispare (sic) y en ese momento hubo un intercambio de disparo entre (sic) ANDRADE y el sujeto de la moto (...)" – fs. 141 y 142 C. 2 –. En esta misma oportunidad, el procesado suministró importantes detalles nunca antes revelados, como por ejemplo, su precisa ubicación dentro de la escuadra, destacando que el hoy extinto Soldado Andrade la encabezaba, yendo él en un poco más atrás. Al respecto exclamó: "Yo iba de tercero y de puntero iba ANDRADE" – f. 142 C. 2 –.

El SLP César Milton Leal Lozada en su indagatoria expresó no haberse enterado directamente de lo sucedido la noche de autos, pues sólo escuchó los disparos, sin observar lo sucedido. Al respecto dijo: "(...) nos alistamos todos los de la primera escuadra y ahí fue donde nosotros escuchamos disparos, yo me quede (sic) en la parte alta con el soldado ESPINOSA, entonces yo no supe que paso (sic)" – f. 143 C. 2 –. Espinosa y él no dispararon – f. 144 ídem –.

En la indagatoria rendida el 23 de marzo de 2001 ante la Fiscalía por el SLP Jesús Arley Cáceres Muñoz, narró que a las 7:00 de la noche del 25 de diciembre de 2005 recibió la orden verbal del Teniente Fajardo de ir con el botiquín a atender una situación especial, consistente en intentar prestarle primeros auxilios a un señor que estaba a la orilla de la carretera, lo cual fue imposible en razón al fallecimiento del mismo – fs. 145 y 146 C. 2 –. Resulta por lo menos curioso que este testigo, cuyo rol en la tropa era la de enfermero, asegurara no haber visto impactos de bala en el cuerpo del civil dado de baja, en cambio, sí detalle de algunas de las prendas. No se explica en sana lógica cómo si su oficio era el de enfermero, y si esa noche se aproximó al hoy occiso y le palpó su pulso justo en la arteria yugular, no se hubiera percatado del orificio de entrada del impacto de bala sobre la cavidad oral? A fin de ilustrar lo antes sostenido se transcriben apartes de su injurada: “(...) me puse los guantes y le palpe (sic) la yugular para tomar el pulso y me di cuenta que ya no tenía (sic) y le informe (sic) al teniente que la persona estaba muerta (...)” – f. 145 C. 2 –. Luego a la pregunta de la Fiscalía acerca del sitio donde le vio impactos al cadáver, contestó: “Yo no le vi nada (...)” – f. 146 C. 2 –.

En indagatoria rendida el 23 de marzo de 2011 ante la Fiscalía, el SLP Willinton Espinosa Baquero, básicamente manifestó no haberse dado cuenta directamente de lo sucedido, pues solo escuchó los disparos y ni siquiera miró al occiso – fs. 153 y 154 C. 2 –.

Según testimonio vertido a la investigación el 24 de octubre de 2012 por Efraín Rojas, persona que estuvo cerca y horas antes de la muerte de Nidio Perdomo, aseguró no haberle visto arma alguna en su poder. Sobre el particular el testigo manifestó lo siguiente: “Yo estuve con él hasta las cuatro de la tarde y de ahí en adelante yo no se (sic), porque yo vi que NIDIO se fue con el cuñado ALFONSO para la vereda de Aguas Claras, no recuerdo la hora (...) No portaba armas” – f. 393 y 407 C. 4 –.

Pese a la declaratoria de nulidad decretada en éste proceso de la inspección judicial practicada al lugar de los hechos el 29 de abril de 2011 y el informe rendido por el perito balístico, en criterio de la Sala, la descripción efectuada por el médico legista de la herida cuyo orificio de entrada se ubicó en el paladar, fracturando los incisivos centrales y dejando tatuaje disperso en la cara y tercio superior del tórax – fs. 37 y 38 C. 1 –, y la respetable opinión del patólogo forense, sobre la improbabilidad de haberse ocasionado dicha lesión en un combate – f. 147 Vto. C. 1 –, impiden concederse credibilidad al pregonado ataque bélico protagonizado la noche de autos por una solitaria pareja contra una escuadra militar y la legítima reacción defensiva de los castrenses; máxime si en cuenta se tiene que los señalados agresores presuntamente portaban un revolver y una granada, en cambio los atacados eran varios soldados profesionales, debidamente formados o adiestrados para la guerra, dotados con armas de especial letalidad, y emboscados en cercanías a una vía rural del municipio de Gigante. Es que no resulta ser corriente u ordinario que un par de sujetos, admitiendo en gracia de discusión que en verdad lo fueron, pues no es normal la misteriosa huida de ese segundo sujeto en medio del dominio territorial de la milicia; en tan ostensible desventaja numérica y logística se hubieran atrevido en actitud casi suicida a enfrentar a una gruesa escuadra militar emboscada y con suficiente arsenal, ya que “se ubicaban en un lugar estratégico para atacar, sin poner en riesgo su propia integridad”². Sobre algunos de los anteriores particulares, en la declaración rendida el 9 de enero de 2006 en la investigación preliminar adelantada por las autoridades militares, el Subteniente Javier Fajardo Rincón expresó: “El día 25 de diciembre de dos mil cinco, me desplace (sic) como a las 05:00 horas aproximadamente con tres escuadras del segundo pelotón la cual esta (sic) bajo mi mando, para el Corregimiento de la Gran Vía jurisdicción del municipio de Gigante Huila, dejando en medio del sector conocido como la bodega y la Gran Vía, una **escuadra emboscada** al mando del señor Cabo Tercero PEREZ, con el fin de brindar seguridad en la parte alta y sirviera de apoyo alguna

