

Sentencia de Segunda Instancia Ley 600/2000
Radicado N. 54001 31 07 001 2013 0011-01
Procesado: **Adolfo Roperio Rangel**
Delito: Homicidio Agravado em concurso com
Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones
de uso privativo de las Fuerzas Armadas o Explosivos.

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta
SALA PENAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Cúcuta, veintinueve (29) de octubre de dos mil catorce (2014)
Aprobado con Acta N° 375

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS CONDE SERRANO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto y sustentado por loa Fiscalía 73 especializada UNDH-DIH de Cúcuta contra la sentencia proferida el 21 de mayo de 2014 por el Juez penal del circuito especializado de descongestión, que absolvió, por duda razonable, a Adolfo Roperio Rangel, acusado por los delitos de Homicidio agravado en concurso con fabricación tráfico y porte de armas municiones de uso

LOS HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Ocurrieron en el municipio de El Carmen, vereda Tierra Azul, el 30 de junio de 2007 hacia las 3 de la mañana, en un presunto enfrentamiento entre el Ejército Nacional, en desarrollo de la misión "Jilguero" -Grupo especial Esparta del Batallón de contraguerrilla N° 98 de la Brigada Móvil N° 15 de Ocaña- y un grupo al margen de la ley, probablemente de la guerrilla, -Cuadrilla cuatro de septiembre del ONT-ELN-se produjo la muerte de Javier Peñuela, a quien se le halló según, el acta de inspección al cadáver un fusil AK-47, dos proveedores con 47 cartuchos y una granada de fragmentación.

Con fundamento en estos hechos, luego de surtidas las etapas procesales previas, después del cierre de la investigación, el 28 de enero de 2013, la Fiscalía General de la Nación a través de su delegada, acusó a Adolfo Roperó Rangel, quien para la fecha de los hechos se desempeñaba como soldado profesional, por los delitos ya referidos; en firme la Resolución acusatoria, surtido el traslado del artículo 400 del C.P.P. de 2000, el 16 de septiembre de 2013 se llevó a cabo la audiencia preparatoria, en la que no se presentaron solicitudes de pruebas ni se decretaron de oficio. El 31 de marzo de

LA SENTENCIA

Del análisis de la prueba, concluye el juzgado de conocimiento que sobre la responsabilidad penal del acusado en el homicidio de Javier Peñuela no hay prueba directa o hecho indicador que señale de manera específica, concreta y razonable tal responsabilidad ya que el empeño de la Fiscalía se concentró en demostrar que no hubo tal combate, olvidando satisfacer probatoriamente los requisitos de coautoría impropia para deducir de allí la responsabilidad penal del acusado en los delitos por los que lo acusó, y, si bien el acusado reconoció que estuvo en el lugar donde fue hallado el cadáver de Peñuela y participó en el presunto combate y al responder al fuego, disparó en varias ocasiones su arma de dotación, como lo hicieron los demás integrantes del pelotón, no hay elementos de juicio que conduzcan a deducir que Roperó Rangel tenía conocimiento previo de la ejecución de los hechos consumados la noche del 29 de junio de 2007, ni prestó ayuda anterior, concomitante o posterior en la ejecución de los delitos por los que se le acusa.

Concluye el Juez, que una sentencia condenatoria, respecto de la responsabilidad penal del acusado no

conclusiva, que del análisis probatorio sobreviene la duda, tanto para el homicidio como para el delito del porte de armas de uso privativo de la fuerzas armadas, no se demostró un plan común para ejecutarlos, no hubo división de tareas, ni se demostró la contribución relevante del acusado durante su ejecución, vale decir, no se configura la pretendida coautoría; por lo tanto, para preservar la congruencia entre la acusación y la sentencia, concluyó el Juez de instancia, se impone la absolución por aplicación del principio del *in dubio pro reo*, ya que del análisis probatorio aflora la duda.

LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión que absolvió al acusado, la Delegada la apela, con fundamento en que el Juez de instancia no evaluó la prueba en su conjunto e hizo un equivocado análisis y valoración ella, concluyó erróneamente el *a quo* que el acusado no tuvo conocimiento previo, durante o después ni brindó ayuda posterior para la realización del resultado, ni hubo acuerdo previo o concomitante con el plan criminal. Dice la apelación, que el Juez desconoció los testimonios del cabo Néstor Guillermo Gutiérrez Salazar y de María

informó al militar de la presencia de la víctima, así como el testimonio de María del Carmen Ascanio, quien vio a la víctima cuando era conducida por los soldados.

Advierte la Fiscalía que este tipo de conductas, homicidios cometidos por agentes del Estado, se denominan resultados operacionales, cuando son cometidos por unidades militares que se encuentran en el área de combate; además, estas operaciones deben realizarse de conformidad con el "Manual de combate irregular para el desarrollo de operaciones militares", o derecho operacional, el cual provee las herramientas para asegurar su legalidad.

Con este fundamento la Fiscalía asevera que de acuerdo a los testimonios rendidos por María Eugenia Ballena Mejía y el cabo Néstor Guillermo Gutiérrez Salazar, en las indagatorias y sus correspondientes ampliaciones, se descubre el modo de operar en este tipo de homicidios, que no son más que ejecuciones extrajudiciales, aunado a la declaración de María del Carmen Ascanio, puede deducirse sin duda alguna que la muerte de Javier Peñuela, un campesino de la región según los numerosos testimonios recaudados en el plenario, no se dio como resultado de una operación militar, no fue muerto en

Aunado a estos elementos de prueba, está también la declaración del acusado, quien admite que estuvo en el lugar de los hechos y que disparó en varias ocasiones su arma de dotación cuando fueron emboscados y recibidos a fuego por los subversivos, por la posición de contra puntero –segundo hombre en el avance- que ocupaba dentro del pelotón, afirmación de la cual es factible deducir su participación activa en el momento del supuesto combate y, por consiguiente en el homicidio de Javier Peñuela, ya que conforme al caudal probatorio, al contrario de lo que sostiene el a quo, el acusado sí participó y tuvo vínculo directo con los hechos y la duda razonable que esgrime no tiene fundamento, ya que no puede pretenderse que el acusado hubiese afirmado que la muerte de Peñuela fue producto de la ejecución de un falso positivo. Porque en este tipo de conductas, no se investiga la participación individual, sino la del conjunto de la tropa, en tanto que está probada la participación del pelotón –grupos A y B- en la acción.

