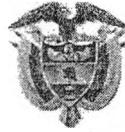


Segunda instancia Rdo. 153-2011
LUIS FERNANDO SARMIENTO B.
Homicidio Agravado
Sentencia Condenatoria
Apelación (Descongestión)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SAN GIL

SALA PENAL

Magistrada Ponente

DENNYS MARINA GARZÓN ORDUÑA

Aprobado Acta 110.

San Gil, tres de mayo de dos mil doce.

ASUNTO

Conforme al Plan de Descongestión de la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio, se desata el recurso de apelación interpuesto por el Defensor del procesado LUIS FERNANDO SARMIENTO BARRERA contra la sentencia condenatoria proferida el 15 de diciembre de 2010 por el Juzgado Penal del Circuito de Granada Meta.

EL EPISODIO

Se enmarca entre las seis y ocho y treinta de la mañana del once de noviembre de dos mil tres, cuando en la plazuela principal del corregimiento Jardín de Peñas del municipio de Uribe Meta, miembros del Ejército Nacional capturaron a FERNEY CASTIBLANCO LOPEZ y ROGELIO REVEROS RAMIREZ señalados como auxiliadores de las PARC quienes fueron sorprendidos utilizando radio de comunicaciones. Enseguida y al arribar al punto "El Basurero" a escasa distancia del poblado en donde se encontraba el Teniente LUIS FERNANDO SARMIENTO BARRERA, fueron abatidos sus custodiados haciéndolos blanco de múltiples disparos; desafiado al grupo de uniformados que participó en el operativo teniendo en cuenta que procedieron a fusilarlos -literalmente hablando- como lo reflejan los diversos elementos probatorios y sin compadecerse con el exigido uso legítimo de las armas.

ACTUACIÓN PROCESAL

Luego de la denuncia instaurada por María Aristenia Sanabria Riveros y una juiciosa investigación previa, la Fiscalía 43 Especializada de la Unidad de Derechos Humanos y DIH de Villavicencio ordenó la apertura de instrucción el cinco de enero de dos mil seis, una vez dirimido el conflicto de competencias suscitado con el Juzgado 18 de

Instrucción Penal Militar.

Correspondió al Juzgado Penal del Circuito de Granada (Meta) avocar el conocimiento de las diligencias el seis de noviembre de 2009⁶ efectuando la audiencia preparatoria el dos de febrero de 2010⁷ y la audiencia pública el tres de marzo del mismo año, para concluir, con la sentencia condenatoria proferida el 15 de diciembre de esta anualidad.⁸

DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Penal del Circuito de Granada en sentencia que fuera recurrida, declaró responsable penalmente a LUIS FERNANDO SARMIENTO BARRERA e impuso la pena principal de 360 meses, o lo que es igual, treinta (30) años de prisión, y al pago del equivalente a dos mil (2.000) smlmv, así como a 15 años de inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas al hallarlo responsable del delito de Homicidio en persona protegida cuyas víctimas fueron ROGELIO RIMEROS RAMIREZ y FERNEY CASTIBLANCO LOPEZ.

Por concepto de indemnización de daños y perjuicios de orden moral lo condenó a cancelar en favor del núcleo familiar de cada uno de los occisos, cien salarios mínimos legales mensuales y le negó el sustituto penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

⁶ Folio 66 Cdno. No. 7

⁷ Folio 99 Cdno. No. 7

⁸ Folio 60 Cdno. No. 8

i 153

En lo que se circunscribe a la tipicidad adujo que se estructuraba este elemento al comprobarse la muerte de dos personas que según el Derecho Internacional Humanitario tenían la connotación de persona protegida, conducta desarrollada por unos militares acusados con ocasión y en desarrollo del conflicto armado interno, no acreditando que RIVEROS RAMIREZ ni CASTIBLANCO LOPEZ pertenecieran a algún grupo armado al margen de la ley a pesar que la defensa adujera que eran miembros del Frente 40 de las FARC, siendo asesinados a sangre fría, sobreseguros y aprovechando su posición dominante, a solo 800 metros de donde fueron capturados, por los soldados PULGARIN y REYES, quienes ejecutaron la orden emitida por su superior el Teniente LUIS FERNANDO SARMIENTO.

La materialidad fue demostrada con las actas de inspección de cadáver, actas de reconocimiento de los mismos, el informe técnico de necropsia practicado a los cuerpos que en vida respondían a los connacionales ROGELIO RIVERO RAMIREZ y FERNEY CASTIBLANCO LOPEZ y los sendos certificados de defunción.

En cuanto a la antijuridicidad explicó que con base en la prueba obrante y trasladada al expediente se concluye que efectivamente LUIS FERNANDO SARMIENTO participó activamente en la ejecución de las dos personas porque se encontraba presente, a corta distancia, hacía parte del grupo junto al Sargento Ospina y los dos soldados que dieron muerte a los susodichos, y porque los demás se hallaban vigilantes, instruyendo ante la situación de enfrentamiento con los capturados los cuales pretendieron su libertad, por lo que su conducta

15

nociva por la acción de segar la vida de otro ser humano tiene la capacidad típica de daño irrogado a este bien jurídicamente tutelado.

Al no existir eximente alguna de culpabilidad, respecto del resultado dañoso concluyó que LUIS FERNANDO SARMIENTO BARRERA en su condición de integrante de las fuerzas militares tenía el dominio sobre las conductas ejecutadas, pudiendo evitar la comisión de tal ilicitud, pues las muertes ocurridas no se realizaron en estricto sentido inevitable o irresistible, por lo que su comportamiento no está incurso en ninguna de las causales contempladas en el art. 32 del C.P.

Pormenorizadamente discriminó y evaluó las pruebas documental, pericial, testimonial, indiciarla y de descargos, para concluir en la responsabilidad del teniente Sarmiento al ser el determinante de los homicidios de Rogelio Riveros Ramírez y Ferney Castiblanco López, al dar instrucciones al sargento Ospina sobre el destino de los capturados, orden que fue trasladada a dos de sus soldados -Reyes y Pulgarín- quienes en últimas accionaron sus armas de dotación contra la humanidad de las víctimas. Con ese convencimiento, dedujo las consecuencias sancionatorias va enunciadas.

MOTIVO DE IMPUGNACIÓN

El Defensor del procesado sustentó el recurso de apelación contra la sentencia arguyendo la presencia de varias circunstancias detonantes de nulidad y como hecho generador de ésta, alega en primer término la

7 16

competencia por cuanto el proceso debió adelantarlo un Juez especializado, pero fue evacuado el juicio por un **Juez** ordinario no facultado, como lo era el Juez Penal del Circuito de Granada Meta.

Consideró que esta falta de competencia contrae otra nulidad, porque en la audiencia preparatoria la defensa apeló la decisión tomada por el Juez de Granada al no decretar una nulidad solicitada, que se concedió en el efecto devolutivo debiendo hacerlo en el suspensivo y a su vez, decretó las pruebas solicitadas por las Partes cuando ya había perdido competencia desde el mismo momento en que concedió el recurso de apelación. Supone entonces, que la prueba ordenada y practicada en el juicio es nula y así debe declararse a partir de la audiencia preparatoria, en el evento de no prosperar la primera nulidad solicitada.

Criticó la falta de pronunciamiento por parte del Juez A-quo sobre el requerimiento de la Fiscalía Especializada respecto de la variación de la calificación, en donde encuadró la conducta del procesado en el delito de FAVORECIMIENTO, tipo penal que fue aceptado por el procesado y de igual manera por la Defensa, guardando silencio al respecto y profiriendo sentencia posteriormente de carácter condenatorio pero por el hecho punible de Homicidio en persona protegida, desestimando la variación planteada por la Fiscalía y coadyuvada por los demás sujetos procesales, por lo que consideró, se vulneró el derecho a la defensa y el debido proceso porque los alegatos se fincaron en respaldar la petición de la Fiscalía frente al Favorecimiento.

8
52

Que del Juez haber dictado una providencia sobre la variación de la calificación aceptando o no los argumentos de la Fiscalía, se hubiera respetado el debido proceso y los intervinientes informados sobre cuál sería el marco jurídico objeto de estudio para el proferimiento de una sentencia al igual que para el planteamiento de su defensa. El silencio del funcionario, violentó garantías fundamentales que no pueden ser subsanadas sino mediante la declaratoria de nulidad, la cual solicita a partir de la audiencia preparatoria, en el caso de no prosperar ninguna de las anteriormente propuestas.

Respecto del contenido del fallo atacó las argumentaciones fundamento de la decisión, alegando en cuanto a la Tipicidad que el A-quo atribuyó las ocho clases de personas protegidas que estipula el artículo 135 del C.P. sin especificar por cuál debe responder el procesado, error en el que incurre el fallador al no ostentarlas ninguno de los occisos, de lo cual concluye que la tipicidad no se halla probada, no existe la certeza que exige el art. 232 del C.P. por lo que la conducta se torna atípica y lo procedente es dictar en favor del ex oficial SARMIENTO un fallo absolutorio.

En cuanto a la antijuridicidad expuso la imposibilidad de demostrarla "fehacientemente" en solo tres renglones del fallo exponiendo únicamente que se causó la muerte de las dos víctimas a manos de militares. Que sin ser plenamente identificados y careciendo de orden judicial fueron entregados los cuerpos a los señores SECUNDINO LOPEZ y MARIA ARISTENIA SAN ABRI A, quienes no demostraron parentesco, generando total desconcierto y gran duda que solo puede sanearse con una sentencia absolutoria.

Se dolió de la demora en la individualización de las víctimas las cuales se realizaron cabalmente hasta el 5 de abril de 2006 por miembros del CTI de la Fiscalía, la entrega por parte de la Personería de La Uribe-IVíeta, en donde el antecesor quería llevar una serie de documentación de la mencionada oficina, la falta de firma en la primera declaración dada por María Aristenia Sanabria y los oficios remitidos por el comandante de policía de esa población a las diferentes autoridades, procurando que les colaboraran a los familiares entregándoles los cuernos.

Cuestionó las evidencias con las cuales se probó el homicidio para concluir que la antijuridicidad tampoco fue demostrada por la indebida identificación de los cadáveres, surgiendo de igual manera la duda que debe resolverse en favor del procesado.

Arguyo que al no explicar en cuál de las tres variables de la culpabilidad incurrió el procesado, existe un vacío sobre el grado de culpabilidad que se le endilga, surgiendo otra duda que como todas las anteriores deben resolver en beneficio de su prohijado.

En el acápite titulado prueba documental, rechazó el análisis al informe rendido por el Sargento GERMAN OSPINA al calificarlo de insuficiente, así como la falta de análisis de las pruebas que enlista hasta la página 13 por considerar que la sola transcripción no da la certeza frente a la responsabilidad, sino del estudio y comparación de las mismas, constituyendo una vía de hecho y un vacío jurídico en la parte motiva de la sentencia.

Respecto de la prueba pericial dijo que el A-quo enlista 10 probanzas pero no hace el estudio de las mismas, sobre su grado de credibilidad, pertinencia, utilidad, conducencia, su ponderación con las otras pruebas, considerando suficiente con su enunciación, para arribar al grado de certeza.

En cuanto a la prueba testimonial la clasificó de cargo y la de descargo, aduciendo que deben retirarse como testigos en uno u otro sentido a todos aquellos que rindieron su testimonio después de la audiencia preparatoria por falta de competencia del Juez de Granada al presentarse una nulidad. Con relación a los testigos que precedieron a dicha diligencia de audiencia también deben analizarse por las dudas que genera la identificación tardía de los cuerpos.