² Alegatos precalificatorios del Ministerio Público – f. 121 C.3. O.-

situación especial que se presentara (...)” – f. 97 C. 1 –. (Negrilla fuera de texto)

Ahora, cómo explicar con sensatez el no uso de la granada de fragmentación presuntamente portada por Nidio Perdomo Triviño, contra los soldados destinatarios de su inequívoca agresión, si según lo permite inferir las expresiones de los militares y especialmente del acusado, quienes se movilizaban en la motocicleta actuaron con la unívoca intención o iban decididos a causarles daño? Por qué en vez de haber supuestamente accionado el revólver, los intrusos no empezaron el ataque lanzándoles a sus adversarios el referido letal explosivo? En torno a esa inconfundible embestida de los civiles contra los militares, en la indagatoria del 22 de marzo de 2011, Rivera Sánchez exclamó: “(...) yo le hice el pare haciéndole señas y diciéndoles Alto y silbe (sic); la moto siguió bajando como para “la gran vía” y nos dispararon porque fue a mi (sic) y al que estaba al lado mío, era ANDRADE, yo reaccione (sic) tirandome (sic) al suelo (sic) y en ese momento hubo un intercambio de disparo (...)” – fs. 141 y 142 C. 2 –.

Adicionalmente, llama la atención por no decir que causa sospecha, que ante los variados disparos presuntamente efectuados por Nidio Perdomo Triviño contra Andrés Albeimar Rivera Sánchez y sus demás acompañantes, ninguno de los militares hubiera resultado ligeramente herido. En relación con éste último particular, nótese que el Subteniente Javier Fajardo Rincón, en la declaración rendida ante la misma justicia castrense, a la pregunta acerca de si resultó personal militar o civil herido o muerto en el operativo de marras, respondió: “No solamente el sujeto dado de baja” – f. 98 C. 1 –. Frente al mismo interrogante, el SP Andrés Albeimar Rivera Sánchez contestó: “No solamente el sujeto dado de baja” – f. 102 C. 1 –. Además, en seria duda quedó lo atinente al uso del arma de fuego de Perdomo Triviño, pues el revólver incautado la noche de autos no fue sometido a prueba técnica destinada a establecer si

había sido o no disparado recientemente. Tampoco se efectuó prueba de absorción atómica a las manos de la víctima.

De otro lado, si los militares, y particularmente el acusado Rivera Sánchez, luego de escasos 15 días de la ocurrencia del lamentable hecho investigado, afirmó haberse encontrado a una distancia no menor a 20 ni mayor a 25 metros respecto del sujeto dado de baja – f. 101 C. 1 –; si según lo constató el legista al practicar la diligencia de necropsia al cadáver de quien en vida respondió al nombre de Nidio Perdomo Triviño, la herida ocasionada a la altura del paladar dejó tatuaje en rostro y tercio superior de tórax – f. 37 C. 1; y si con apoyo en dicha información técnica y por ende objetiva, el patólogo forense estimó que la referida lesión se produjo a una distancia inferior a 1.20 metros de distancia; contrario a la lógica resultaría admitir que la precitada herida se produjo como resultado y en medio de un sorpresivo cruce de disparos, pues le sería casi imposible a quien dispara un proyectil de arma de fuego de largo alcance en un agitado combate, hacer perfecto blanco en la cavidad oral de su adversario, ingresando la ojiva por el paladar y saliendo por la parte superior del occipital, ocasionando fractura solo en los dientes incisivos centrales pero dejando inocultable tatuaje de 15 centímetros de diámetro; siendo en su lugar una señal objetivamente denotativa de no haberse accionado el fusil a la distancia señalada por el acusado, sino casi que encima del cuerpo de la víctima. Adicionalmente, si en verdad la víctima fue abatida en legítima defensa en un enfrentamiento de la milicia con presuntos insurgentes, no resulta fácil explicar razonable y técnicamente la trayectoria ascendente del proyectil que ingresó por el paladar y salió por la región parieto-occipital del cavidad craneana de la mortal víctima, según lo muestra con nitidez la imagen anexa al protocolo de necropsia – f. 39 C. 1 –; máxime si de un lado, al penetrar por la boca únicamente fracturó los incisivos centrales, dejando en cambio un ostensible tatuaje en rostro y tercio superior del tórax, y de otro, si según se colige del relato efectuado por Rivera Sánchez en su indagatoria, los disparos contra el pregonado atacante se dieron luego de ignorar la señal de

pare o alto, sobrepasándolos en su motocicleta, es decir, en dirección postero-anterior, lo cual riñe con la realidad, pues la herida mortal se produjo por un proyectil que ingresó de frente a la víctima. Recuérdese lo dicho por el procesado en su diligencia de inquirir: “(...) mi Cabo Pérez me dio la orden de parar la moto, yo le hice el pare haciéndole señas y diciéndole Alta y silbe (sic); la moto siguió bajando como para la “gran vía” (...)” – f. 141 C. 2 –.