Con ese fundamento, aunado a la prueba testimonial recaudada, de la cual no puede predicarse contradicción alguna que haga dudar de su veracidad, se puede establecer que la víctima, Javier Peñuela era un campesino de la región de El Carmen, que hacía parte de

Ejército el día 29 de junio -declaración de María del Carmen Ascanio- y ejecutado extrajudicialmente en la madrugada del 30, cuya muerte fue reportada como dado de baja en combate, sin que se haya probado esta circunstancia, porque contrariamente, de las declaraciones de Ballena, Gutiérrez y el mismo acusado, es factible concluir que no hubo un enfrentamiento o combate.

En cuanto a la responsabilidad penal del acusado en calidad de coautor de las conductas por las cuales fue llevado a juicio, atendiendo lo enunciado en el artículo 29 del C. P. y lo declarado por el mismo acusado, es clara la intervención actual y efectiva en los hechos -combate simulado- en los cuales fue muerto Peñuela, intervención y contribución libre y voluntaria en aquel sitio, disparando su arma en repetidas ocasiones, aparentando que se trataba de un combate, es decir, sabía que era un falso resultado operacional, de donde se deduce que ejecutó hechos relevantes e importantes en la obtención del resultado -la ejecución extrajudicial de Javier Peñuela-, esto es, se configura cabalmente la coautoría impropia.

Pide entonces, que se revoque la sentencia absolutoria proferida en favor del acusado y en su lugar se profiera

CONSIDERACIONES

Conforme a lo previsto en el título del artículo 29 de la Constitución Política, el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas y, por ello, el legislador plasmó en los artículos 5º al 20º de la ley 600 de 2000, una serie de principios que buscan no sólo preservar el debido proceso, sino la igualdad ante la ley a todas las personas, concebidos como fundamento de los criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección para evitar injusticias. Por ello, el artículo 9º del C.P. en concordancia con el inciso 3º del artículo 29 Superior, exige, para que la conducta sea punible, y, por ende, para proferir sentencia condenatoria, que sea típica, antijurídica y culpable, esto es, exige el conocimiento más allá de toda duda, acerca i) del delito, y, ii) de la responsabilidad penal del acusado; dichos presupuestos han de darse coetáneamente y en tanto fueron concebidos y son entendidos como una unidad, la falta de alguno, o de ambos, imposibilitaría la condena.

1. Materialidad del delito de homicidio.

De conformidad con el informe de necropsia de Javier Beñuela, realizada el 20 de junio a las 10:00, visto el folio

muerte fue violenta – homicidio; causa de muerte, heridas con proyectil de arma de fuego en tórax y abdomen y el mecanismo de muerte, shock hipovolémico.

Antecedente a esta diligencia, a las 5 de la tarde, en la vereda "Tierra azul" del municipio de el Carmen, en la vía que de Ocaña conduce a este municipio, se había llevado a cabo el levantamiento del cadáver¹ de N.N., que presentaba herida abierta con exposición visceral, causada posiblemente con fusil calibre 5.56, Galil, al que se le halló en el bolsillo izquierdo del pantalón, una granada de fragmentación, destruida en el lugar de los hechos, dos proveedores con 23 cartuchos cada uno y un cartucho en la recámara del fusil AK 47, que según se aprecia en las fotografías² aparece junto a su mano derecha y a 5 metros de los pies del occiso una vainilla; como testigo de los hechos, el TE. Carlos Andrés Forero Medina, Comandante de la compañía Esparta.

Sobre la materialidad del homicidio no se encuentra en el proceso prueba alguna, sea técnica, documental, testimonial o de otra naturaleza, de la cual pueda inferirse duda sobre su acaecimiento, además de que ninguna de las partes lo cuestionó o lo puso en duda.

2. No hubo un combate producto del ataque sorpresivo de un grupo de subversivos del cual formaba parte Javier Peñuela.

Satisfecho el primer requisito, la materialidad o existencia del homicidio, se establece enseguida que no se presentó un ataque sorpresivo en contra del ejército por parte de un grupo subversivo del cual había parte Javier Peñuela, sino que su muerte ocurrió en otras diversas circunstancias, que el acusado -y lo demás miembros del ejército que participaron en la acción a través de sus testimonios- trata, sin alcanzarlo, de ocultar la verdad de lo acontecido para evadir su responsabilidad penal.

De manera sencilla, puede decirse que la figura de la coautoría material impropia, se estructura a partir de la división de trabajo, en la que cada uno de los coautores desempeñan un rol específico, aunque en ocasiones la labor o aporte de uno o varios de ellos resulte objetivamente intrascendente al derecho penal cuando es apreciada en forma aislada y desarticulada o fuera de contexto.³

³ Como ejemplo, es el conocido caso del individuo que espera con un vehículo encendido, frente a un banco, a quienes efectúan un hurto, con el fin de huir; objetivamente, esta acción es aiena al derecho penal, en cuanto no es delito

Es claro que en el presente caso, si bien previamente se tenía información de la acción de grupos al margen de la Ley en el sector donde ocurrieron los hechos, y el grupo especial "Esparta", en desarrollo de la misión táctica "Jilguero", del cual hacía parte el acusado soldado profesional Adolfo Roperó Rangel, para lo cual fueron impartidas órdenes legítimas para confrontar a dichos grupos, según los informes recibidos de la CIOCA, lo cierto es que todas las irregularidades acaecidas en torno a aquella operación táctica, descartan la supuesta ajenidad del procesado con el proceder ilícito, conforme se explica y sustenta a continuación.