Se quejó de ausencia de análisis sobre la coautoría endilgada al procesado en la parte resolutive de la cual nada se dijo en la motiva y las manifestaciones del juez Penal del Circuito de Granada por los comentarios que realizó en la Vista pública donde exhibe gran empatía hacia el Ejército Nacional, circunstancia que lo inhabilita para conocer de un proceso contra un miembro de dicha institución castrense.

Adicionó los fundamentos realizados en contra del fallo por el condenado Luis Fernando Sarmiento quien se presenta inocente de los hechos y cumplidor de su deber como militar, atribuyendo la responsabilidad al sargento Ospina (q.e.p.d.) a quien criticó su personalidad y forma de proceder con sus subalternos, y su participación en la muerte de los capturados a un grupo de soldados que lo quieren involucrar con el fin de conseguir rebajas de pena.

11

Con las declaraciones de varios soldados recepcionadas en el año 2010 respaldó la manera autoritaria como procedía el sargento fallecido, sin someterse a los cánones disciplinarios y jerárquicos del ejército tomando por riesgo propio las operaciones sin consultar a sus superiores inmediatos sino directamente al Comandante de la guarnición, por lo que le era imposible que de él recibiera la orden de segar la vida de dos ciudadanos.

Reprochó la declaración del soldado QUINTERO al cual tildó de mentiroso porque las aseveraciones que expone dada la distancia desde el lugar de los hechos adonde se encontraba ubicado, la visibilidad y precisión de lo que observaba era difusa. Que su misión - la del Teniente Sarmiento- era únicamente la de seguridad siendo como era el comandante de la contraguerrilla y no de la compañía como lo asegura el deponente.

De igual manera desestimó la sindicación realizada por ELKIN DE JESUS PULGARIN, alegando que él mismo acepta que la orden de disparar la recibió del Sargento Ospina calificándolo de mendaz al aseverar que cuando "él llegó ya estaban los dos capturados boca abajo", versión que no coincide con ninguna de las otras declaraciones de los soldados REYES, QUINTERO, PATERNINA, MONTOYA y el Cabo Tercero AVENDAÑO, con las cuales pretende debilitar su participación en los hechos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

A voces dei numeral 1º del artículo 76 del C.P.P., la Sala es competente para conocer y decidir el recurso interpuesto, siendo presupuesto de una providencia de mérito que se esté ante una actuación válida determinada por el respeto de las formas propias del proceso penal y las garantías fundamentales de las partes e intervinientes.

De conformidad con el principio de limitación previsto en el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal, la determinación a tomar sólo podrá extenderse a los asuntos vinculados al objeto de impugnación que sean imposibles de escindir, y por consiguiente, la justificación que se emita deberá ajustarse a la cuestión fáctica o jurídica propuesta por el recurrente.

Obviamente, por técnica de la decisión, acometerá la Sala inicialmente la revisión de la actuación teniendo en cuenta los argumentos de la Defensa, pues de hallarse demostrada al menos una causal de nulidad se impediría un pronunciamiento diferente al de su declaratoria.

2. De la nulidad.

La Constitución Nacional ofrece a las partes confrontadas en juicio criminal un plexo de garantías procesales y sustanciales que entroniza como pilar dei ejercicio de la acción penal, con expresa consagración en el artículo 29 superior.

Uno de los institutos fundamentales de un Estado de Derecho, lo es el debido proceso, que ostenta la calidad de garantía constitucional en función del respeto de los derechos de las personas vinculadas a un juicio y es al tiempo regulador estructural de la actividad estatal, en tal medida que no puede existir ningún procedimiento administrativo o judicial que se aparte del respeto a sus mandatos.

En tratándose del desconocimiento del debido proceso, la afectación sustancial que lo configura no solo atañe a las garantías que lo integran conforme al artículo 29 constitucional -principio de legalidad de los delitos y las penas, principio de favorabilidad, juez natural, contradicción probatoria, non bis in ídem, derecho de defensa, asistencia técnica, presunción de inocencia, debido proceso público, doble instancia, etc.- sino que se extiende además a la protección de los derechos fundamentales que resulten resguardados a través de las formas procesales.

2. 1. De la solicitud de nulidad por falta de competencia del Juzgado

Penal del Circuito de Granada.

2.1.1. El numeral primero del artículo 306 de la ley 600 de 2000, normatividad aplicable, establece como causal de nulidad la falta de competencia del funcionario judicial, factor que se erige como base fundamental de la estructura del proceso.

Con fundamento en tal disposición solicita la declaratoria de este instituto jurídico, al considerar el recurrente que si el Fiscal General de la Nación ordenó la designación de un fiscal especializado para

adelantar la investigación, imperativo se tornaba que el conocimiento del juicio lo realizara un Juez de igual categoría -Especializado- y no el de Circuito que lo adelantó, por ser un juez ordinario.

Al respecto debe precisarse en primer término, que el comportamiento delictivo endilgado tuvo ocurrencia a finales del año 2003 por lo que en este caso no tiene incidencia que la Ley 906 de 2004 varíe las competencias, ni tampoco lo allí dispuesto en el artículo 35, por no encontrarse vigente para la época de perpetración de la conducta punible.

El conocimiento del presente asunto corresponde al Juez Penal del Circuito, pues de conformidad con la Ley 600 de 2000 es el funcionario competente para conocer del delito de Homicidio en persona protegida previsto en el artículo 135 del Código Penal, distinto del homicidio agravado por la circunstancia prevista en el numeral 9 del artículo 104 del estatuto represor referente a cuando se verifica "*en persona ínter nacionalmente protegida diferente a las co libro...*", y cuyo conocimiento, sin duda, es de resorte de los Jueces penales del circuito especializados según lo indica expresamente el numeral 2 del artículo 5° del Capítulo IV Transitorio ibídem.

Esta precisión emana de lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en similar situación a la aquí planteada, cuando dirimió un conflicto de competencias para conocer del delito de Homicidio en persona protegida en vigencia de la Ley 600 de 2000, al disponer:

“.. Sin embargo, subráyese que la conducta por y cuya responsabilidad fue admitida por el proceso agravado sino la de homicidio en persona protegida por los jueces penales del circuito ordinario, como en los siguientes términos:

"...la confusión en la que incurre el Juez S. Yopal, se origina al interpretar el numeral 2º de la Ley 600 de 2000, que asigna la competencia al juez de homicidio agravado, solo cuando se comete en determinadas circunstancias previstas en los numerales 8, 9 y 10 de la Ley 599 de 2000.

Esto porque pretende dar el mismo alcance con el homicidio agravado (por las causales previstas en dichos artículos) a persona protegida, que constituye un tipo penal con una riqueza descriptiva mucho más amplia y por tanto dirigidos, precisamente a regular situaciones n

El juzgamiento del homicidio agravado por la Ley 599 de 2000, está atribuido por el numeral 2º de la Ley 600 de 2000 a los jueces penales del circuito ordinario, tanto, el juzgamiento del homicidio de persona protegida previsto en el artículo 135 de la Ley 599 de 2000, como la competencia específica, por lo que el factor rector es el juez penal del circuito.

Y esto es así, porque el numeral 9º del artículo 135 de la Ley 599 de 2000 sólo agrava el homicidio de las personas i

*que no está regulado en el Título II del Libro S...
suerte que si de acuerdo con las consideraciones
de..., se cualifica como el de un integrante de L...
determinado por el artículo 135.1 (que está ubico
Penal), esta situación escapa a la competencia a
Circuito Especializado. ..."*(subraya fuera de texto)⁹.

En consecuencia, acertado estuvo el Juzgado Penal del Circuito de Granada al avocar el conocimiento y adelantar la etapa de la causa, por ser el juez natural verdadero detentador del poder conferido por el Estado para juzgar, por lo que la petición de invalidez en ello soportada deviene impróspera.

2.1.2, Con base en la misma causal de incompetencia, el impugnante considera que también se presenta nulidad, al proseguir el juez de conocimiento de Granada adelantando el proceso, luego de conceder la apelación interpuesta contra la decisión desfavorable, sobre ía presencia de nulidades solicitada en la audiencia preparatoria. Precisa que el recurso fue otorgado en el efecto devolutivo cuando debió hacerlo en el efecto SUSPENSIVO a tono con el artículo 193 del C. de

P.P. y se advierte en los incisos: a **.2)**: "La que decreta nulidad en la etapa de juzgamiento".

Afirma que dicho efecto impide continuar agotando el procedimiento, observación que no se cumplió por parte del Juez de Granada, por lo que toda la actividad procesal llevada a cabo carece de validez al

⁹ Auto de 2 de diciembre de 2008, rad. 30743. En el mismo sentido, auto de 26 de marzo de 2008, rad. 29414.

perder la competencia, debiéndose declarar la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia preparatoria.

Equivocada interpretación la que realiza el impugnante. Si se revisa el artículo 193 citado, no encontramos de forma taxativa *"el auto que niega la nulidad solicitada en la audiencia preparatoria"* providencias determinadas en el efecto suspensivo, ni tampoco en el diferido, lo cual nos remite de manera residual al DEVOLUTIVO que encierra a "todas las demás providencias...".

El efecto suspensivo, que alega el Defensor fue en el que debió concederse el recurso, es para las providencias que decretan la nulidad en la etapa de juzgamiento, no para las que las niegan, por lo que ajustado estuvo el envío al Superior en el efecto devolutivo, en donde, se recaba, no se suspende el cumplimiento de la providencia apelada, ni el curso del proceso.-

Se trasluce en consecuencia la legalidad de la ritualidad aplicada, por lo que la nulidad planteada igualmente se desecha.

2.1,3 Del requerimiento de invalidez por falta de pronunciamiento inmediato sobre la variación de la calificación jurídica:

Con base en los numerales 2 y 3 del artículo 306 del C. de P.P. impetra el recurrente la declaratoria de nulidad, por el procedimiento desarrollado por el A-quo una vez la representante de la Fiscalía General de la Nación con base en el artículo 404 ibídem, varió la **calificación jurídica realizada en la Resolución de acusación.**

Alude, que una vez expuestos los fundamentos para la modificación jurídica, se corrió traslado a los sujetos procesales siendo aceptada por el procesado y coadyuvada por la Defensa. Pero el Juez en ese momento guardó silencio pronunciándose al respecto solo hasta el momento de proferir sentencia en donde fue desestimada la variación de la calificación, proceder con el cual se vulnera el derecho de defensa y debido proceso porque los alegatos defensivos fueron encaminados a respaldar la petición de la Fiscalía frente al nuevo cargo.

Argumenta que si el Juez de forma inmediata se pronuncia sobre la admisión o no de la nueva calificación, las partes conocerían en definitiva el marco jurídico sobre el cual centrarían su estudio, porque al ignorarlo, se dio paso a la violación de garantías fundamentales que sólo pueden ser subsanadas con la declaratoria de nulidad a partir del estadio procesal en donde se originó.