Obsecuente a la anterior motivación, la Sala se identifica en lo sustancial con la postura asumida por la Fiscalía Tercera Delegada ante esta Colegiatura al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de acusación proferida contra Andrés Albeimar Rivera Sánchez, en relación con el poder suasorio o confiabilidad de su versión. Recuérdese lo dicho por el ente acusador de segunda instancia en el referido momento procesal: “Lo primero que debemos de analizar es la necropsia practicada al occiso NIDIO, donde claramente se señala por el perito forense que recibió dos disparos (...) y otro a nivel del paladar que dejó tatuaje en la casa (sic), que nos indica claramente que el disparo fue a menos de 1.20 metros y de frente, que indica claramente que a la persona ultimada se le disparó a escasa distancia, por ello la tesis de la presencia del occiso cruzando y no realizando el pare en una moto, se torna no creíble y antes, por el contrario, que su retenida inicialmente que se le inmovilizó con un disparo en su pierna izquierda y luego se le dio muerte con un disparo en la cara, por ende, la tesis del implicado ANDRES ALBEIMAR no tiene credibilidad, teniendo en cuenta la experticia médico legal” – f. 193 C. 2 –.

En este orden de ideas, contrario a lo sostenido por el fallador de instancia, Nidio Perdomo no fue abatido por los disparos realizados en actitud legítima y defensiva de los militares, sino ajusticiado cuando se hallaba sobre el suelo y boca arriba; pues ésta tesis se apoya en la seria y fundamentada respuesta ofrecida por el patólogo del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, a la pregunta formulada por la Fiscalía en oficio 0291 de 2009 – f. 141 C. 1 –, acerca de si las lesiones con arma de fuego padecidas por Nidio

Perdomo Triviño se podían considerar como propias de un combate. La siguiente fue la respuesta dada al referido interrogante: *“Del análisis de los impactos producidos en la humanidad del occiso, podemos establecer que sufrió dos impactos por proyectil arma de fuego, uno en pierna izquierda que genera la inmovilización del occiso e impide su desplazamiento; el segundo, como lo bien lo indica el forense, determina la muerte del occiso y es ocasionado a corta distancia, menos de 1,20 metros; este patrón de lesiones es poco probable que se genere durante un combate, más indica una intensión (sic) de inmovilización previa y una posterior herida mortal a corta distancia, para determinar la lesión fatal del occiso”* – f. 146 C. 1 –. Además, la prueba relativa a la pregonada legítima defensa, se encuentra básicamente representada en las no confiables o creíbles versiones dadas por los militares acusados, como arriba quedara ilustrado.

Es que mientras lo dicho por el acusado en su inicial declaración y posterior indagatoria, no resiste su estudio crítico y en conjunto, pues según se indicó en líneas anteriores, contrario a la ciencia resulta pensar que un disparo con fusil realizado entre 20 y 25 metros de distancia deje en la cara de la víctima la huella denominada tatuaje, e ingrese con total precisión por la cavidad oral, fracturando levemente los incisivos centrales, destruyendo el paladar y demás estructuras internas del cráneo, y termine saliendo por la región parieto-occipital; lo dictaminado por el patólogo forense Carlos Enrique Quiñonez Montealegre, no obedeció a su personal o caprichosa opinión, sino a inferencias razonables, armónicas con el sentido común, y apoyadas en elementos materiales probatorios objetivos, como lo fue el protocolo de necropsia, según el cual, el ofendido recibió dos impactos de proyectil: uno en el paladar y otro en la pierna izquierda. El primero dejó tatuaje de disparo en la cara con un área de 15 centímetros de diámetro, con destrucción de la cavidad craneana y salida en región parietal. Adicionalmente, las conclusiones del éste patólogo partieron de los detalles consignados en el acta de inspección técnica del cadáver, en uno de cuyos apartes se plasmó la siguiente constancia: “Se

aprecian residuos de tierra seca en espalda y nivel de herida de muslo derecho”
– f. 26 C. 1 –.

Por lo anterior, la posición mayoritaria del Tribunal es acoger la objetiva opinión del patólogo forense, según la cual, el señor Perdomo Triviño debió haber recibido un inicial impacto de bala en su pierna izquierda, desplomándose de su velomotor sobre la vía, cayendo por el lado del muslo derecho, y quedando finalmente su espalda en contacto con el suelo, donde fue ultimado con disparo efectuado a corta distancia. Ello de alguna manera podría explicar la razón de haberse hallado residuos de arena o tierra seca sobre su lomo y muslo derecho.

- B. Pasando al estudio de la coautoría, dígase que si bien los militares involucrados en los hechos en los cuales perdió la vida Nidio Perdomo Triviño, entre ellos, el SP Andrés Albeimar Rivera, actuaban bajo el amparo de la misión táctica denominada “Halcón”, en la vereda La Gran vía del municipio de Gigante; voluntaria, mancomunada, armónica y complementariamente desviaron el propósito de la misión hacia la ilegalidad, acabando con la existencia del precitado señor, pero acordando así fuera tácitamente y concurrente con el mismo hecho, presentarlo externamente como resultado de una auténtica respuesta defensiva al ilegítimo ataque desplegado por dos sujetos, uno de ellos integrante de las FARC. Es que si nunca se presentó en la realidad el alegado combate, mal puede pretender se declare que la baja fue producto del fragor del mismo.