Siempre que un individuo o grupo de individuos genere o ejecute una actitud hostil contra el Estado, como una emboscada o ataque sorpresivo contra miembros del ejército, para insistir en el caso particular, es en esa reacción de la respuesta es que se desencadena el uso de la fuerza y, algunas veces se produce o causa la muerte en combate.

Lo primero que se advierte es que no hay prueba alguna de que la víctima, junto a la que se le halló un Fusil AK 47, calibre 7.62X39mm, dos proveedores con 47

funcionamiento⁴, además una granada de fragmentación IM 26 que por seguridad fue destruida en el lugar del hallazgo⁵, de que el occiso hubiese disparado o accionado las armas que portaba, lo cual resulta absurdo e ilógico si se acepta que la iniciativa del ataque o la emboscada provino supuestamente del grupo subversivo, siendo increíble que no hubiese utilizado la granada o disparado el fusil para perpetrar el ataque sorpresa contra la tropa.⁶ Es legítimo entonces concluir, que el occiso no disparó las armas que supuestamente portaba, que no participó en el sorpresivo ataque o la emboscada que supuestamente se le tendió al ejército como lo afirman el acusado y otros testigos miembros del ejército que participaron en la acción.

Sobre el supuesto ataque sorpresivo que sufrió el ejército, la Sala reseña las versiones que rindieron algunos de los miembros del ejército que participaron en los hechos en los que resultó muerto Javier Peñuela. El soldado profesional Humberto Rojas Triana⁷ afirmó: "... como a las 3:10 de la mañana, aún en el desplazamiento, nos encontramos sorpresivamente con un grupo armado al margen de la ley, siendo atacados por fuego enemigo, nosotros reaccionamos haciendo una línea de fuego ..."

En igual sentido se expresó el subintendente Carlos Andrés Forero Medina⁸: ... donde en coordenadas 08-27-03, 73-25-52, el primer equipo al mando del cabo segundo Fernández entró en contacto armado desarrollando un combate de encuentro con un grupo de subversivos..." Y el cabo segundo Daniel Ricardo Fernández⁹ quien comandaba el grupo de soldados que entró en contacto, afirmó que: "... siendo aproximadamente las 3:10 horas, al llegar a Tierra Azul, sobre el sector de una curva, fuimos recibidos con fuego al parecer por un grupo de individuos, ..."

En la versión libre que rindió el acusado¹⁰, declara con absoluta claridad: "... como a las 3:00 horas, estábamos descansando cuando escuchamos como unos pasos de persona, les dijimos alto que somos del ejército, cuando nos levantaron a balín, entonces hicimos una línea de fuego (...) disparando a donde se miraban los fogonazos..."

Estos 4 testigos de los ocurrido, el acusado y tres de sus compañeros que participaron en la acción, son claros en manifestar que fueron emboscados, atacados sorpresivamente, recibidos a fuego por el enemigo, un

grupo de subversivos probablemente. Pero; si hubo un combate producto de un ataque sorpresivo, resulta inexplicable e incomprensible que el occiso no hiciera uso de las armas que portaba; además, en la tropa no se registraron bajas o heridos, y si se acepta, que la iniciativa del ataque de abrir fuego contra los soldados provino del occiso y el supuesto grupo subversivo, resulta muy difícil de creer que no haya habido bajas en la tropa, pues la experiencia indica que quien tiene el factor sorpresa en las emboscadas, produce bajas en el enemigo.

Otro aspecto por considerar, lo constituye las contradicciones entre las versiones del acusado y sus compañeros de pelotón de la forma como ocurrió el ataque: resulta contrario a la lógica admitir que se produjo tal ataque y menos un combate en el cual fue dado de baja Javier Peñuela, pues todo apunta, considerando las contradicciones, a que se trató de una maniobra defensiva del acusado y demás miembros del pelotón que participaron en la acción, con el fin de evadir su responsabilidad penal tergiversando los hechos.

Sobre cómo sucedió la acción, dice el acusado Roperó Rangel en la diligencia de indagatoria rendida el 14 de

el 14 y 30 de octubre de 2007: "...estábamos descansando y como a las 3 y 20 de la madrugada escuchamos unos pasos, hicimos un alto y mi cabo Fernández dijo quien anda ahí y quiénes son, lanzó la proclama y nos respondieron a fuego y ahí comenzó el contacto armado..."

En la diligencia de indagatoria del 14 de mayo de 2008¹¹, afirma que: "...como a las 3:20 de la madrugada, escuchamos unos pasos, hicimos un alto y mi cabo Fernández dijo quién anda ahí y quiénes son y nos respondieron a fuego y ahí fue donde comenzó el contacto duró aproximadamente como 5 minutos..."