Pues bien, la modificación de la calificación provisional de la conducta significa el encuadramiento dentro de otro tipo previsto en el Código Penal y puede producirse por diferentes causas: "... *por error en la calificación o prueba sobreviniente respecto de del tipo, forma de coparticipación o imputación o una circunstancia atenuante o reconocimiento de modifiquen los límites punitivos.*"¹⁰

Como se observa, la variación de la calificación procede en los eventos en que se requiera agravar la situación del procesado, porque si lo que

¹⁰ Art. 404 Ley 600 de 2000

se pretende es condenar al acusado pero por una especie delictiva menos grave o, reconociendo una atenuante, no se hace necesaria la aplicación del Art. 404 del C.P.P. para la modificación, pues simplemente tal aspiración se materializa con la petición en su favor.

Sin embargo, 1a. Fiscalía con fundamento en el mencionado precepto persiguió el reconocimiento de un tipo penal más benévolo, modificación que al ser trasladada, lógicamente fue aceptada por el grupo de la Defensa sin controvertirla ni solicitar la suspensión de la diligencia para efectos de estudiar la nueva situación.

Tampoco le era imperativo al juez manifestarse de manera inmediata al respecto como lo acomete el impugnante, porque dicho pronunciamiento se realiza una vez culmine la audiencia pública, pudiendo enjuiciar bien sobre la imputación fáctica y jurídica contenida en la pieza acusatoria ora por la efectuada por el Fiscal en sede de variación. Por lo tanto, lo que sugiere el censor es ajeno a la ritualidad que la misma disposición adjetiva -art. 404- prevé habrá de dársele a tal mecanismo.

En la resolución acusatoria correspondiente al proceso examinado, como acto oficial de imputación de cargos, el Ente acusador los definió por el delito de Homicidio en persona protegida, y no obstante, que ya en calidad de sujeto procesal propuso la degradación del reproche por el tipo penal de Favorecimiento, el juez de la causa no encontró probatoria ni jurídicamente admisible esta última postura, razón por la cual dictó el fallo en concordancia con el cargo originado en la resolución de acusación.

Gracias al axioma de la libertad probatoria, el funcionario judicial puede dictar su pronunciamiento con base en aquello que considere probado para acoger la inicial resolución acusatoria o la variación realizada por el fiscal en la audiencia, sin que esa decisión afecte la compatibilidad que se debe observar entre los cargos y lo resuelto, función que cumplió a cabalidad el A-quo y así lo plasmó en la sentencia condenatoria objeto de reparo.

Las falencias en que incurrió la Defensa al referirse únicamente a los cargos expuestos en la variación de la calificación, no se pueden subsanar alegando nulidades en donde fue acertado el procedimiento, careciendo de idoneidad la motivación presentada para enervar los actos procesales ejecutados dentro del presente proceso, por lo que el reproche en consecuencia no puede ser de recibo al establecerse que se respetaron las reglas del debido proceso en la aplicación de la reseñada figura jurídica.

2.2. Así mismo presenta el recurrente otra clase de censuras ai fallo adicionadas a las propuestas por el procesado Luis Fernando Sarmiento Barrera, orientando la impugnación a la crítica de la ponderación de los medios de prueba verificada por el A- quo. Veamos.

3. De lo probatorio.

Le corresponde a la Sala examinar en conjunto el acervo probatorio del proceso con estribo en las reglas de la sana crítica, y del método técnico científico, para desde su perspectiva efectuar el análisis de la legalidad

y acierto del fallo cuestionado, atendiendo las precisas glosas que expone el apelante.

3.1. Es un aspecto láctico indiscutible que fueron ajusticiados por parte de miembros las fuerzas militares los señores ROGELIO KIVEROS RAMIREZ y FERNEY CASTIBLANCO LOPEZ luego de ser aprehendidos en el parque del poblado de Jardín de Peñas, determinándose pericialmente en ambos casos muerte violenta causada por la destrucción masiva del cráneo encefálico por herida de proyectil de arma de fuego.¹¹

3.1.2. Se tuvo noticia de la ocurrencia del hecho por la denuncia formulada por MARIA ARISTENIA SANABRIA RIVEROS¹² compañera permanente de Rogelio Riveros, al poner en conocimiento de la Fiscalía las circunstancias de la desaparición de su pareja. Dice que la señora Elsa le comentó en Jardín de Peñas que el Ejército había cogido dos muchachos en el parque y que luego los sacaron del caserío escuchándose a continuación unos disparos. Que confirmó la noticia con el reporte de un muchacho de la vereda "El Vergel" que se encontró en las horas de la tarde y le dijo que había visto dos muertos en un carro y uno de ellos coincidía con las ropas que llevaba su marido, porque había charlado con él en las horas de la mañana, razón por la cual decidió verificar lo acontecido. Así pues llegó al Cruce y habló con un oficial del Ejército quien le confirmó que eran dos y que uno de ellos había intentado coger el fusil y por ello los dieron de baja. Igualmente que después le propuso que se declarara miliciana y se

¹¹Folio 1 y 0 y s.s. Cdno. No. 1

¹²Folio 2 id."

acogiera al plan de reinserción que ellos le ayudaban. Posteriormente un soldado la invitó a ella y a los abuelos de FERNEY CASTIBLANCO a tomar una gaseosa y le dijo a ella que aceptara la realidad pues ROGELIO era un guerrillero y que les dijera a qué organización pertenecía porque así como su esposo, ella podía estar haciendo lo mismo. Que la gente le comentó que luego de la captura "les dieron pata" y los sacaron del pueblo escuchando los disparos posteriormente.

3.1.3. La declaración del señor SEGUNDINO LOPEZ abuelo de FERNEY CASTIBLANCO LOPEZ coadyuva la exposición precedente, pues se enteró también por los pobladores de Jardín de Peñas que el Ejército había capturado a su nieto y se lo llevó apareciendo luego muerto.

3.2. De los informes y otros elementos de prueba.

3.2.1. Acta de inspección al cadáver No. 006 de ROGELIO RIVEROS RAMIREZ¹³ y acta de inspección de cadáver No. 007 de FERNEY CASTIBLANCO LOPEZ¹⁴, efectuadas por el comandante de la Estación de policía de La Uribe-Meta el 11 de noviembre de 2003, en la morgue del centro de salud de la misma localidad ,

3.2.2. Actas de reconocimiento del cadáver de ROGELIO RIVEROS RAMIREZ por parte de su compañera permanente MARÍA

¹³ Folio 15 Cdo No. 1

¹⁴ Folio 21 id.

ARISTENIA SANABRIA¹⁵ y de FERNEY CASTIBLANCO LOPEZ por SEGUNDINO LOPEZ ÍNSECA quien lo declaró como su nieto¹⁶.

3.2.3. Registros civiles de defunción de ROGELIO RIVEROS RAMIREZ¹⁷ y FERNEY CASTIBLANCO LOPEZ¹⁸.

3.2.4. Protocolo de Necropsia realizada el 12 de noviembre de 2003 a ROGELIO RIVEROS RAMIREZ¹⁹ por HERBERT HERNANDEZ DIAZ médico S.S.O. del centro de Salud de la Uribe, en donde se realiza la descripción de las heridas, detallándolas así:

Herida producida por proyectil de arma de fuego:

A. *Se evidencia destrucción cráneo encefálico con ausencia del 85% de la tabla ósea del cráneo que compromete piel, tejido celular subcutáneo, músculos frontal, temporal y occipital, hueso frontal con presencia del 20%, ausencia del hueso occipital del 60% fractura hueso temporal bilateral, fractura hueso del ala mayor del esfenoides bilateral, fractura hueso parietal bilateral con presencia del 40%, fractura hueso occipital, fractura protuberancia occipital, fractura de la lámina cuadrilátera fractura de la clivus, fractura de la fosa craneana media, fractura del seno petroso bilateral, fractura de la fosa cerebelosa bilateral, ausencia de la lámina papirácea etmoidal bilateral, ausencia bilateral del ala mayor y menor del estenoides, ausencia del agujero etmoidal anterior bilateral, ausencia de la cara orbitaria, fractura de los huesos propios de la nariz, fractura del hueso malar bilateral, fractura de la apófisis zigomática bilateral, fractura del cuerpo del maxilar (eminencia mentoniana). Ausencia de masa encefálica con presencia del 7% del cerebelo, no se encuentran restos de proyectil.*

B. *Herida por proyectil d.e arma de fuego: *¹⁰*

¹⁵ Folio 27 id.

¹⁰ Folio 28 id.

¹⁷ Folio 88 id

¹⁸ Folio 109 id.

¹⁹ Folio 89 y ss Cdno. No. i

Orificio de entrada: tamaño de 0.5 por 0.5 cm. De diámetro en arco supraciliar izquierdo ubicado a 2 cm de la línea media y a 11 del vertex, sin anillo de limpieza y con anillo de contusión, que compromete piel, tejido celular subcutáneo, músculo piramidal de la nariz, músculo supraciliar izquierdo, músculo frontal, fractura del reborde orbital izquierdo a la altura de la escotadura supraorbitaria izquierda.

Trayectoria: plano sagital: de izquierda a derecha.

Plano coronal: anterior a posterior

Plano horizontal: superior a inferior.

B. Herida por proyectil arma de fuego: (sic.)

Orificio de entrada: tamaño de 3 por 2 cm. En huesos malar derecho ubicado a 10 cm de la línea media y a 10 cm del vértex, sin anillo de limpieza y con anillo de contusión que compromete: piel, tejido celular subcutáneo, músculo zigomático mayor, fractura del hueso malar, fractura de la apófisis zigomática.

Trayectoria: plano sagital: de izquierda a derecha.

Plano coronal: anterior a posterior

Plano horizontal: inferior a superior.

C. Herida por proyectil arma de fuego:

Orificio de entrada: tamaño 0.5 por 0.5 cm en la fosa supra claviclar derecha de 12 cm de la línea media y a 25 cm del vertex, sin anillo de limpieza, con anillo de contusión sin orificio de salida que compromete: piel, tejido celular subcutáneo, músculo cutáneo del cuello, músculo esternocleidomastoideo derecho, músculo esternocleidohioideo, arteria subclavia derecha, plexo braquial.

Trayectoria: plano coronal: anterior a posterior.

Plano horizontal: superior a inferior.

D. Herida por proyectil arma de fuego:

Orificio de entrada: tamaño 0.5 por 0.5 cm, orificio de salida 3 por 2 cm a 22 cm de la línea media y a 64 cm del vertex de bordes irregulares, sin anillo de limpieza y con anillo de contusión en antebrazo derecho tercio próxima que compromete piel, tejido celular subcutáneo, expansión aponeurótica del músculo bíceps braquial, músculo palmar mayor, músculo palmar menor, músculo pronador redondo, sin compromiso vascular ni óseo no se encuentran restos de proyectil de arma de fuego.

Trayectoria: plano sagital: derecha a izquierda.

Plano coronal: posterior a anterior.

E. Herida por proyectil de arma de fuego:

Orificio de entrada: fosa supraescapular derecha a 6 cm de la línea media y a 25 cm del vertex de bordes irregulares de ± 0 cm por 6 cm que compromete piel, tejido celular subcutáneo, músculo trapecio porción transversa, músculo romboides mayor y menor, músculo serrato póstera superior, músculo dorsal largo torácico sin orificio de salida.

Trayectoria: Plano coronal: posterior a anterior.

Plano horizontal: superior a inferior.

F. Herida por proyectil arma de fuego:

Orificio de entrada tamaño 0.5 por 0.5 cm en ángulo inferior de escápula izquierda a 10 cm de la línea media y a 32 cm del vertex, sin anillo de limpieza y con anillo de contusión sin orificio de salida que compromete piel, tejido celular subcutáneo, músculo dorsal ancho, músculo dorsal largo torácico, músculos intercostales a nivel del 6 y 7 arco costal fractura del sexto arco costal.