Ahora, el hecho de no haberse demostrado cual fue el fusil con el cual se dispararon los proyectiles causantes del deceso de la víctima, lejos está en constituirse en motivo para la absolución del acusado; pues para deducir responsabilidad penal en los casos de concurrencia de múltiples actores que obran con un mismo designio, basta con que cada cual realice una parte de los presupuestos fácticos de la conducta punible, pues de lo contrario esta

modalidad delictual estaría llamada a la total impunidad. Además, el mismo encartado desde su primera intervención procesal, reconoció haber disparado su arma de fuego contra la víctima en presunta actitud defensiva. Sobre el tema la Jurisprudencia ha dicho lo siguiente:

“(...) los actuales desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales se orientan por reconocer como característica de la denominada coautoría impropia, que cada uno de los sujetos intervinientes en el hecho punible no ejecutan integral y materialmente la conducta definida en el tipo, pero sí lo hacen prestando contribución objetiva a la consecución del resultado común en la que cada cual tiene el dominio funcional del hecho con división de trabajo, cumpliendo acuerdo expreso o tácito, sin que para la atribución de la responsabilidad resulte indispensable que cada interviniente lleve a cabo o ejecute la totalidad del supuesto fáctico contenido en el tipo penal o que sólo deba responder por el aporte realizado y desconectado del plan común (...)”³

Fuera de lo anterior, Rivera Sánchez hizo parte de la escuadra entre cuyos integrantes necesariamente debió haberse formado un acuerdo común, tácito o expreso para dar de baja a Perdomo Triviño, haciéndolo aparecer como producto de una confrontación armada surgida en cumplimiento de la misión estratégica Halcón, contando para dicho designio criminal con un codominio funcional, dada no solo la investidura ostentada, sino el control ejercido sobre el área donde se hallaban emboscados, realizando labores de inteligencia y seguridad; pues de lo contrario cómo se explicaría esa inicial uniformidad o coincidencia casi calcada en las declaraciones rendidas por los militares ante la justicia penal militar?

- C. Obsecuente a la anterior motivación, el fallo absolutorio de primera instancia será revocado para en su lugar proferir condena contra Andrés Albeimar Rivera Sánchez por la conducta punible por la cual fuera acusado por la Fiscalía, esto es, *homicidio en persona protegida*.

³ C.S.J. Cas. Penal. Sent. Ago. 21 de 2003. Rad. 19213. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

Lo anterior en razón a la indiscutible existencia del delito de homicidio del cual fuera víctima Nidio Perdomo Triviño (q.e.p.d.), según se acreditara cabalmente con el acta de inspección técnica a su cadáver – fs. 24 a 26 C. 1 –, el respectivo informe técnico de necropsia – fs. 35 a 39 C. 1 –, y el registro civil de defunción expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil – fs. 128 C. 1 –.

Pero además, si bien el anterior homicidio se produjo cuando los militares actuaban bajo el amparo de la misión estratégica denominada “Halcón”, ejecutada en zona rural del municipio de Gigante, específicamente en la vereda La Gran vía, entre el 19 y 26 de diciembre del año 2005, ello en medio del conflicto armado librado entre las Fuerzas legítimas del Estado Colombiano y los grupos armados al margen de la ley; el referido resultado dañoso fue producto de una clara desviación de la actividad misional de la tropa, pero presentando falazmente como consecuencia de un enfrentamiento armado con dos personas, una de ellas señalada de ser presunto miliciano de las FARC y quien fuera dado de baja, contrariando así los principios del DIH de distinción, precaución y humanidad. Es que según oficio suscrito por el Comandante del Batallón “Cacique Pigoanza” y expresamente citado en el informe 419 del 28 de diciembre de 2009, rendido por el investigador criminalístico, Nelson H. Hermida Guillermo – f. 187 C. 1 –, el señor Nidio Perdomo Triviño no aparece relacionado en ninguna orden de batalla – f. 218 C. 1 –. Sobre los anteriores principios, la Corte Constitucional al resolver una demanda formulada contra el ordinal 6º del artículo 135 del Código Penal, brindó la siguiente ilustración:

*“Entre los principios esenciales del Derecho Internacional Humanitario con rango de ius cogens, en su aplicación a los conflictos armados internos, tres resultan directamente relevantes para la decisión presente: (i) el principio de distinción, (ii) el principio de precaución, y (iii) el principio humanitario y de respeto por las garantías y salvaguardas fundamentales de las personas civiles y fuera de combate”.*⁴

⁴ Sentencia C- 291 de 2007. M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.

El principio de distinción igualmente está consagrado en el artículo 48 del protocolo I adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, cuyo texto es el siguiente: “Artículo 48 - Norma fundamental. A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares”. Por su parte, el artículo 50 del mismo protocolo además de traer la definición de persona civil, establece que en caso de existir duda sobre la condición de la persona, se presumirá tratarse de un civil.⁵ A su turno, el protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, en su artículo 13 reiteró en el respeto a la población civil⁶.

Por último, recuérdese el actual contenido de la norma que tipifica y reprime la conducta punible en cuestión:

“Artículo 135. Homicidio en persona protegida. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, ocasione la muerte de persona protegida conforme a los Convenios Internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia, incurrirá en prisión de cuatrocientos ochenta (480) a seiscientos (600) meses, multa dos mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (2.666,66) a siete mil quinientos (7.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses.

⁵ Capítulo II - Personas civiles y población civil. Artículo 50 - Definición de personas civiles y de población civil. 1. Es persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a que se refieren el artículo 4, A. 1), 2), 3), y 6), del III Convenio, y el artículo 43 del presente Protocolo. En caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil.

⁶ TÍTULO IV - POBLACIÓN CIVIL. Artículo 13. Protección de la población civil. 1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares (...)

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

1. Los integrantes de la población civil.
2. Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa.
3. Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate.
4. El personal sanitario o religioso.
5. Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados.
6. Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga.
7. Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados.
8. Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse.