En una versión totalmente contraria, el soldado Profesional Jorge Andrés Restrepo Henao, declaró el 13 de octubre de 2007¹², dice sobre esta circunstancia: "...llegamos a un sitio denominado Tierra azul, se montó una emboscada al borde de la vía, (...) posteriormente efectivamente bajó un grupo no sé exactamente de cuántos hombres, tal vez seis o siete, venían armados con fusiles y pistolas, se lanzó la proclama de que somos tropas de la brigada Móvil N° 15, se inició el contacto armado que duró aproximadamente como ocho minutos "

El soldado Profesional Humberto Rojas Triana quien también estuvo y participó en la acción dice¹³: "... como a las 03:10 de la mañana aún en el desplazamiento, nos encontramos sorpresivamente con un grupo armado al margen de la ley siendo atacados por fuego enemigo, nosotros reaccionamos haciendo una línea de fuego con el equipo de vanguardia ..." Y el cabo segundo Daniel Ricardo Fernández, en la versión libre que rindió el 6 de julio de 2008¹⁴ narra como sucedió el encuentro con los subversivos: "...siendo aproximadamente las 3:10 horas, al llegar a Tierra Azul sobre el sector de una curva, fuimos atacados por fuego al parecer por un grupo de individuos, procediéndose a reaccionar montando una base de fuego para que el segundo equipo pudiese maniobrar ... (...) reaccioné porque comenzaron a disparar, ya que no nos dieron tiempo ni de lanzar la proclama"

En la anterior transcripción testimonial, se advierte que el acusado en contraste con los demás compañeros de pelotón, suministra detalles inverosímiles y absurdos por tratarse de un ataque sorpresivo e inesperado, lo cual menoscaba la credibilidad del testimonio del acusado pues mientras unos soldados dicen que fueron atacados sorpresivamente cuando se desplazaban por la carretera

otro de ellos relata cómo obedeciendo las directrices de la comandancia militar¹⁵, montaron una emboscada, por lo tanto, la iniciativa del ataque fue del ejército, alcanzó a determinar su número y armas que portaban, y, el acusado en abierta contraposición, afirma que se encontraban descansando, cuando: i) escucharon pasos, ii) hicieron un alto, iii) el cabo Fernández preguntó quién andaba por ahí y quiénes eran iv), lanzó la proclama, y v) les respondieron con fuego; versión que resulta fantástica tratándose de un ataque sorpresivo, de improviso, insospechado, características de la emboscada, o sea que ¿no estaban descansando cuando ocurrió el ataque, tampoco oyeron pasos, no hicieron un alto, el cabo Fernández no indagó quién andaba por ahí, tampoco lanzó la proclama?; es posible entonces deducir que ante este sinnúmero de incoherencias y absurdos, la credibilidad del acusado se torna inadmisibile, y, por consiguiente el mentado ataque y el consiguiente combate son sólo una ficción, un artificio para justificar su quehacer doloso: Encubrir la verdadera ocurrencia de la acción en la cual fue muerto Javier Peñuela.

En cuanto a otros aspectos de crucial importancia en la reconstrucción de los hechos, tenemos que el acusado es igualmente impreciso y contradictorio al señalar el estado

del tiempo y las características del sitio, para lo cual la Sala se remite nuevamente a reseñar lo declarado por éste y algunos de sus compañeros que participaron en la operación militar.

Jorge Andrés Restrepo Henao, soldado profesional, testigo de lo ocurrido en tanto hacía parte del pelotón sobre el lugar y las condiciones del tiempo expresó¹⁶: “...era una carretera destapada, había poca vegetación, había mucha maleza, el cielo estaba estrellado, era oscuro el clima era templado...” el cabo segundo Daniel Ricardo Fernández¹⁷ : “...por el lado izquierdo va una montaña alta y a un lado de la carretera al lado dercho es una hondonada y al frente un cerro (...) estaba oscuro...” El soldado Luis Humberto Rojas Triana¹⁸: “... la noche estaba clara porque había luna,... el terreno era quebrado...” En la versión libre del 14 de octubre de 2007¹⁹, el acusado declara sobre estos aspectos que: “...había vegetación de árboles grandes, el clima era fresco la visibilidad era ni tan oscuro ni tan claro (...) se veían sólo sombras porque estaba oscuro (...) Sin embargo, 15 días después, el 30 de octubre²⁰, declara sobre el terreno “...quebrado marañoso...” y sobre la visibilidad: “...había luna...”

...

Estas contradicciones, si la noche era clara porque había luna o el cielo estaba estrellado, o la noche era oscura, o como acomodaticia y maliciosamente lo expresa el acusado "ni tan oscuro ni tan claro" para sembrar la duda con aquella imprecisión, y a renglón seguido afirmar que estaba oscuro, son imprecisiones que sólo persiguen crear una coartada para ocultar lo que realmente aconteció.

Hasta aquí, se puede señalar que es común denominador de todas las declaraciones de los miembros del ejército que participaron en la acción en la que resultó muerto Javier Peñuela, que fueron objeto de un ataque sorpresivo o emboscada por un grupo subversivo (aunque el acusado y el testigo Jorge Andrés Restrepo Henao afirman que no hubo tal sorpresivo ataque); dicho enfrentamiento se presentó a las 3:10 de la mañana del 30 de junio de 2007; el acusado afirma que fue a las 3:20 y en la minuta de reporte aparece que fue a las 3. Tampoco concuerdan los testigos en otras particularidades de singular y especial valor en cuanto con ellos se construye las circunstancias de tiempo y modo sobre cómo ocurrieron los hechos.

Además de las señaladas, aparece otra muy importante

credibilidad de la versión del acusado y de sus compañeros de acción en cuanto a su pretendida ajenidad en la muerte de Javier Peñuela producto de una ejecución extrajudicial, lo cual, obviamente, compromete su responsabilidad penal. En el libro de anotaciones de la Brigada móvil N° 15, cuyas copias en lo pertinente reposan en el expediente²¹, al folio 93 vuelto, sobre la fecha del 30 de junio de 2007 a las 3:00 se lee el siguiente reporte: "...la unidad Esparta reporta estar en combate de encuentro en la vereda Tierra Azul en coordenadas 25-03-27-52 donde se dio de baja 01 terrorista con arma larga, reportan las unidades sin novedad en las tropas." El siguiente reporte, si nos atenemos a la autenticidad de la anotación, se hace a las 4:00, es decir, que el mencionado contacto armado se llevó a cabo a las 3 de la mañana, porque resulta contrario a la lógica que se hubiese registrado antes de ocurrir y en dicho combate, a la hora del reporte ya se informa que se dio de baja una persona.