Trayectoria: plano sagital: derecha a izquierda.

Plano coronal: posterior a anterior.

Plano horizontal: superior a inferior.

G. Herida por proyectil arma de fuego:

Orificio de entrada tamaño 0.5 por 0.5 cm en línea media posterior a 57 cm del vertex sin anillo de limpieza y con anillo de contusión y sin orificio de salida que compromete piel, tejido celular subcutáneo, aponeurosis lumbar, dura madre espinal, músculo espinoso torácico, fractura de apófisis espinosa de la séptima y octava vértebra torácica, fractura del cuerpo de la séptima y octava vértebra torácica, lesión de ligamento ínter transverso, lesión del ligamento supra espinoso, lesión del ligamento consto transverso superior, lesión del ligamento longitudinal anterior, con compromiso de médula espinal.

Trayectoria: plano sagital: derecha a izquierda.

Plano coronal: posterior a anterior.

Plano horizontal: inferior a superior.

H. Herida por esquirla en cresta iliaca izquierda:

Orificio de entrada tamaño 0.3 por 0.3 cm en el borde superior de la cresta iliaca izquierda que compromete piel, tejido celular subcutáneo, aponeurosis lumbar.

Trayectoria: plano sagital: derecha a izquierda.

Plano coronal: posterior a anterior.

CONCLUSION:

Cansa directa de muerte por destrucción masiva cráneo encefálica por herida por proyectil de arma de fuego, junto con compromiso cardio 'respiratorio de grandes vasos. Probable manera de muerte violenta: homicidio."

La nota con la cual finaliza el dictamen se refiere a la plena identificación del cadáver de quien en vida respondía al nombre de ROGELIO RIVEROS RAMIREZ por parte de su esposa MARIA ARISTEMIA SANABRIA RIVEROS titular de la cédula de ciudadanía No. 40210136 de La Uribe (Meta), quien así lo reconoció.

Se adjuntó al formato la dactiloscopia respectiva..

3.2.5. Protocolo de Necropsia realizada el 12 de noviembre de 2003 a FERNEY CASTIBLANCO LOPEZ²⁰ por el doctor HERBERT HERNANDEZ DIAZ médico S.S.O. del centro de Salud de la Uribe, en donde describe las lesiones mortales:

- A. *Se evidencia destrucción cráneo encefálico con ausencia del 80% de la tabla ósea del cráneo que compromete piel, tejido celular subcutáneo, músculos frontal, temporal y occipital, hueso frontal con presencia del 10% fractura hueso temporal bilateral, fractura hueso del ala mayor del esfenoides bilateral, fractura hueso parietal bilateral (ausencia del 90%), fractura hueso occipital, fractura protuberancia occipital, fractura del canal sagital, fractura de la cresta occipital interna, fractura de la fosa craneana posterior, fractura del clivus, fractura de la fosa craneana media, fractura del seno petroso bilateral, fractura de la fosa cerebelosa bilateral. Fractura de la fosa hipofisiaria, ausencia de la lámina papirácea etmoidal bilateral, ausencia bilateral del ala mayor y menor del esfenoides, ausencia bilateral del agujero etmoidal anterior, ausencia bilateral de la cara orbitaria, fractura de los huesos propios de la nariz, fractura del hueso mala bilateral, fractura de la apófisis zigomática bilateral, fractura del cuerpo del maxilar. Ausencia de*

²⁰Folio J 10 Cdo. No. 1

masa encefálica con presencia del 5% del cerebelo, no se encuentran restos de proyectil.

B Herida por proyectil arma de fuego de 0.5 por 0.5 cm de diámetro en mandíbula a 2 cm de la línea media y a 22 cm del vertex sin anillo de limpieza y con anillo de contusión que compromete piel, tejido celular subcutáneo, músculo cuadrado de la barba, fractura maxilar.

Orificio de salida: no se encontró orificio de salida.

Trayectoria de plano sagital de derecha a izquierda.

Plano coronal de anterior a posterior.

Plano horizontal inferior-superior.

C Herida por proyectil de arma de fuego (proyectil 1) orificio de entrada en hombro izquierdo de 0.5 por 0.7 cm sin anillo de limpieza y con anillo de contusión a 20 cm de la línea media y a 32 cm del vertex, herida por proyectil de arma de fuego (proyectil 2), 0.5 por 0.5 cm a 25 cm de la línea media y a 38 cm del vertex en cara interna del tercio superior de brazo izquierdo con anillo de contusión y sin anillo de limpieza, sin orificio de salida.

Orificio de salida: proyectil 1 en región axilar izquierda de bordes irregulares de 1.4 cm de diámetro que compromete piel, tejido celular subcutáneo, músculo deltoideo, músculo redondo menor, músculo redondo mayor, músculo infraespinoso, músculo porción larga del tríceps braquial, fractura del cuello anatómico del húmero, fractura de la cabeza humeral, fractura del cuello quirúrgico del húmero, fractura del acromion, fractura de la cavidad glenoidea, fractura del tubérculo subglenoideo, destrucción, de la cápsula articular lesión que compromete la arteria axilar, la arteria subescapular, la arteria circunfleja humeral anterior y posterior, vena axilar, fascículo interno del plexo braquial, (v del nervio mediano) fascículo externo del plexo braquial.

Trayectoria proyectil 1: plano sagital de izquierda a derecha.

Plano coronal anterior-posterior.

Plano horizontal superior- inferior.

Trayectoria proyectil 2 descrito:

Plano coronal de anterior a posterior.

Plano horizontal de inferior a superior.

D Herida por proyectil de arma de fuego oval sin anillo de limpieza con anillo de contusión de 1 por 1.5 cm. Que compromete el cartílago costal a la altura de la séptima costilla izquierda a 7 cm de la

línea media y a 58 cm del vertex. En hipocondrio izquierdo que compromete: piel, tejido celular subcutáneo, (panículo adiposo) vaina aponeurótica del músculo recto mayor del abdomen, músculo oblicuo mayor del abdomen reborde costal, cartílago costal a nivel del octavo arco costal izquierdo.

Trayectoria: plano sagital de izquierda a derecha.

Plano coronal de anterior a posterior.

Plano horizontal superior a inferior.

Orificio de salida. No se encontró orificio de salida.

6. CONCLUSION:

Causa directa de muerte por destrucción masiva cráneo-encefálica por herida por proyectil de arma de fuego. Probable causa de muerte violenta: homicidio ".

Culmina el protocolo con la nota sobre el reconocimiento del cuerpo de FERNEY CASTÍBLANCO LOPEZ por parte de SEGUNDINO LOPEZ INSECA con C.C. No. 4914.806 de la Plata (Huila), abuelo del occiso.

igualmente se adjuntó la respectiva dactiloscopia.

3.2.6. Informe No. 132 UNDH y DIH de la Investigadora Crirrninalístico IV de fecha 13 de junio de 2005²¹ por medio del cual se aclara la trayectoria de algunos disparos recibidos por las víctimas.

3.2.7. Dictamen No. S.I. 280795 del 5 de abril de 2006 del CTI división criminalística Sección Nacional de Identificación de la FGN., en donde se estableció la plena identidad de FERNEY LOPEZ CASTIBLANCO²² con base en la necrodactilia tomada en la inspección judicial al

²¹ Folio 12 Cdno. No. 2

²² Folio 246 id.

cadáver, con su similar plasmado en la tarjeta alfabética para la preparación de la cédula de ciudadanía se concluye que son uniprocedentes entre sí.

3.2.8 Fotocopia de la tarjeta de preparación de la cédula de ciudadanía No. 79.686.087 expedida en Bogotá a nombre de FERNEY CASTIBLANCO LOPEZ, nacido el 23 de noviembre de 1977.²³

3.2.9. Dictamen No. S.I. 281208 de fecha 5 de abril de 2006 del CTÍ división criminalística Sección Nacional de Identificación de la FGN., en donde se confirma la plena identidad de ROGELIO RIVEROS RAMIREZ²⁴ con base en la necrodactilia tomada en la inspección judicial al cadáver, con su similar plasmado en la tarjeta alfabética para la preparación de la cédula de ciudadanía, concluyendo que también son uniprocedentes.

3.2.10. Fotocopia de la tarjeta de preparación de la cédula de ciudadanía No. 17.285.557 expedida en Mesetas-Meta a nombre de ROGELIO RIVEROS RAMIREZ nacido el 1 de agosto de 1963 en la Palma-Cundinamarca.²⁵

3.2.11. Inspección judicial²⁶ practicada en el corregimiento de Jardín de Peñas con intervención de la Fiscal Especializada, investigador criminalístico en topografía, investigador criminalístico especializado en comunicaciones del CTI., un suboficial de comunicaciones del

²³ Folio 249 id.

²⁴ Folio 253 id.

²⁵ Folio 255 Cdo. No. 2

²⁶ Folio 200 Cdo. No. 6

Batallón de Infantería 21 Vargas de Granada, el Personero de Mesetas y el presidente de la Junta de acción comunal del corregimiento, con el fin de establecer el sitio de los hechos así como el tiempo empleado y el flujo de comunicaciones entre los diferentes grupos del ejército que participaron en la acción táctica Nómada, en el sitio el Basurero y en la escuela de La Piña.

3.2.12. Informe del investigador de campo -FPT-11-²⁷ a través del cual se plasmó lo comprobado en la inspección, y se conoció luego de realizar los respectivos desplazamientos a los sitios donde estaban ubicados los miembros del ejército y utilizar los radios con las mismas características de los usados por las fuerzas militares, que existía muy buena señal de recepción y transmisión de radiocomunicaciones en ambos sentidos, así como también el área de cubrimiento, estableciendo un servicio óptimo para comunicarse entre las bases o Unidad militar acantonada en esa jurisdicción.

3.2.13. Informe de Investigador de campo FPJ-11- grupo Criminalística- área de topografía²⁸ de la Fiscalía General de la Nación, cuyo objetivo era fijar topográficamente la diligencia de reconstrucción de los hechos en el punto "El Basurero" corregimiento de Jardín de la Peñas hacia la Uribe, en donde se destaca la corta distancia entre ese sitio con el centro de Jardín de Peñas, siendo visible la salida hacia La Uribe por estar ubicado en una parte alta. Se estableció que las muertes no se produjeron pasando a los capturados dentro del monte sino a la orilla de la carretera a tan sólo tres metros.

²⁷ Folio 208 Cdno. No. 6
²⁸ Folio 239 Cdno. No.7

4. A pesar que la sustentación del recurso no se expone de manera lógica y coherente en orden a facilitar su adecuada comprensión, la Sala de manera conjunta tratará de explicar desde la esfera racional la pluralidad de frases que entresaca del contenido de la sentencia y los múltiples interrogantes que realiza el recurrente. Se repara:

4.1. Advierte que le fue endilgado al procesado la totalidad de los ocho incisos que contempla el artículo 135 del Código Penal, sin señalar por cuál debía responder.