INC.-Adicionado. L. 1257 de 2008.art. 27. La pena prevista en este artículo se aumentará de la tercera parte a la mitad cuando se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer”

En consecuencia, las personas protegidas por el derecho internacional humanitario son las arriba mencionadas, siempre y cuando sean abatidas con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado, es decir, los civiles y los no combatientes, entendidos éstos como las personas que habiendo participado en hostilidades, hayan quedado fuera de combate. Al respecto la Corte Constitucional en la sentencia arriba citada, brindó la siguiente explicación:

*“La protección establecida por el principio de distinción cobija no solamente a las personas civiles, sino también, dentro de la categoría más amplia de “no combatientes”, a las personas que habiendo participado en las hostilidades, han sido puestas fuera de combate por (i) estar en poder de otro actor armado en el conflicto, (ii) no poder defenderse en razón de estar inconscientes, haber naufragado, **estar heridas** o estar enfermas, o (iii) haber expresado en forma clara su intención de rendirse, absteniéndose de actos hostiles y de intentos de evasión. La protección de las personas que fuera de combate está prevista en el Artículo 3 Común de las Convenciones de Ginebra y en el artículo 7 del Protocolo Adicional II[137], y además es una norma de derecho internacional consuetudinario[138] que ha sido aplicada en tanto tal por los*

Tribunales Penales para Ruanda y Yugoslavia (...).(Negrilla fuera de texto)

En consecuencia, si el señor Nidio Perdomo Triviño era una persona civil, pues no se probó su condición de miembro de la insurgencia armada o guerrilla, pues ni siquiera su nombre apareció relacionado en orden de batalla alguna del Ejército Nacional – f. 218 C. 1 –; si dicho ciudadano, la noche de autos fue dado de baja por un grupo de Soldados Profesionales del cual hizo parte el acusado Andrés Albeimar Rivera; si éste episodio fue presentado por los militares bajo la apariencia de una reacción defensiva de la fuerza pública, sin serlo, pues las huellas y heridas dejadas por los proyectiles en el yerto cuerpo del interfecto y la razonable interpretación dada a éstas por el médico legista y el patólogo forense, permiten deducir no haberse tratado de una baja normal en un combate sino un homicidio en persona civil y por ende ajena al conflicto armado interno; y si en la producción de éste resultado ilícito, el acusado Rivera Sánchez en su primera versión admitió haber intervenido y la ponderación en su conjunto de la prueba así lo corrobora; satisfechas estarían las exigencias reclamadas por el inciso segundo del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal a efectos de proferir condena en su contra en calidad de coautor del ilícito descrito y sancionado en el artículo 135 del Código Penal.

D. Definido lo grueso de la apelación en estudio, el paso siguiente será el atinente a la dosificación de las penas a imponer, siguiendo los lineamientos trazados por los artículos 60 y 61 del Código Penal.

Para el efecto, recuérdese que el proceso de individualización punitiva abarca cuatro etapas progresivas, siendo primera la regulada por el artículo 60 del Código Penal, consistente en fijar los límites, topes o extremos punitivos del delito dentro de los cuales se moverá el fallador para concretar las sanciones, teniendo en cuenta las circunstancias de agravación o atenuación concurrentes con la conducta punible y que modifiquen estos rangos represivos, siempre y cuando hayan sido previamente imputadas por la Fiscalía fáctica y

jurídicamente, so pena de afectarse el principio de la congruencia. La segunda fase, es la relativa al fraccionamiento del ámbito punitivo de movilidad en cuartos, regida por el inciso 1º del artículo 61 *ibídem*, consistente en dividir la pena comprendida entre el mínimo y el máximo en cuatro partes iguales o cuartos de movilidad punitiva a saber: uno mínimo, dos medios y uno máximo; y delimitar o alinderan cada uno de ellos. La tercera etapa es la selección del cuarto de movilidad dentro del cual se individualizarán las penas, tarea a ser cumplida siguiendo las pautas del inciso 2º del artículo 61 del Código Penal, esto es, teniendo de presente las circunstancias de menor o mayor punibilidad señaladas en los artículos 55 y 58 *ibídem*. Y el cuarto y último escenario es la concreción de la pena dentro de los límites del cuarto seleccionado, reglamentado por el inciso 3º del artículo de la precitada norma, donde se ponderarán factores como la gravedad de la conducta, el daño real o potencial, la naturaleza de las causales de agravación o atenuación punitiva, la intensidad del dolo, la necesidad de la pena, la función que cumple, entre otros.

Con fundamento en lo antes dilucidado, se procede a individualizar las penas a ser impuestas al procesado por el único delito objeto de acusación y condena, esto es, *homicidio en persona protegida*.

Ámbito de movilidad y cuartos:

Homicidio en persona protegida – Art 135 C.P.

Prisión (Sin el aumento de la ley 890/06)

Pena mínima = 30 años o 360 meses

Pena máxima = 40 años o 480 meses

El ámbito de punibilidad es de 120 meses, que se obtiene restándole a la pena máximo la pena mínima, o sea: 480 meses – 360 meses de prisión = 120 meses de prisión.

El ámbito de movilidad se logra dividiendo el ámbito de punibilidad entre cuatro, para luego determinar la extensión de cada cuarto, que para el caso es el siguiente: 120 meses / 4 = 30 meses de prisión.

Para el cálculo de los cuartos se parte de la pena mínima y se va adicionando sucesivamente el ámbito de movilidad, o sea, 30 meses. Entonces los cuartos quedan delimitados así:

Cuarto mínimo = Entre 360 y 390 meses de prisión⁷

Cuartos medios = Entre 390 meses y 1 día y 450 meses de prisión.