Esta anotación, ya contradictoria con la exactitud de la hora en que se adelantó el combate según quienes participaron en él, las 3:10 de la mañana, en tanto no puede reportarse lo que está por suceder pero aún no ha

sucediera y se advirtió de la baja de una persona de manera coetánea con el desarrollo del combate, esto es, de manera inmediata, como lo afirman otros de los miembros del ejército que participaron en la acción: “... se hizo un registro y se observó un sujeto muerto, eso ocurrió como a eso de las tres de la mañana (...)” Indagado sobre que una vez terminado el combate “cuánto tiempo duraron ustedes para encontrar el cuerpo?” contesta sin dudar “inmediatamente se encontró un sujeto muerto que estaba como a unos quince metros” (declaración del Soldado profesional Jorge Andrés Restrepo Henao Fls.148 y 149 cuaderno 2)

El Soldado profesional Humberto Rojas Triana, sobre el particular declara que “...como a las 3:10 de la mañana, aún en el desplazamiento nos encontramos sorpresivamente con un grupo armado al margen de la ley, siendo atacados por fuego enemigo (...) disparábamos hacia donde se veían las sombras de los individuos que corrían hacia la quebrada, avanzamos y encontramos un cuerpo sin señales de vida que había muerto en combate...”²²

El cabo segundo Daniel Ricardo Fernández sobre el

combate que duró unos pocos minutos, entre 5 y 8, según los testimonios: "... mi teniente Forero me ordenó hacer alto y luego asegurar el área y ordena hacer un registro encontrando un individuo muerto en combate con armamento..."²³ aquí es claro que el uso del adverbio de tiempo "luego" y el gerundio "encontrando" son, indudablemente indicativos de que el cuerpo de Javier Peñuela fue hallado de manera inmediata al término del supuesto combate, tal como se registró en el libro de anotaciones y declaran algunos de quienes participaron en la acción de combate.

De manera contraria, entendible sólo en el querer intencional del acusado de falsear lo ocurrido para inducir a las autoridades a considerar y aceptar como válida la errónea hipótesis de que Peñuela fue muerto en combate, y, por ello, contrariando la prueba existente, manifiesta, en dos oportunidades que el cuerpo de Javier Peñuela sólo fue hallado hacia las 5 y 30 de la mañana: "...Montamos seguridad hacia adelante y hacia atrás, esperamos a que amaneciera, se hizo el registro cuando ya estaba más claro el día, aproximadamente como las cinco y media de la mañana, creo, encontramos un cuerpo sin vida de un hombre, mi comandante el CS Fernández le avisó a mi TE Forero sobre la baja"²⁴ En la

diligencia de indagatoria²⁵, sobre esta circunstancia de tiempo, indica: "...y mi cabo dijo cese al fuego, luego esperamos a que amaneciera para hacer un registro de lo sucedido y fue ahí donde encontramos un cuerpo sin vida con un fusil AK 47 y ahí si me mandaron a la parte de adelante de seguridad..."

Esta indiscutible y prominente contradicción, la hora en que la tropa halló el cadáver, que no fue a más de 20 metros de donde ocurrió el supuesto ataque, se constituye en un elemento más que soporta la falsedad de la ocurrencia de los hechos tal como los presentan el acusado y los demás compañeros que participaron en la acción la cual resultó muerto Javier Peñuela; se advierte entonces que sus testimonios confrontados entre sí, les quitan toda credibilidad y no puede aceptarse entonces la versión de que la víctima fue dada de baja en un combate que se presentó como respuesta del ejército, entre ellos el acusado, al ser atacados sorpresivamente por un grupo subversivo al cual pertenecía el occiso. Es legítimo entonces deducir que la muerte de Javier Peñuela no aconteció en un hipotético enfrentamiento entre miembros del ejército y un grupo de subversivos, hecho del cual, contrariamente a la conclusión del *a quo*, es posible deducir la responsabilidad penal del acusado.

La anterior reseña de incoherencias, discordancias y contradicciones componen, según criterio de esta Sala, una falacia sobre el acontecer fáctico, para mostrar que la muerte de Javier Peñuela ocurrió en **combate**, cuando los miembros del ejército se hallaban desarrollando una operación en contra de la subversión; historia que no tiene respaldo probatorio, desvirtuada a través de sus declaraciones, por lo tanto improbable e inadmisibile, en cuanto está plagada de inexactitudes y contrasentidos.

Ya que no sucedió el ataque sorpresa, por consiguiente tampoco el combate, emerge entonces la tesis de la acusación, de que la muerte de Peñuela fue una ejecución extrajudicial, un "falso positivo", acción en la cual participó el acusado.

Sin embargo, tal operación, como surge de la prueba analizada, tanto documental como testimonial, no se llevó a cabo, y, en cambio, se inventó para realizar una ejecución extrajudicial a cuya realización, por las varias e injustificadas contradicciones incoherencias y discordancias en la cuales incurrió el acusado, es forzoso concluir que contribuyó de manera decisiva, efectiva y consciente en el homicidio de Javier Peñuela, ocurrido en

3. Circunstancias en que se produjeron la retención y la muerte de Javier Peñuela.

No atañe al proceso dilucidar si Javier Peñuela era o no subversivo o pertenecía a un grupo al margen de la ley, sino las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se produjo su muerte, para verificar si le cabe o no responsabilidad penal al acusado, hecho que tiene relevancia en cuanto que es un aspecto para establecer si hubo o no un choque armado con un grupo subversivo, ya que la Fiscalía sostiene que no fue producto de un combate sino de una ejecución extrajudicial, uno de cuyos responsables en la modalidad de coautoría impropia es **Adolfo Roperó Rangel**. Aún, si a manera de conjetura se admitiese que la víctima pertenecía a la subversión y hubiese ejecutado actividades delincuenciales, pero su muerte no ocurrió en un combate regular o choque armado sino producto de una ejecución, este acto merece el reproche de la sociedad como un proscrito método de hacer justicia. No es importante o relevante, para la justicia si la víctima era un temido guerrillero, sino el hecho de que no murió en combate, sino que fue ejecutado en estado de indefensión, sobre todo porque la obligación constitucional y legal de proteger los derechos