Esta afirmación denota falta de cuidado e incompreensión en la lectura de la decisión condenatoria, al encontrar en la parte motiva del fallo, que luego de realizar el A-quo un análisis de cada uno de los elementos de la descripción legal concerniente al artículo 135 y relacionar los ocho numerales que determinan quienes se entienden como "persona protegida", califica a las víctimas como tales, de conformidad con los numerales primero y sexto, sin anunciarlos, y determina:

"La connotación de PERSONA PROTEGIDA se concatena como se demostrará dentro del presente fallo, por la tendencia a destruir o aniquilar al enemigo, sin darle la oportunidad de rendirse o someterse, lo que va en contravía con el Derecho Internacional Humanitario, dada la posible vinculación de los señores ROGELIO RIVERC RAMIREZ y FERNEY CASTIBLANCO LOPEZ con la guerrilla y con mayor razón de no ser así por hacer parte de la población civil", (negrilla fuera de texto)

Significa lo anterior, que el Juez de conocimiento estimó que al ser combatientes o pertenecientes a las FARC como lo adujeron los militares, necesariamente sus vidas debían ser respetadas al ser capturados. Y a la vez, en caso contrario, al no estar comprobada la adherencia a la causa rebelde -como que al respecto se indagó ante las unidades de inteligencia con resultados negativos-, de igual manera su integridad obligaba conservarse incólume, por considerarse integrantes de la población civil. En este grupo se incluyen a todas las personas que sean civiles, en los conflictos armados internacionales, como en los no internacionales y gozan de una especial protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. Lo cual encuentra desarrollo suficiente en la jurisprudencia constitucional, como a continuación se proyecta.

Frente al principio de distinción que en el campo de derecho internacional humanitario encierra este cometido transnacional, la Corte Constitucional determina²⁹:

"...El principio de distinción, que es una de las piedras angulares del Derecho Internacional Humanitario, se deriva directamente del postulado según el cual se debe proteger a la población civil de los efectos de la guerra, ya que en tiempos de conflicto armado sólo es aceptable el debilitamiento del potencial militar del enemigo¹⁰⁶. El principio de protección de la población civil tiene carácter medular para el Derecho Internacional Humanitario. Según lo ha explicado el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, "las partes en los conflictos armados tienen la responsabilidad primordial de adoptar todas las medidas posibles para asegurar la protección de los civiles afectados".¹⁰⁷ En

²⁹ C-291 de 2007

palabras de la Asamblea General de las Naciones Unidas, "las poblaciones civiles tienen una necesidad especial de mayor protección en épocas de conflictos armados" ¹⁰⁸, y "todos los Estados y las partes en los conflictos armados tienen el deber de proteger a los civiles en los conflictos armados de conformidad con el derecho internacional humanitario. . . ."

Y acerca de su aplicabilidad contrae:

".. 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, y además es una norma de derecho internacional consuetudinario que ha sido aplicada en tanto tal por los Tribunales Penales para Ruanda y Yugoslavia, los cuales han explicado que en el marco de conflictos armados internos, la protección provista por el Artículo 3 Común a las Convenciones de Ginebra (que tiene carácter consuetudinario) ampara, en general, a las personas que por una razón u otra, incluyendo las que se acaban de enumerar, ya no estaban directamente involucradas en los combates. Al igual que en el caso de los "civiles", cuando las personas fuera de combate asumen una participación directa en las hostilidades, pierden las garantías provistas por el principio de distinción, únicamente durante el tiempo que dure su participación en el conflicto. ... "

Luego atendiendo la situación probatoria, no puede discutirse que las víctimas ostentaban el carácter de personas protegidas en el contexto interno e internacional.

4.2. Ahora, incomprensible por decir lo menos, resulta el cuestionamiento sobre las muertes de los dos capturados al no establecerse su plena identificación y en consecuencia no puede asegurarse que se corrobora la antijuridicidad formal.

No existe dubitación que las víctimas fueron aprehendidas por los militares en el parque de Jardín de Peñas y conducidos hasta el sitio donde fueron encontrados sus cadáveres, sin que en momento alguno se ha ya demostrado que el fallecimiento de ROGELIO RIVEROS RAMTVEZ y FERNEY CASTIBLANCO LOPEZ obedeciera a un combate o enfrentamiento con integrantes de un grupo armado ilegal en donde hayan participado pluralidad de estas personas y a la vez diversidad de víctimas que genere incertidumbre sobre su identidad, como se pretendió hacer ver al inicio de la actuación procesal.

Se demostró de manera irrefutable su deceso el 11 de noviembre de 2003 identificándolos en la misma fecha como ROGELIO RÍVEROS RAMIREZ y FERNEY CASTIBLANCO LOPEZ según obra en las actas de "inspección a cadáver", reconocimiento que también hicieron sus familiares al día siguiente en la diligencia de necropsia y se verifica con las fechas descritas en la relación antecedente.

Sin embargo, para que no existiera algún asomo de duda -como la que presenta el Defensor-, con base en la necrodactilia tomada ai momento

de la necropsia el 12 de noviembre de 2003,, fueron ratificadas sus sendas identidades en los Dictámenes N° S.I. 280795 y N° S.I. 281208 fechados el 5 de abril de 2006 como ROGELIO RIVEROS RAMIREZ y FERNEY CASTIBLANCO LOPEZ, de lo cual se desprende que nunca fueron personas determinadas como N. N., porque como se anteló, su reconocimiento se realizó de forma inmediata por sus familiares siendo avaladas posteriormente, no quedando la más mínima duda sobre su individualización e identificación, razón suficiente para obviar ocupamos de los interrogantes posteriores frente a cada uno de los documentos que demuestran la materialidad de evento delictuoso, por referirse al mismo asunto: la identificación de los occisos.

4.3. Crítica el censor la falta de ponderación de cada uno de los elementos de prueba que únicamente se enumeran en el fallo³⁰, porque estima que al no existir un estudio, comparación o reflexión de los mismos, se incursionó en una vía de hecho.

Nuevamente el Defensor -ya sea por estrategia- exhibe desconocimiento frente a la redacción de las sentencias, pues no es necesario ni tampoco razonable exigirle al Juez de conocimiento la estimación del alcance probatorio de cada una de las pruebas obrantes en el proceso, máxime como en este caso que el A-quo en las primeras páginas cuestionadas se dedica no sólo a presentarlas sino también a examinarlas, pues ello a más que contradice al principio de selección probatoria, (el expediente cuenta con doce cuadernos originales), desconoce lo dispuesto en el inciso final del artículo 55 del Estatuto Orgánico de la Administración de Justicia -Ley 270 de 1996-, que

³⁰ En el fallo de primera instancia hasta la página 13.

consagra como factor esencial para los jueces y magistrados en la elaboración de las providencias judiciales: *"la precisión y la concreción de los hechos materia de los debates y de las pruebas que los respaldan . "*

No es esencial que la decisión judicial recoja tanto la singularización como la valoración de todos y cada uno de los prospectos probatorios incorporados al proceso, pues, como tantas veces se ha precisado, el juzgador no está obligado a hacer un examen exhaustivo de las mismas, ni de sus extremos asertivos, sino de las que considere jurídicamente relevantes para la sentencia, de lo contrario ésta devendría interminable.

Ahora bien, para configurar debe ser *"producto de una actitud arbitraria i/ caprichosa"* que apareje la violación de derechos fundamentales y la comprobación de la ocurrencia de alguno de los siguientes defectos, entre otros:

"Defecto procesal, que se origina cuando el juez o el Fiscal actúan completamente alejados de las normas procesales aplicables;

Defecto orgánico o de competencia que se produce cuando la autoridad judicial carece absolutamente de competencia para producir la providencia impugnada;

Defecto táctico, que se da cuando el servidor público deja de decretar o practicar pruebas absolutamente conducentes o pertinentes que han sido debidamente solicitadas, o cuando deja de valorar pruebas fundamentales

radicadas en el expediente o existe una evidente contradicción entre los datos tácticos del proceso y la decisión judicial finalmente adoptada;

Defecto material o sustantivo, que acontece por carencia absoluta de fundamento jurídico; por aplicación de una disposición abiertamente inconstitucional; por abierta y franca incompatibilidad entre los fundamentos jurídicos y la decisión adoptada, o por violación directa e inmediata de un derecho fundamental por omitir su aplicación, aplicarlo indebidamente o por la interpretación de una disposición al margen del principio de interpretación conforme.

Finalmente, existe la vía de hecho por consecuencia, que se configura cuando el juez fundamenta su decisión en una valoración fáctica equivocada, inducida por la actuación inconstitucional de otros órganos estatales. En otras palabras, lo que se tiene en estos casos cuando el funcionario judicial es víctima de una inducción al error; que le es difícil apreciar dado que su actuar se encuentra guiado por la confianza legítima en la actuación estatal que de todas maneras causa un daño a un derecho de importancia constitucional.

...

De los que habrá de puntualizarse en ninguno de ellos incurre el A-
quo; la taxativa relación que hace de las pruebas es el sustento para el
análisis posterior y sucesivo de ellas., las que en su conjunto y luego de
su cuidadoso estudio, así como del principio de autonomía judicial lo
habilitaban para adoptar la determinación adversa al acusado,
haciendo impropio el adjetivo utilizado para exhibir su disenso con lo
decidido. ¹⁹⁰

³¹ C- 190 de 2005

Se insiste, lo que trasciende y sobresale en este punto a la hora de denunciar la incursión de un defecto, es la afectación de garantías derivadas en este caso de la elaboración de una sentencia, en cuanto se prescindan de los fundamentos o alcances de la misma, o que su redacción y motivación dificulte el ejercicio de los derechos de los sujetos procesales, lo que en el sub examine no aconteció, tornándose prueba de ello los argumentos esbozados en esta alzada, quedando entonces la divergencia expuesta en el plano de la simple formalidad, en la medida de no colmar las expectativas del recurrente, lo que de manera alguna da lugar a la situación advertida por el apelante.

4.4, De igual manera echa de menos, el examen de los motivos y las circunstancias de hecho y de derecho que estructuraron la coautoría endilgada en la parte resolutive, tornándose incongruente la sentencia entre esta última parte y la motiva.

Acorde con el pliego de cargos en donde tras el análisis respectivo la Fiscalía verificó claramente el acuerdo de manera expresa del ex teniente LUIS FERNANDO SARMIENTO con los ciernás integrantes de la patrulla y la participación directa de aquellos que los ejecutaron, se nominó el comportamiento de este militar como doloso, siendo llamado a responder a título de coautor, tal y como fuera reconocido en el pronunciamiento de fondo.