Cuarto máximo = Entre 450 meses y 1 día y 480 meses

Multa

Pena mínima = 2.000 SMMLV

Pena máxima = 6.000 SMLMV

El ámbito de punibilidad sería de 4000 SMLMV de multa, el ámbito de movilidad de 1000 SMLMV de multa, y los cuartos se delimitarían así:

Cuarto mínimo = Entre 2.000 y 3000 smlmv

Cuartos medios = Entre 3.000 y 5.000 smlmv

Cuarto máximo = Entre 5.000 y 6.000 smlmv

Inhabilitación derechos y funciones públicas.

⁷ 360 meses + 30 meses = 390 meses de prisión

Mínimo = 15 años o 180 meses

Máximo = 20 años o 240 meses

El ámbito de punibilidad sería de 60 meses de inhabilitación; el ámbito de movilidad de 15 meses de inhabilitación; y los cuartos se delimitarían así:

Cuarto mínimo = Entre 180 y 195 meses

Cuartos medios = Entre 195 y 225 meses

Cuarto máximo = Entre 225 y 240 meses

Si en la acusación no se endilgaron jurídica ni fácticamente circunstancias genéricas agravantes o circunstancia de mayor punibilidad, lo procedente a la luz de la regla del inciso 2º del artículo 61 del Código Penal, será escoger el cuarto mínimo de movilidad punitiva, haciendo coincidir la sanciones con el rango inferior del mismo. En consecuencia, las penas principales a imponer serán de treinta (30) años de prisión, 2.000 S.M.L.M.V. de multa, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas durante quince (15) años.

Respecto a los subrogados penales, exprese que según la redacción del artículo 63 del Código Penal vigente para el momento de los hechos, esto es, el mes de diciembre del año 2005, para tener derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena debían cumplirse las siguientes exigencias en forma concurrente: i) Que la pena impuesta no exceda la tres (3) años de prisión. ii) Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de no existir necesidad de ejecutar la pena.

Al no satisfacerse la exigencia objetiva, pues la sanción dosificada supera ampliamente los tres (3) años de prisión, improcedente resulta el otorgamiento del subrogado penal en estudio, pues es necesario cumplirse simultáneamente

los dos requisitos previstos en la precitada norma. Lo anterior releva a la Sala del análisis del requisito de naturaleza subjetiva, pues el resultado seguiría siendo el mismo.

De acudirse por favorabilidad a la modificación introducida al artículo 63 del Código Penal por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, tampoco procedería el subrogado penal en estudio, pues igualmente resultaría insatisfecha la condición objetiva exigida en el ordinal 1º, pues la pena ya individualizada supera holgadamente los cuatro (4) años de prisión.

En cuanto a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, el artículo 38 del Código Penal vigente al momento de los hechos establecía que la ejecución de la pena privativa de la libertad se cumpliría en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, siempre y cuando la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos y el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

Como en el caso en estudio, el delito de *homicidio en persona protegida* está sancionado por el artículo 315 del Código Penal con pena mínima de treinta (30) años de prisión, lejos estaría de cumplirse la primera de las exigencias legales en mención, lo cual torna improcedente la prisión domiciliaria.

Por lo tanto, a fin de materializar la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta contra el acusado, habida cuenta de hallarse en libertad provisional por cuenta de éste proceso a raíz de la sentencia absolutoria proferida en primera instancia, habrá necesidad de disponer se libren las ordenes de captura contra Andrés Albeimar Rivera Sánchez, por ante el C.T.I. y autoridades

policiales, en acatamiento a la excepción señalada en el inciso final del artículo 188 de la Ley 600 de 2000, según el cual, *“si se niega la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la captura sólo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia, salvo que durante la actuación procesal se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención preventiva”*; situación ésta última evidenciada en el presente caso, pues mediante resolución del 5 de mayo de 2011 de la Fiscalía 76 Especializada de la Unidad Nacional de DH y DIH, Andrés Albeimar Rivera Sánchez fue cobijado con medida de aseguramiento de detención preventiva sin derecho a excarcelación en razón al mandato legal y la naturaleza del delito investigado –fs. 217 a 233 C 2-, la cual se mantuvo vigente hasta el dos (2) de agosto de 2014, cuando a raíz de la absolución proferida a su favor se dispuso su libertad –f. 529 C. 4-. En consecuencia, si a la luz del ordinal 3º del artículo 365 de la Ley 600 de 2000, es causal de libertad provisional el haberse proferido en primera instancia sentencia absolutoria; y si al proferirse sentencia de segunda instancia, se revoca la sentencia absolutoria y en su lugar se emite condena contra el procesado, negándose la suspensión condicional de la ejecución de la pena; significa que la referida causal de excarcelación o libertad provisional habría desaparecido, tornándose imperioso expedir la orden de captura sin ser necesario esperar la ejecutoria de la sentencia. En relación con este puntual asunto, la jurisprudencia en un caso análogo al presente, con meridiana nitidez expresó:

“En un caso de homicidio, por ejemplo, en el curso de la instrucción se dicta medida de aseguramiento de detención preventiva sin excarcelación por la claridad de que la pena imponible sería superior a tres (3) años y, por ende, desborda el requisito objetivo de la condena de ejecución condicional (CPP, art. 415-1). Pero en la sentencia, como hecho procesal posterior; se le absuelve y, consecuentemente, se ordena su libertad provisional, no porque ahora su situación se ajusta a la exigencia cuantitativa del subrogado, sino por el potísimo supuesto de la absolución en primera instancia (art. 415-3). De modo que, si el juez de segunda instancia revoca el fallo absolutorio, provee por medio de una condena y niega el subrogado, la excepción normativa en comento

indica que de inmediato debe ejecutarse la captura, sencillamente porque regresada la sentencia absolutoria desaparece el presupuesto de la causal de libertad provisional y de una vez cobra renovado vigor la precedente detención sin excarcelación adoptada de cara a los requisitos de la condena de ejecución condicional.”⁸
(Negrilla de la Sala)

Adicionalmente, en fallo de *habeas corpus* de segunda instancia proferido por un Magistrado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en caso con un patrón fáctico y jurídico similar al aquí planteado, se sentenció lo siguiente:

*“Con vista en la jurisprudencia reseñada, y descendiendo al caso en concreto, de los elementos de convicción arimados al presente trámite se constató que los actores fueron cobijados con medida de aseguramiento de detención preventiva⁹ cuando la Fiscalía les resolvió su situación jurídica en la etapa de instrucción del proceso, razón por la cual la negativa de conceder el subrogado penal en el fallo de segunda instancia generó efecto inmediato, porque desapareció el supuesto por el cual aquéllos recobraron la autonomía personal en la etapa de juicio -la sentencia absolutoria de primera instancia objeto de revocatoria- y recobró fuerza la medida de aseguramiento”.*¹⁰

Igualmente, sobre el mismo asunto, la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia ha dicho lo siguiente:

“1.No obstante la claridad del tema tratado, reitera la Corte que, acertó el Tribunal Superior de Cali al ordenar la ejecución inmediata de la sentencia condenatoria, en aplicación del artículo 188 de la Ley 600 de 2000, y por tanto no se vulneró ningún derecho fundamental de los que invoca el procesado (libertad, debido proceso, trabajo y presunción de inocencia), puesto que la privación de libertad del implicado (.....), se sustenta en la

⁸ C.S.J. Cas. Penal. Sent. Mayo 20/2003. Rad. 18.684. M.P: Marina Pulido de Barón.

⁹ La certificación allegada a esta instancia por el Sala accionada, en la que se indica que la Fiscalía 63 Especializada de DH-DIH de Barranquilla impuso medida de aseguramiento de detención preventiva contra Libardo Rafael Arroyo Martínez -26 de enero de 2009-, Samir Saucedo Donado -9 de febrero de 2009- y Luis Carlos González Londoño -17 de febrero de 2009-, decisiones que fueron confirmadas por la Fiscalía Octava Delegada ante el Tribunal Superior de la misma ciudad, para el primero de los nombrados el 6 de mayo siguiente; y para los dos restantes el 8 de abril del mismo año.

¹⁰ C.S.J. Cas. Civil. Sent. 17 de mayo de 2013. Rad. 08001-22-13-000-2'13-00244-01. Mag. Jesús Vall de Rutén Ruiz

existencia previa de la medida de aseguramiento proferida en el transcurso de la instrucción.

Ahora, si bien el inciso segundo del citado artículo 188 del Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000, consagra como regla general que se podrá ordenar la captura del procesado que ha sido condenado, si se niega la suspensión condicional de la ejecución de la pena, solamente cuando se encuentre en firme la sentencia, la misma disposición legal introduce una excepción a dicha norma, cuando prevé "..., salvo que durante la actuación procesal se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención preventiva", expresión que no ofrece ninguna dificultad en su entendimiento y aplicación, de donde se colige que nada más, en aquellos casos donde no se hubiere proferido medida de aseguramiento de la detención preventiva durante la actuación procesal, se requiere la ejecutoria del fallo condenatorio para proceder a ordenar la captura del sentenciado (resalta la Sala).

Es claro entonces, que si al procesado (.....) se le dictó medida de aseguramiento durante la actuación procesal, y se profirió sentencia condenatoria en su contra, en la cual no se le concedió la suspensión condicional de la pena, procede en consecuencia, la privación de su libertad en forma inmediata, con fundamento en el inciso segundo del ya citado artículo 188 de la Ley 600 de 2000, como bien lo dispuso el juez colegiado de primera instancia, puesto la misma normativa contiene las excepciones dentro de las cuales se debe hacer efectiva la detención desde el momento mismo en que se profiere la sentencia condenatoria; una de las cuales es la relacionada con el proferimiento en el transcurso de la actuación procesal de medida de aseguramiento, como ocurre en el presente caso, de donde se concluye que no le asiste razón al recurrente."¹¹

En similar sentido al anterior, esta misma alta Corporación¹² en decisión posterior insistió en lo siguiente:

"Con todo, solamente a título de información, considera la Sala oportuno reiterar que si en el curso del proceso se dictó medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de (...), su captura inmediata se imponía conforme se deriva de lo dispuesto

¹¹ Ver auto del 22 de agosto de 2008, radicado 29.913, M.P., Javier Zapata Ortiz

¹² Ver auto del 24 de julio de 2009, radicado 30.601, mediante el cual se resolvió una solicitud de aclaración y adición, M.P. María del Rosario González de Lemos.

en el inciso primero del artículo 188 de la Ley 600 de 2000 y acorde con el entendimiento dado a esa norma por la jurisprudencia de la Corte¹³, con mayor razón porque al condenado no le fue concedido ningún subrogado penal.”