Sin embargo debe mencionarse que los testigos Rosa Emilia Mora de Saravia²⁶, Sandra Paola Barbosa Mora²⁷, Ángel María Saravia²⁸, Carmen Isabel Mejía López²⁹, Rodolfo Barbosa Mora³⁰, María del Carmen Ascanio³¹ y María Eugenia Ballena Mejía, ésta en la ampliación de la indagatoria,³² además, de un documento suscrito por 95 firmas, todos vecinos y habitantes del sector son contestes en señalar que Javier Peñuela era un campesino de la región, de oficio agricultor y jornalero, ajeno a cualquier actividad al margen de la Ley, tal como puede desprenderse de los testimonios citados y de la carencia de antecedentes penales.

Aun así, el reporte de la muerte que dio el ejército lo señaló como un subversivo dado de baja en combate, sin que haya información de inteligencia militar de la cual puedan deducirse actividades o acciones subversivas que éste llevara a cabo; si bien nuestro derecho penal es de acto y no de autor, es válida la precedente consideración sobre los antecedentes y condiciones personales, familiares y sociales del occiso como otro fundamento de que su muerte no fue ocasionada en un combate como miliciano de un grupos subversivo o al margen de la ley.

²⁶ Folios 267 al 269 del cuaderno 3 y Folios 39 al 44 del cuaderno 2

²⁷ Folios 270 al 272 del cuaderno 3

Previa a la muerte de Javier Peñuela se halla en el expediente la mención de la existencia de una lista en poder del ejército, de informantes, auxiliares y miembros de la guerrilla, en la cual aparecía su nombre, conforme a lo contenido en la ampliación de Indagatoria, vista al folio 150 del cuaderno 7 rendida por el cabo primero Néstor Guillermo Gutiérrez Salazar, el 7 de agosto de 2009, quien se desempeñó como cabo segundo para la época de la muerte de Javier Piñuela en el Municipio de el Carmen y hacía parte del Grupo Esparta que operó en aquella región:

"...La famosa lista negra, era una lista que tenía el teniente Ospina que cuando llegó a Esparta por primera vez al Carmen le entregó al Teniente Forero, donde relacionaba algunas personas que eran integrantes de la guerrilla, entre esas estaban algunos que fueron como falsos positivos. Ejemplo: Álvaro Chogo, los dos Vilelgas, alias Mirto, Javier Piñuela (sic) (...) esta lista ya no existe, cada uno la tiene en su cabecita, en este caso todos los del grupo Esparta [*del cual hacía parte el acusado*] y los de inteligencia que es Ospina..."

Otra prueba testimonial en la que se da cuenta de la existencia de la lista, se halla en la ampliación de la indagatoria que rindió María Eugenia Ballena Mejía, el 10 de marzo de 2009. quien era informante del ejército.

Sentencia de Segunda Instancia Ley 600/2000
Radicado N. 54001 31 07 001 2013 0011-01
Procesado: **Adolfo Roperó Rangel**
Delito: Homicidio Agravado em concurso com
Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones
de uso privativo de las Fuerzas Armadas o Explosivos.

"...luego llegó el día domingo 31 de mayo de 2007, (...) yo le dije que no sabía nada de guerrilla y [*e/ cabo Gutiérrez*] ahí sacó una lista, estaban los nombres de Moncholo, Eduard Botello, un muchacho de apellido Chona, un tal Samuel Rincón, Eduard Hernando Villegas, Álvaro Guerrero, estaba Luis Antonio Villegas, un tal Piñuela, (sic) Marcelo Parra, Carrique Sánchez, Beto Abello este vive en Ábrego, no me acuerdo de más nombres porque esa lista era grande, este Gutiérrez llegó fue con una hoja de cuaderno y me la mostró, y me dijo que si ahí al negocio llegaban a tomar estas personas, yo le dije que no ..."

Es cierta entonces la existencia de la lista, de acuerdo con estos dos testimonios, de cuya veracidad no hay razón para dudar, pues no tendría objeto negar la existencia de un listado elaborado por la inteligencia militar en el que figuraban los nombres de subversivos para facilitar resultados positivos del Ejército en la ofensiva contra la subversión y para lograr ese propósito buscaban informantes, lo cual tampoco es ilícito, pero tal finalidad se desvió dañinamente como lo afirma el cabo Néstor

resultados (...) para el año 2008 el coronel Rincón me sigue presionando por resultados ... Recibí permisos, elogios en la hoja de vida, el coronel Herrera y Rincón muchas veces me prometieron viajes al exterior y dineros si yo cumplía lo ordenado por ellos...³³

Ahora bien, aun cuando este juicio no se adelanta sobre la responsabilidad penal de los mandos militares por idear o planificar muertes de subversivos en supuestos combates, los señalamientos que hace el testigo Gutiérrez quien se acogió a sentencia anticipada, son indicativos de la existencia de un plan para llevar a cabo homicidios selectivos de personas de aquella región, cobijados por la sospecha de que pertenecían a la subversión, dentro de los que se hallaba enlistado Javier Peñuela y, como tal, su muerte no puede desligarse de este contexto. Dicho de otra forma, la muerte de Javier Peñuela había sido previamente determinada bajo el supuesto de que pertenecía a un grupo subversivo, circunstancia utilizada para entregar resultados positivos en la lucha contra la subversión y los alicientes que se daban a cambio constituían la presión de los mandos para obtener dichos positivos, como lo indica el testigo Gutiérrez Salazar, homicidios que por no haber ocurrido en combate como se hacía aparecer, son denominados ejecuciones