En ese marco, se parte del conocimiento generalizado que en el régimen militar todo marcha con reglas o normas de conducta especiales y en las que la disciplina constituye uno de los

insustituibles principios rectores de guía en la ejecución de sus acciones. Se tiene como condición esencial para la supervivencia del mismo Estado. El mando sobre la tropa y el obedecer están siempre dentro de las atribuciones del Superior y a su vez, como obligaciones del subalterno. En este sentido se estructura el valor de la lealtad y el axioma de disciplina, definidos por reglamento en su orden, así:

"...Es ser fiel y seguro con la patria, la institución, con el cumplimiento de la ley, con los superiores, con los compañeros y con la misión..."³²

"...Condición esencial para la existencia de la fuerza militar. Mandar y obedecer dentro de las atribuciones del superior y las obligaciones del subalterno. . .,"³³

La misma jurisprudencia constitucional lo ha reconocido al momento de evaluar los delitos en que incurren los militares ante la inobservancia de dichos componentes:

"...La institución castrense se encuentra estructurada jerárquicamente y, tiene como soporte inmodificable e insustituible de la vida militar aspectos como la disciplina, el servicio y el honor, entendidos, como condiciones esenciales de toda fuerza militar que le permiten actuar como garante para la defensa de las instituciones. Estas condiciones han sido reprimidas por la ley como delitos, es así, como el Código Penal Militar consagra como hechos punibles, la insubordinación, la desobediencia en sus distintas modalidades, los ataques o amenazas a superiores e inferiores, el abandono del comando y del puesto, el abandono del servicio, la desertión, el delito del centinela, la inutilización voluntaria, la cobardía, entre otros. ...,"³⁴

De similar forma, en el léxico castrense, la aceptación del Plan o proyecto, es el conjunto de prescripciones y normas que se dictan para

³² Concepto extraído de la página web del Ejército Nacional, dirección:

<http://Avwww.ejercito.mil.co/index.php?idcategoria=268892>

³³ Ibidem. <http://www.ejercito.mil.co/index.php?idcategoria=268891>

³⁴ C- 709 de 2002.

la realización de un cierto propósito. Toda acción de guerra se rige por un plan, lo que es perfectamente lógico, ya que cualquiera que sea, desde la más amplia concepción estratégica hasta la más limitada maniobra táctica, requieren una organización, distribución de misiones, coordinación de medios y previsión de recursos de todas clases.

En el evento juzgado, la operación acordada bajo la denominación "Nómada" se gobernó por estas reglas, todo estaba debidamente estudiado, repartido, asignado y dirigido por un militar de rango superior, tareas que fueron transmitidas y obedecidas por otros de menor grado hasta llegar a los soldados, quienes en este caso, acatando órdenes materializaron la muerte de los dos capturados ROGELIO RIVEROS y FERNEY CASTIBLANCO.

Tal mecánica aparece demostrada con la declaración del señor SILVIO EDGAR ROSERO BELALCAZAR comandante para la época, del Batallón de contraguerrillas N° 42 quien afirma:

"... después de haber hecho un planeamiento con los comandantes de la compañía B señor Capitán AVENDAÑO y de la compañía D del que no recuerdo su nombre en este momento, se toma la determinación de salir hacia el sector de Jardín de Peñas en desarrollo de una operación militar..." ... El día 10 de noviembre en horas de la noche, no recuerdo bien la hora se lanza la operación NOMADA, con la participación de las dos compañías que ya mencioné al mando de la cual estaría el señor capitán A VENDAÑO... "35.

Según lo expuso el sargento GERMAN OSPINA en desarrollo de la operación ofensiva anteriormente determinada se decidió llevarla a cabo con tres contraguerrillas: Dinamita 2 al mando del ST. CAMARGO; la compañía BUITRE al mando del CT. JAIME AVENDAÑO OSPINA la cual fue organizada en dos contraguerrillas Buitre 1 al mando de SV. GERMAN OSPINA y Buitre 2 bajo la dirección del ST. LUIS SARMIENTO BARRERA el que se ubicaría en el sector del basurero con el fin de apoyar a la sección bajo las órdenes del sargento Ospina en caso de contacto armado.

Su unidad fue desplegada en tres grupos: uno al mando del C3 JUAN CARLOS VARGAS; SLP FRANCISCO JAVIER FIGUEROA; SLP ALVARO ALBERTO QUINTERO; SLP JHON GARCIA MOLINA; SLP ROEL SAAVEDRA TRIVIÑO. Otro grupo bajo el mando de SLP HAMILTON RIVERA MENA junto con SLP HERNAN HERNANDEZ RODAS; SLP VASQUEZ AGUDELO y SLP SEGUNDO CABRERA HERNANDEZ. Y un tercer grupo bajo su dirección conformado con los soldados ELKIN PULGARIN; SLP YOIBER REYES CASTILLO; SLP MONTOYA URREA; SLP ALBERTO VILLA CONCHA Y SLP FREDY CARO DURANGO.

Dentro de este cuerpo nadie puede actuar de manera independiente porque todo descende de una autoridad superior y por un objetivo debidamente planeado y ordenado. El rango del Oficial Teniente SARMIENTO obviamente era superior al del sargento Ospina - Suboficial- y así sucesivamente el de cabos y soldados profesionales que lo acompañaban y sin su aquiescencia para operar dentro de la misión encomendada, o algún procedimiento a llevar a cabo frente a

cualquier situación que se les presentara, -como en el caso de la captura de las dos víctimas y su destino posterior-, no podrían ejecutarse sin que mediara orden del superior jerárquico.

Por dicha disciplina, radica el conocimiento y participación del procesado LUIS FERNANDO SARMIENTO BARRERA, en la muerte de ROGELIO y FERNEY, dado que su retención fue comunicada por el Sargento Ospina una vez realizada, como él mismo lo afirma en la ampliación de su declaración³⁶ y lo reitera JHON HAMILTON RIVERA MENA uno de los soldados de la unidad quien asegura que después de la conversación con el teniente íes ordenaron partir con los capturados hacia la escuela del Piñal. Corrobora el capitán JAIMÉ AVENDAÑO que se contactó con el teniente Sarmiento y éste le dio el reporte de "dos bajas", situación que transmitió al Mayor SILVIO ROSERO BEL ALCAZAR.

Toda esta comunicación concatenada demuestra la verticalidad que existe en las fuerzas militares en donde todo se realiza bajo la orden superior, hecho indicador que en esta ocasión también provino de altos mandos (que son objeto de investigación por separado), retransmitida a rangos inferiores hasta llegar a quienes la materializaron, los soldados REYES y PULGARIN, asegurando éste último, que el teniente Sarmiento no sólo se entrevistó después de la captura con el sargento Ospina sino que también se encontraba presente al momento de la ejecución.

³⁶ Folio 140 Cdno. N° 1

De ahí que se hable de coautoría porque al existir una planeación y necesitar una orden para actuar todos los que participan en la misión, sobretodo sus comandantes, conocen la operación militar y las tareas, así de manera directa no las realicen, pero sí contribuyen en forma especial en la fase ejecutiva porque ostentan un codominio del hecho.

La jurisprudencia penal ha precisado respecto de lo preceptuado en el artículo 29.2 del Código Penal que para afirmar que existe coautoría se necesitan tres requisitos: acuerdo común, división de trabajo y observación del peso del aporte, determinando que:

“ ... Acuerdo significa conformidad, asentimiento, reflexión y madurez de determinación.

División quiere decir separación, repartición.

Aportar, derivado de "puerto", equivale a llegar o presentarse a un lugar, hacer algo en pro de un fin común.

d) Las anteriores exigencias coinciden con las generalmente adosadas, antes y ahora, a la coautoría, vale decir, acuerdo y decisión plural; sentimiento de actuar en una obra propia inserta en una labor global, común; comportamiento signado por esa directriz, o codominio del hecho; y aporte de algo importante durante la ejecución del delito, todo ello, desde luego, mirado objetiva y subjetivamente.

Observado el fenómeno de otra forma, para hablar de coautoría son indispensables dos exigencias, una subjetiva y una objetiva.

El aspecto subjetivo de la coautoría significa que:

Uno. Los comuneros se pongan de acuerdo, planifiquen la comisión del ilícito y, de consuno, decidan su perpetración.

Dos. Cada uno de los comprometidos sienta que formando parte de una colectividad con un propósito definido, el hecho es suyo, pero incluido dentro de una obra mayor, global, es decir, perteneciente, imbricada, realizada por todos los concurrentes o, dicho con otras palabras, la persona debe, sentir que cumule tareas en interdependencia funcional.

La fase objetiva comprende:

Uno. El codominio funcional del hecho, entendiendo por tal que los varios individuos, sin sometimiento, dependencia o subordinación de uno o unos de ellos a otro u otros de ellos, se dirijan a la misma finalidad con un comportamiento esencial, mirado no en términos absolutos sino relativos.

Por conducta esencial se debe entender, primero, que sin ella es imposible cometer el hecho; o, segundo, que si una de las personas se opone o entra en divergencia con las otras, puede hacer fracasar el plan, molestarlo o variarlo en su desarrollo; o, tercero, que la intrusión de las personas no debe ser meramente casual, accidental o secundaria.

Dos. Aporte significativo durante la ejecución del hecho, es decir, prestación de algo trascendente para su comisión, servicio importante que cada uno de los concurrentes presta a la gesta delictiva.

Esa contribución común en pro del mismo fin puede ser material o moral - espiritual-, por ejemplo cuando, en esta última hipótesis, la presencia definida de uno de los comuneros refuerza o estimula el cumplimiento del plan trazado, presiona y multiplica las energías de los otros, apoya al resto, reduce las defensas de la víctima, aumenta la intimidación padecida por ésta, incrementa la agresividad de los otros autores o comporta una mayor seguridad para estos en cuanto, vgr., la cantidad de sujetos intensifica el amedrentamiento que sufre la persona objeto de la acción, etc.

Y el aporte durante la ejecución del hecho quiere decir que la prestación que hace la persona debe ocurrir, total o parcialmente, entre el momento en que se inicia la realización del verbo rector que guía la conducta criminal y el logro de la consumación... "A"

Los aspectos relevantes traídos a colación en precedencia guardan armonía con la conducta desplegada por el acusado SARMIENTO BARRERA, en la medida que como ya se verificó, para cualquier operación militar debía existir un plan previo, asignación de tareas y la contribución objetiva dentro de la misión. La operación "Nómada" precisamente se realizó con el fin de adelantar rutinas ofensivas en el

³⁷ Sen.º Agosto 21/03 CSJ. Rad. 19213 M.P. Alvaro Orlando Pérez Pinzón.

45 52

sector de Jardín de Peñas al tener conocimiento de la presencia de miembros de las PARC decidiendo llevar a cabo la acción estratégica: *"con el fin de capturar o en caso de resistencia armada dar de baja a integrantes del grupo subversivo del frente 40 que delinquen en la jurisdicción"*³⁸

Efectivamente la meta se cumplió pero infringiendo la ley penal, puesto que en desarrollo de dicha acción militar dieron captura a ROGELIO RIVEROS RAMIREZ y FERNEY CASTIBLANCO LOPEZ, los que luego de encasillarlos como pertenecientes a la guerrilla fueron conducidos a las afueras del caserío, para momentos después ejecutarlos en forma inmisericorde, simulando un combate para darle 'patente' de legalidad a sus actos criminales.

4.5 Otra inconformidad presentada por el censor es la animosidad por parte del Juez de Granada hacia la institución militar por los comentarios realizados en el debate público, los que impiden un pronunciamiento imparcial en contra de su prohijado.

Equivocada interpretación respecto de las frases pronunciadas por parte del titular del Despacho en la verificación de la audiencia pública, pues son una antología de buenos deseos para los soldados de la patria como se constata de lo expresado, que en nada incidió para el estudio de las infracciones verificadas y compiladas en el voluminoso expediente examinado, cuyo resultado, luego del análisis probatorio respectivo, fue desfavorable a los intereses del condenado y plasmado en el extenso fallo proferido.

³⁸ Testimonio de Germán Ospina Fol. 7 Cdno. i

5. De los testimonios.

Pretende,, en el escrito que de manera directa sustentó el condenado LUIS FERNANDO SARMIENTO BARRERA y lo adiciona al de su apoderado judicial,, rebatir los testimonios de los subalternos que lo involucran, queriendo salir avante de la responsabilidad comprobada en este hecho punible aduciendo ser ajeno a la ejecución de las dos víctimas. Afirma que la determinación la tomó de manera directa el Sargento OSPINA quien pasando por alto el conducto regular que obliga dentro de la institución militar, se comunicó con el Mayor ROSERO tomando por riesgo propio la operación militar sin consultar con su superior inmediato, explicando el anómalo procedimiento, en que él era más joven y con solo tres años de servicio, mientras que el Sargento tenía quince años de antigüedad en las filas.