En todo caso, como el sentenciado al momento de su detención preventiva era Soldado Profesional del ejército Nacional, es decir, miembro de la fuerza pública, habrá de tenerse en cuenta la previsión del artículo 19 de la Ley 1709 de 2014, modificatorio del artículo 27 del Código Penitenciario y Carcelario, en cuanto a su lugar de reclusión.

E. Por último, dígase que según voces de los artículos 94 del Código Penal y 2.341 del Código Civil, el hecho punible es fuente de obligaciones, por lo tanto, el declarado penalmente responsable de la comisión de un delito, será obligado a reparar o indemnizar los daños materiales y morales, siempre y cuando se alleguen pruebas que permitan al juez ponderarlos. Ahora, según voces del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, la demostración de la existencia de perjuicios provenientes del delito investigado, serán liquidados en la sentencia condenatoria por el juez de acuerdo a lo acreditado sobre el particular, siendo de dos tipos: materiales y morales. Los primeros cobijan el daño emergente y el lucro cesante. Aquéllos, aluden a las erogaciones efectuadas por la víctima o sus deudos a fin de atender las consecuencias del delito. Estos, comprenden la utilidad o provecho dejado de percibir el sujeto pasivo del delito a causa de la comisión del injusto penal. Los segundos se clasifican en subjetivos y objetivados. Los primeros corresponden al dolor, congoja, sufrimiento, miedo o angustia causados directamente por el daño en la psiquis de la víctima; los segundos, son las consecuencias económicas que dichos sentimientos puedan generarle al ofendido. La existencia de ésta última modalidad de daño y su cuantía debe probarle quien la reclama, en similares condiciones a los perjuicios materiales.¹⁴

¹³ Auto del 6 de abril de 2006, radicación 24110 y sentencia del 30 de noviembre del mismo año, radicación 25185.

¹⁴ Ver sentencia C-916 de 2002. Corte Constitucional.

Sobre las clases de daño ocasionado por la conducta punible y las exigencias a ser satisfechas a efectos de su reconocimiento por el juez en el respectivo fallo condenatorio, la Corte Suprema de Justicia en decisión del 29 de mayo de 2013, radicado 40.160, expresó lo siguiente:

“De lo anteriormente expuesto, se puede concluir:

a) El delito produce la obligación de reparar los perjuicios causados, los que pueden ser del orden material e inmaterial.

b) Los daños que sean susceptibles de cuantificación económica (materiales y morales objetivados) deben probarse en el proceso y su cuantía dependerá de lo acreditado (fallo del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, del 9 de marzo de 2011. Radicación 17175)”.

“En otras palabras, para obtener indemnización por el perjuicio material y por los perjuicios morales objetivados se debe demostrar:

a) su existencia y b) su cuantía; de esta manera se diferencian de los de carácter moral subjetivado, donde solo basta acreditar la existencia del daño, luego de lo cual, el Juez, por atribución legal, fijará el valor de la indemnización en tanto que la afectación del fuero interno de las víctimas o perjudicados impide la valoración pericial por inmiscuir sentimientos tales como tristeza, dolor o aflicción”. (Resalta la Sala)

Dilucidado lo anterior, declárese que si en el presente caso no se formuló demanda de constitución de parte civil, ni se desplegó gestión dirigida a la obtención de elementos de juicio demostrativos de la existencia de los daños materiales y morales objetivables sufridos por los deudos de Nidio Perdomo Triviño a raíz de su violento deceso, menos su cuantificación; mal podría la Sala condenar al procesado a pago de los mismo. Sin embargo, como la muerte de un ser querido produce aflicción, dolor, sufrimiento o congoja entre sus familiares

cercanos, sin trascender la intimidad de la persona, con fundamento en el artículo 97 del Código Penal se condenará al acusado al pago del equivalente de 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la época de los hechos, a favor de sus deudos.

En razón y mérito de lo arriba motivado, la Sala Primera de Decisión Penal del Tribunal Superior de Neiva, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. **REVOCAR** la sentencia de fecha y procedencia antes anotadas para en su lugar **CONDENAR** a ANDRÉS ALBEIMAR RIVERA SÁNCHEZ, como coautor de la conducta punible de *homicidio en persona protegida*, a las penas principales de TREINTA (30) AÑOS DE PRISIÓN, DOSMIL (2.000) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES DE MULTA e INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS durante QUINCE (15) AÑOS.

SEGUNDO. **CONDENAR** a ANDRÉS ALBEIMAR RIVERA SÁNCHEZ al pago de la suma equivalente a DOSCIENTOS (200) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES a la época de los hechos a título de perjuicio morales subjetivos a favor de los deudos de Nidio Perdomo Triviño.

TERCERO. **NEGAR** la suspensión condicional de la ejecución de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria al sentenciado.

CUARTO. **DISPONER** se libren las órdenes de captura contra el sentenciado RIVERA SÁNCHEZ a fin de materializar la pena de prisión impuesta. Se tendrá como pena cumplida el lapso durante el cual permaneció privado de su libertad por razón del presente proceso.

QUINTO. ORDENAR que por Secretaría se expidan copias de la esta sentencia con destino al archivo y las autoridades de ley.

SEXTO. MANIFESTAR que contra la presente decisión procede el recurso de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS

HERNANDO QUINTERO DELGADO

ÁLVARO ARCE TOVAR
Salva Voto

LUISA FERNANDA TOVAR HERNÁNDEZ
Secretaría

Folio N° Tomo N° del libro de sentencias penales