“...Solamente lo vi una vez, que fue el día que resultó muerto, lo tengo presente, porque ese día él en horas de la tarde, entró a mi tienda, primero me dijo que si tenía dolex, yo le dije que no tenía, él me dijo que venía del hospital porque le sacaron una muela...” (Declaración de José Alirio Sánchez Lindarte, folio 174 del cuaderno 1)

Es el testimonio de María del Carmen Ascanio, (rendido el 19 de noviembre de 2008 visto a los folios 149 y 150 del cuaderno1) testigo directo tanto de la dolencia que padecía Javier Peñuela como de que fue aprehendido por el ejército, quien de manera concordante con los anteriores testimonios precisa algunos detalles sobre ambas situaciones:

“...Ese día [el 29 de junio de 2007] bajó él [Javier Peñuela]...con pantalón azul y una camisa roja yo tenía contrata con cebollín con él, yo le iba a dar el cebollín y me dijo que no porque iba para donde el dentista a sacarse una muela. A las cuatro de la tarde vide que lo llevaban cuatro soldados y a mí me provocaba decirles que para dónde llevaban a Javier y a mí me dio miedo, yo salí a mirarlo cuando lo llevaban. Ese día que lo vi pasar para el hospital a sacarse la muela eran como las 8 de la mañana y cuando lo vi que lo llevaban los soldados eran como las cuatro de la tarde...”

del folio 148 y 149 del cuaderno 7, cómo se ejecutaba el tenebroso plan para hacer aparecer la muerte de estas personas como dados de baja en combate, cuando en realidad no había ocurrido así.

Sobre las REALES circunstancias en que acaeció la muerte de Javier Peñuela, deben señalarse varios aspectos que revisten especial importancia para deducir que no fue dado de baja en combate y la responsabilidad penal del acusado.

Hay varias declaraciones, entre ellas, tres que deben destacarse como indicativas de la actividad de Javier Peñuela el día 29 de junio de 2007; indagados sobre las circunstancias de su muerte, manifestaron: "...Lo que se al respecto es que Javier Peñuela bajó al Carmen para arreglarse una muela en el Hospital, estuvo un rato en el parque principal y luego se fue para el Hospital a sacarse la muela, salió del hospital y se fue de regreso para la finca y el ejército Nacional, los cascudos, Brigada móvil 15 lo agarraron y al otro día apareció muerto en la vereda Tierra Azul. Yo le tenía miedo al ejército porque ellos agarraban la gente y no preguntaban nada de una vez los mataban. ..."34

"...como a cuatro metros porque la carretera queda cerquita a la casa mía, está pegada a la carretera (...) iba como pálido él miró para la casa..." y al preguntársele si oyó alguna conversación entre los soldados que llevaban a Javier peñuela o si lo recriminaba, dijo: "...No señor, no escuché nada. Iban con Javier como seis soldados y eran como las cuatro de la tarde (...) luego lo volví a ver a las cuatro de la tarde, a él lo llevaban los soldados para la bomba, o sea para acá para Ocaña..."

De estas afirmaciones, no hay elemento alguno que las desvirtúe, el único reparo al testimonio de la señora Ascanio lo hace el juez de instancia, porque encontró contradictorio, que la testigo afirma primero que eran cuatro soldados y luego que eran como seis; de una parte se destaca que el testimonio lo rindió la señora, un año, cuatro meses y diecinueve días luego de ocurrido el hecho, y, de otra, utiliza el adverbio como que se adjunta para expresar aproximación o semejanza, vale decir, no es contradictorio en tanto denota aproximación, no oposición, no dijo con exactitud que hubiesen sido seis o cuatro los soldados que conducían ese día a Javier Peñuela, sólo dio una cifra aproximada entre cuatro y seis y siendo este el único reparo al testimonio, es legítimo darle credibilidad ya que no contiene la...

Si esta testigo corrobora los dichos de José Alirio Sánchez y Ulises Tamayo, y su veracidad no puede ser razonablemente impugnada, es fundado deducir que en efecto, Javier Peñuela llegó al Carmen i) en busca de atención odontológica para aliviar una dolencia que lo aquejaba, y que sin que haya acaecido o mediado alguna circunstancia, ii) fue retenido la tarde del 29 de junio de 2007 por miembros del ejército quienes lo llevaron con dirección a Ocaña, justamente hacia el lugar en donde fue dado de baja por miembros del ejército, la vereda Tierra Azul situada sobre la carretera que de El Carmen conduce hacia Ocaña, en un aparente enfrentamiento con un grupo subversivo del cual formaba parte Javier Peñuela.

Obran también los mencionados testimonios de María Eugenia Ballena Mejía y de Néstor Guillermo Gutiérrez Salazar, de crucial significación sobre las circunstancias en que aconteció la muerte de Peñuela, pruebas que el Juez de instancia desecha aduciendo que dichos declarantes no fueron testigos del hecho de la muerte, lo cual es cierto y vistos de manera aislada no tienen la fuerza suficiente para proferir una sentencia condenatoria, dado que se trata de testigos de referencia.