Cándida explicación para un oficial del ejército con amplia trayectoria al servicio de la institución, -desde su incorporación al prestar el servicio militar-, y conocimiento de las normas que los rigen, siendo la más relevante dentro la disciplina militar, el "mandar" como una atribución del superior y el "obedecer" como una obligación del subalterno. En virtud de esta "sumisión", -pues cualquier desacato se constituye insubordinación-, no es de recibo la pretensión del impugnante, endilgar toda la responsabilidad de lo sucedido al sargento Ospina, el criticar su carácter y su perfil militar en esta situación y menos aún ante la imposibilidad de contradecirlo, por su comprobado deceso.

Ahora, es relevante en esta investigación, por respeto nuevamente al

rigor castrense, las homogéneas declaraciones de las personas que participaron en la operación " Nómada" al ser aleccionados sobre el suceso fantástico que debían narrar, incluido el aquí procesado.

Sin embargo, surgió la excepción a la regla con el testimonio del soldado CARLOS ANDRES GUERRA³⁹ quien alertó sobre la realidad de lo acontecido por habérselo contado el soldado RIVERA integrante de la misión, y los comentarios que hacían los demás compañeros que se encontraban allí, sobre la muerte de los dos aprehendidos: "*... lo cierto es que en esos hechos decían que habían agarrado vivos a esas dos personas y las sacaron del pueblo donde los mataron, que no habían sabido hacer las cosas que eso era mal hecho*".

Ai derrumbarse la falaz afirmación sobre el supuesto combate, fueron surgiendo responsabilidades las cuales fueron consolidándose con la aceptación de cargos y decisiones condenatorias de los autores materiales, componente incriminatorio que alcanza al ex teniente Sarmiento Barrera por ser integrante de la operación, encontrarse presente en el sitio de los hechos y ostentar un rango mayor entre los efectivos.

Así lo refleja FRANCISCO JAVIER FIGUEROA en la indagatoria rendida el 30 de noviembre de 2007 cuando asegura que luego de capturar a ROGELIO y FERNEY para salir del caserío se dividieron dos grupos: "*... pero antes de salir le informamos al teniente SARMIENTO que estaba de seguridad de apoyo en el basurero Ya nos encontramos en la orilla de la carretera los dos grupos y errjpezamos el*

³¹¹ Folios 168 y 171 Cdo. No. 1

desplazamiento en donde se encontraba la contraguerrilla del teniente

SARMIENTO"⁴⁰

De igual manera el soldado ALVARO ALBERTO QUINTERO después de ser interrogado en diferentes diligencias incluso en la indagatoria y presentar la versión que a todos se les indicó narrar, el 11 de diciembre de 2008 solicitó ampliación de indagatoria con el fin de colaborar en el esclarecimiento de los hechos y rememoró que el 10 de noviembre de 2003 se inició una operación conformando él la compañía Buitre y al mando de un capitán que se quedó en el cruce de La Julia y del teniente SARMIENTO que se ubicó en el cerro que se llama el Piñal distante a dos kilómetros de Jardín de Peñas. Dice que el teniente le dio la orden al sargento Ospina que colocara un puesto de observación en el pueblo con la escuadra donde se encontraba el sargento y el cabo Vargas. El sargento Ospina se quedó en una casa en donde funcionaba una farmacia con algunos soldados entre ellos REYES y PULGARIN y fueron quienes retuvieron a Rogelio y a Ferney.

El sargento le comunicó la situación al teniente que estaba más arriba y empezaron el desplazamiento hasta encontrarse con el teniente SARMIENTO pero no escuchó sobre qué hablaron. Lo cierto es que el teniente, el sargento, el soldado Pulgarín y el soldado Reyes subieron a un barranco cerca de la carretera y empezaron a interrogarlos, pero al recibir la orden del sargento que no dejara pasar carros se retiró de allí, escuchando posteriormente *"dos rafagazos, cuando yo miré ya estaban las dos personas en el suelo muertas, las habían rafaguado por detrás, estaban los*

⁴⁰ Folio 262 Cdo. 3

soldados REYES y PULGÁRJN desasegurando los fusiles y el teniente cogió hacia arriba...⁴¹.

Ninguna inconsistencia descubre la Sala frente a este testimonio, pues es lógico que al estar un poco retirado del sitio donde se hallaban los dos capturados, lo que alcanzó a divisar fue el movimiento que con sus armas de dotación que hicieran REYES y PULGARIN, logrando verificar lo acontecido cuando se acercó y vio a los dos cuerpos sin vida. Acepta que no supo realmente como sucedieron los homicidios pero al escuchar los disparos, a los únicos que vio manipular sus armas fue a REYES y PULGARIN porque ninguno de los demás compañeros que estaban a su alrededor disparó, imputación cierta que fue aceptada por los mismos inculpados.

Aclara, que a pesar de encontrarse a unos 150 metros del sitio en donde ocurrió el hecho y de existir maraña y árboles que impedían observar, logró darse cuenta, al avanzar unos metros hacia la carretera.

Es indiscutible que el teniente Sarmiento tenía bajo su mando la contraguerrilla Buitre 2, que el declarante denomina en una de sus respuestas "compañía Buitre", lo cual aclara en una contestación posterior, al expresar que el capitán Avendaño era el comandante de la compañía; resulta entonces coherente su dicho porque efectivamente el teniente comandaba un grupo de la contraguerrilla, así como que el sargento dirigía la otra sección de contraguerrilla Buitre 1.

⁴¹ Folio 91 Cdno. No. 5

Impugna también el procesado que este subalterno trate "de involucrarlo en detalles". Desafortunadamente para el apelante, todos estos "detalles" han sido comprobados. Respecto de la orden de ubicación de la unidad en Jardín de Peñas dice que fue dada por el sargento y no por él como lo asegura el declarante. Se reitera la subordinación de los grados: efectivamente el sargento dio la orden verbalmente, pero debía contar con la autorización del superior que era el teniente, con base en la planeación previa de la misión, sobretodo si todos iban reunidos en cumplimiento de la misma. Otro "detalle" que coloca de presente es que él no interrogó a los capturados; pero acepta en su versión de descargos, que fue informado de las capturas por parte del sargento 3^ que luego se encontraron. Similar situación se presenta en esta queja, al afirmar el soldado Quintero, que el teniente se encontraba con el sargento Ospina, pero que el interrogatorio lo realizó el sargento, no hallando eco la refutación que realiza el censor al respecto.

Objeta la exposición que realizó ELKIN DE JESUS PULGARÍN PULGARIN, aduciendo que jamás participó del "*horrendo proceder*" de unos militares que deshonran el Ejército Nacional y que se han orquestado con intereses oscuros en su contra, trayendo a colación apartes de los testimonios vertidos por este soldado -condenado en diferentes oportunidades-, para desmentir que la orden de disparar en contra de ROGELIO y FERNEY provino de su parte, pues ella fue dada únicamente por el sargento Ospina.

Al respecto se hace pertinente examinar la narración real que de los hechos hiciera ELKIN DE JESUS PULGARIN en la diligencia

ya que la "búsqueda de un soldado perdido" fue la razón para que él no estuviera allí cuando ocurrieron los ilícitos.

El soldado aparentemente perdido no fue otro que JOSE ROEL SAAYEDRA TRIVIÑO quien expresó al inicio que cerraba el grupo por estar en la parcé de atrás o de último en la fila, por lo que al sentirse "tirado en el pueblo" caminó carretera arriba, pero en ningún aparte de su testimonio menciona que alguno de sus compañeros lo fuera a buscar; situación que varió en posterior diligencia⁴², al adicionar la presencia del teniente cuando él ascendía para reunirse con el grupo, exactamente días después de la versión que rindiera el procesado.

En la precitada diligencia, el procesado LUIS FERNANDO SARMIENTO⁴³ acepta que cuando se realizó la captura fue informado al respecto por el sargento OSPINA iniciando éste el desplazamiento hacia donde él se encontraba y cuando se vieron personalmente le informó que se le había extraviado una pistola de los capturados, así como también un soldado. Que el sargento le solicitó emprender la búsqueda del soldado y para dicha tarea se devolvió junto a su tropa. Encontrándose en Jardín de Peñas escuchó ráfagas de ametralladoras y fusilería por lo que le timbró al sargento para conocer la situación, informándole de las "dos bajas" producidas como consecuencia de un contacto armado con un grupo guerrillero, procediendo a reportarlo al capitán AVENDAÑO.

⁴² Recepcjonada el 11 de mayo de 2009

⁴³ Folio 246 Cdno. No. 5 Recibida el 23 de abril de 2009

Inaceptable explicación entrándose de un destacamento militar en donde existe un cuadro de mando, sujeto a irrestricta obediencia. Cómo es posible que aparezca un teniente acatando órdenes de un subalterno como era el sargento? No es más que una falacia para hacer creer que ignoraba el destino de los dos capturados por hallarse alejado al momento de la ejecución, lo cual -aunque así se hubiera verificado- tampoco debilita su responsabilidad porque fue enterado de las dos retenciones por parte del sargento que las efectuó, se entrevistó y conversó con él y no existió enfrentamiento alguno con grupo guerrillero. Luego se concluye que al no poder actuar sin orden superior, el resultado muerte correspondió al cumplimiento de la orden recibida previamente, originada de sus comandantes.

Atribuye una coartada de los soldados RIVERA, FIGUEROA y HERNANDEZ para hacer notar que el teniente Sarmiento no había bajado al pueblo. Sin embargo, el encabezamiento de su alegación no concuerda con el sustento indicado, al colocar como referencia para su demostración, las declaraciones rendidas el 17 de abril del año 2009. En dicha fecha se halla dentro del expediente, la resolución mediante la cual se calificó la conducta de YOIBER JOSE REYES CASTILLO, lo cual impide su confrontación y análisis al respecto.

Lo mismo sucede con la contradicción sobre una "supuesta comunicación" por radio en la que incurre el soldado PULGARIN, porque en la audiencia preparatoria asegura que alcanzó a escuchar "porque eso suena duro" la información a sus superiores. En oposición, coloca un aparte que no corresponde al mismo asunto (la comunicación por radio) ya que en dicha diligencia, el Procurador,

está interrogando acerca de si hubo comunicación personal entre el sargento y el teniente Sarmiento durante el regreso de jardín de Peñas, a lo cual respondió que sí: *"...porque mi sargento estaba ahí cuando me llamó, él arranco a conversar con mi teniente..".* Por ello, ante la pregunta del Ministerio Público sobre, si sabía qué charló el teniente Sarmiento con el sargento, el soldado PULGARÍN respondió: *"No, no me acuerdo porque la verdad no se escuchaba lo que hablaban"*, refiriéndose a la entrevista entre estos dos militares.

Confusa sustentación del recurso e interpretación de este testimonio, dirigido a debilitar la prueba testimonial más sólida como es la exposición de ELKIN DE JESUS PULGARIN, quien en sus diferentes salidas no presentó diferencias sustanciales pese al correr del tiempo, exponiendo un relato de manera circunstanciada que proviene del contacto directo que mantuvo con los hechos y exhibe sinceridad, al punto que aceptó la responsabilidad material del hecho punible que por orden superior debió realizar.

Por ello no son de recibo los reparos que expone, con relación al arma incautada si se disparó o no, o si se hallaba cerca o lejos del sargento Ospina, porque dichos pormenores en nada inciden para desligar la participación del procesado aquí juzgado.

Que al soldado PULGARIN no lo hayan capacitado sobre el respeto por los derechos humanos mientras que al soldado RIVERA MENA sí, tal conocimiento se torna trivial, porque sabiéndolos al dedillo como lo asevera Rivera Mena o ignorándolos como el soldado Pulgarín, por órdenes de quienes más ampliamente los conocen y obliga su práctica,

fueron violados, circunstancia carente de relevancia alguna para alterar la conclusión acerca de la imputación al procesado, por ex contrario, la corrobora, en el sentido que la muerte de ROGELIO RIVEROS RAMIREZ y FERNEY CASTIBLANCO LOPEZ, obedeció a lo que en los últimos tiempos se ha conocido en los medios de comunicación como un "falso positivo" en el que participó el Oficial LUIS FERNANDO SARMIENTO BARRERA.

Esta última afirmación encuentra respaldo en las versiones rendidas por otros participantes de la acción estratégica desplegada, entre ellos Segundo Cabrera Hernández, Hernán Antonio Hernández Rodas, Alberto Elias Villa Concha, Jhon Elamilton Rivera Mena, Francisco Javier Figueroa y Alvaro Alberto Quintero, piezas procesales que junto a la exposición de ELKIN DE JESUS PULGARIN, son contundentes e infunden la certeza necesaria para condenar en relación con el delito imputado de Homicidio en persona protegida.

Para esta Colegiatura es claro, que los demás elementos probatorios arimados al expediente, lejos de controvertir o desvirtuar lo expresado por los testigos de cargo, lo ratifican: se menciona que en algunas ocasiones las comunicaciones se vieron interrumpidas, con el fin de argumentar desconocimiento frente a la situación presentada y atribuir toda la responsabilidad por ser una decisión unilateral, al hoy fallecido sargento OSPINA.

Sin embargo, según lo afirmó ELKIN DE JESUS PULGARIN, la línea de mando conoció inmediatamente la captura de las dos personas: "...El sargento hablaba con el capitán y el capitán con el mayor, pero el

sargento y teniente hablaban juntos, coligiendo la presencia del teniente durante el reporte del sargento con otro superior, conociendo de antemano la decisión extralegal tomada.

Descartó la interrupción de las comunicaciones, la verificación de la inspección judicial por parte de los investigadores del CTI y confirmar la limpieza en las comunicaciones: se realizaron los respectivos desplazamientos a los sitios donde estaban ubicados los miembros del ejército utilizando radios con las mismas características de los usados por las fuerzas militares, concluyendo que la recepción y transmisión de radiocomunicaciones en ambos sentidos era muy buena, así como también el área de cubrimiento, estableciendo un servicio óptimo para intercomunicarse con las bases más cercanas de la jurisdicción.

Ahora, por la mal entendida "lealtad", la mayoría de los soldados repitieron lo que en un papel les consignaron, "porque eso estaba cuadrado ya" -según lo expresó el sargento Ospina-, no pudiendo salirse de sus líneas so pena de retaliaciones por parte de sus superiores, presentando un combate inexistente que no fue posible mantener a pesar de las presiones por ellos ejercidas.

La coartada presentada fuera del contexto real de los acontecimientos, que fue sostenida en un principio por todos los participantes en la misión Nómada, fue derrumbada a medida que avanzó la investigación pues no sólo las declaraciones de los habitantes del corregimiento de Jardín de Peñas, Francisco Alcides Gómez y Lujan Antonio Ospina, expresan la inexistencia de enfrentamientos, sino que dicha ficción fue corroborada por el entonces Personero de La Uribe

RICARDO RODRIGUEZ CAJAMARCA, quien averiguó ante la Policía y el Ejército, descartándose cualquier tipo de contienda por esos días.

La ausencia de huellas y rastros que dejan combates de esta naturaleza, aunado al análisis de la trayectoria de los disparos recibidos por las víctimas y descritos por los galenos, revalidan el estado de inferioridad en que se encontraban, -bocabajo-, ratifican la ejecución extrajudicial consumada por agentes del Estado en la cual tuvo activa participación el teniente LUIS FERNANDO SARMIENTO BARRERA, trasgrediendo no sólo las reglas de Derecho interno sino también las de Derecho Internacional Humanitario, de estricto cumplimiento para las Fuerzas Armadas que son los destinatarios naturales de las normas humanitarias, por ser garantes de la protección de los derechos humanos.

En tal virtud, por satisfacerse los presupuestos señalados por el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, la sentencia, deberá ser confirmada por la Sala al no encontrar reparos que merezcan enmienda oficiosa y quedar despachados adversamente aquellos motivos de inconformidad que sustentaron la alzada y delimitan la competencia del superior.

Son esas razones suficientes para que esta Sala del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVA

PRIMERO. CONFIRMAR íntegramente la sentencia de data, procedencia y contenido reseñados en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO, REMITIR de inmediato el expediente para los trámites subsiguientes a esta decisión, a la Secretaría del Tribunal Superior de Viilavieencio.

TERCERO. ADVERTIR, que contra la presente sentencia, procede el recurso de casación.

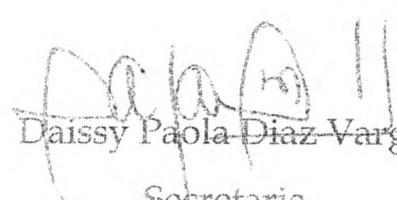
NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

Las Magistradas,


DENNIS MARINA * GARZON ORDUÑA

^{1/1}
M. CIA / Otearé? Ote*. J
MARIA JCR SA GARCIA SANTAMARIA


NILKA GUISEL A DEL PILAR ORTIZ CADENA


Daissy Paola Diaz Vargas
Secretaria.

TRIBUNAL SUPERIOR DE VILLAVICENCIO
SALA PENAL
SECRETARIA

NOTIFICACION AL MINISTERIO PUBLICO:

En Villavicencio hoy, once de mayo de dos mil doce, notifico personalmente al señor Procurador Judicial REPARTO en su condición de Agente del Ministerio Público, ja providencia de fecha 03 de mayo de 2012, proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Villavicencio dentro de la causa número 2009-00071-01 adelantada contra LUIS FERNANDO SARMIENTO BARRERA por el delito de HOMICIDIO AGRAVADO. Enterado de su contenido, firma en constancia.

El Notificado,

Ei Secretario,

GERMAN A. FRANCO HERNANDEZ

NOTIFICACION PERSONAL:

En Villavicencio hoy once de mayo de dos mil doce, notifico personalmente al señor FISCAL SESENTA ESPECIALIZADA UNDHH Y D1H de esta ciudad en su condición de sujeto procesal dentro del presente proceso número 2114 adelantada contra LUIS FERNANDO SARMIENTO BARRERA por el delito de HOMICIDIO AGRAVADO. Providencia de fecha 03 de mayo de 2012 proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Villavicencio. Enterado de su contenido firma en constancia.

Ei Secretario,

FISCAL SESENTA ESPECIALIZADA UNDHH Y DIH

GERMAN A. FRANCO HERNANDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO
PAZ DE ARIPORO, CASANARE
OCTUBRE 19 DE 2012, HORA 10 A.M.

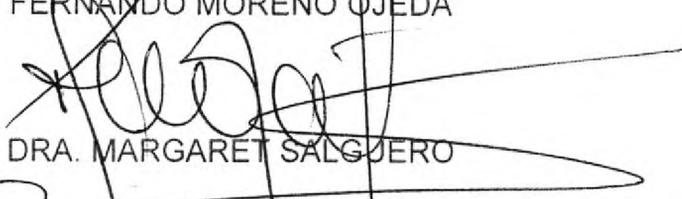
**AUDIENCIA PÚBLICA EN EL PROCESO PENAL RADICADO BAJO EL No. 2010-0008. CONTRA;
JOMAN LEONARDO ALARCÓN Y OTROS. DELITO: HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA.**

En Paz de Ariporo. Casanare, siendo las 10 de la mañana del día arriba señalado, el suscrito Juez Promiscuo del Circuito de esta municipalidad, junto con el Secretario del Juzgado, se constituyó en audiencia pública, concurre la Fiscalía DRA, MARGARET SALGUERO, asiste la defensa DR. JOSE ANÍBAL PEREZ, y los procesados: JOHAN LEONARDO ALARCÓN, LUIS NICASIO LIZARAZO, JAVIER EDILSO ALARCÓN, LUIS ALBERTO GUEVARA, WILDER SANCHEZ, JOSE MANUEL CABARTE, JUAN ANDRES CALDERON, no asiste el ministerio público, conforme a lo señalado en la última diligencia se procede a que las partes presentes sus alegatos, presentando la señora fiscal escrito en original y copia con 22 folios cada uno, quien manifiesta además que en caso de sentencia condenatoria, se parta de los mínimos como quiera que no presentan antecedentes, la defensa presenta 2 escritos en original y copia con 28 y 7 folios cada uno, no siendo más el objeto de la diligencia pasa el proceso a despacho para dictar la correspondiente sentencia, la partes presentes quedan notificadas en estrados, se cierra siendo las 10 y 20 de la mañana.

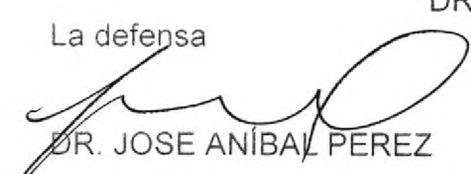
El juez


FERNANDO MORENO OJEDA

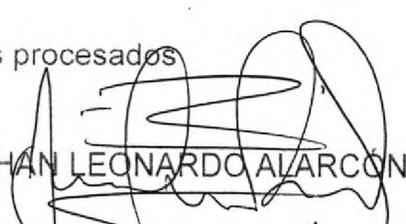
LA FISCAL.

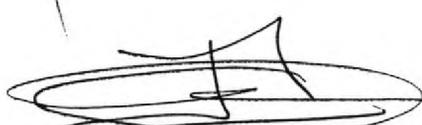

DRA. MARGARET SALGUERO

La defensa

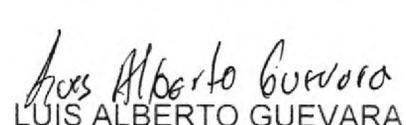

DR. JOSE ANÍBAL PEREZ

Los procesados

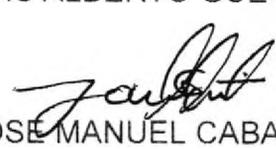

JOHAN LEONARDO ALARCÓN


LUIS NICASIO LIZARAZO


JAVIER EDILSO ALARCÓN


LUIS ALBERTO GUEVARA


WILDER SANCHEZ


JOSE MANUEL CABARTE

AUDIENCIA PÚBLICA EN EL PROCESO PENAL RADICADO BAJO EL No. 2010-0008. CONTRA JOHAN LEONARDO ALARCÓN Y OTROS. DELITO: HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA. 2.

EL PROCESADO


JUAN ANDRES CALDERON

EL SECRETARIO

LUIS ALIRIO CARREÑO S.