de la Corte Suprema de Justicia, cuando el testigo de oídas acredita la existencia de un relato que otra persona le hace sobre unos hechos, a pesar de ello, puede verificarse que su exposición sea fiel de las circunstancias que rodearon el hecho y los motivos por los cuales resultó conocedor del asunto objeto de investigación, debe acreditar también las circunstancias que permitan dar credibilidad al dato por él conocido, o verídico lo escuchado; es decir, que sólo por tratarse de un testigo de referencia deba ser rechazado; es necesario estudiar cada caso en particular, analizando de manera razonable su credibilidad de acuerdo con las circunstancias personales y sociales del deponente, así como las de la fuente de su conocimiento y analizado el testimonio en conjunto con las demás pruebas recaudadas, de cuyos elementos pueda inferirse credibilidad sobre lo que dice haber visto u oído sobre el hecho que se pretende verificar.³⁵

Sobre los mencionados testigos, que la Sala encuentra de significativa importancia por cuanto, de una parte, refieren hechos anteriores que muestran el *modus operandi* de cómo se planeaban y ejecutaban los llamados

³⁵ Auto de 21 de abril de 1998, radicación 10923; sentencias de 29 de abril y 29 de

falsos positivos, y, de otra, en ambos testimonios hay referencias clara sobre la circunstancias de la muerte de Peñuela que no por ello puedan soslayarse, pues la coherencia y lógica de los relatos, refrendados por otras pruebas documentales y testimoniales, indican su veracidad, y, han estimarse válidas pues esclarecen circunstancias de modo sobre cómo y quiénes ejecutaron la muerte de Javier Peñuela. Como se señaló en anterior consideración, de dichos testimonios se deduce que sí existía un listado de presuntos miembros de la subversión en la cual aparecía la víctima.

En la ampliación de indagatoria vista a los folios 32 a 47 del cuaderno 5, María Eugenia Ballena Mejía, luego de narrar cómo se planearon y ejecutaron varias muertes y la manera como ella en calidad de informante señalaba a las víctimas, afirmaciones que corrobora el testigo Néstor Guillermo Gutiérrez Salazar³⁶, sobre la muerte de Javier Peñuela afirma:

"...Gutiérrez dijo que habían matado a un guerrillero en Tierra Azul cerca del Carmen, a una hora en carro. Que a él le gustaba que se murieran instantáneos y que este Piñuela se había muerto desangrado y que tenía todas las tripas por fuera y se reía, esto me contó el mismo Gutiérrez. No se por qué Gutiérrez me lo contaba, no se si era por

aterrorizarme más y por este Javier Piñuela yo di una declaración en el Batallón diciendo de que era guerrillero sin serlo. Este Javier era un campesino de las veredas Páramo como a unas dos horas del Carmen. Yo conocía a Javier, de este decían que sufría de la cabeza, (...) yo nunca le vi armas, muy raramente iba al negocio de mi mamá..." (folios 38-39)

En el cuaderno 7, página 236, en la ampliación de indagatoria que rindió Ballena Mejía sobre su participación en la muerte de Javier Peñuela, puntualiza:

"...Sí participé. (...) él [Néstor Gutiérrez Salazar] coge y me llama y me dice que qué había que hacer en los falsos positivos y yo le dije que ahí estaba Javier Peñuela, entonces como él estaba en Guamalito y entonces él me dijo que se iba a comunicar con Forero y que no alcanzaba a llegar allá al pueblo y entonces me dijo que estuviera pendiente a qué horas salía y como estaba vestido y entonces yo le dije que él estaba en una cicla -y una camisa roja él eso se lo informó a Forero y Forero estaba pendiente en la parte arriba del pueblo, ahí en el parque entonces estaban pendientes del señor entonces ya lo habían visto y conocido, entonces la tropa se movilizó hacia la vía que va para Ocaña y por allá como que lo agarraron y lo metieron a una casa que estaba sola algo así me dijo Gutiérrez, y esperaron a que fuera tarde y la cicla esa la botaron y lo mataron. Gutiérrez me dijo que la tropa del teniente forero no sabía hacer las cosas y que ese señor se había muerto

mamá a tomar unas cervezas, entró solo, ahí duró como una media hora algo así, de ahí cogió para la calle del cementerio a salir al parque y no lo volvía a ver durante todo el día, ya Gutiérrez sabía que él estaba en el negocio y yo ya había llamado a Gutiérrez...”

Estas versiones que rindió María Eugenia Ballena, en el 2009 y 2011, fueron corroboradas por el mismo Gutiérrez en la ampliación de indagatoria que rindió el 7 de agosto de 2009³⁷ y 21 de mayo de 2011³⁸:

“...Existe otra información dada por esta señora [María Eugenia Bellena] en la baja de Javier Piñuela... (...) La famosa lista negra era una lista que tenía el teniente Forero donde relacionaba algunas personas que eran integrantes de la guerrilla, entre esas estaban algunos que fueron presentados como falsos positivos, ejemplo, Álvaro Chogo, Los Villegas, Alias Mirito, Javier Piñuela (...) y al indagarse si era verdad que él le había comentado a María Eugenia que habían matado a Javier Peñuela, que a él, a Gutiérrez le gustaba que se murieran instantáneos, y que a Peñuela lo habían muerto desangrado y que tenía todas las tripas por fuera, manifestó: “...La verdad no recuerdo que yo le haya afirmado textualmente lo que se dice en esa diligencia, de pronto sí, como para esa fecha era que estaba metido con los falsos positivos y por medio de ella estaba recogiendo o consiguiendo gente para estos positivos y en algún momento le habré hecho el comentario...”

No cabe duda pues, de que tanto Gutiérrez como Ballena estaban enterados de la muerte de Peñuela y que fue gracias a la información sobre que se encontraba en el pueblo y cómo estaba vestido que dio María Eugenia Ballena al cabo Gutiérrez la que sirvió para que fuera aprehendido y llevado hasta el sitio donde luego apareció muerto como dado de baja en combate. Hay un dato que María Eugenia Ballena no tendría por qué conocer, y que refiere por la información que recibió de parte de Gutiérrez, lo cual torna veraz lo que afirman estos testigos sobre las circunstancias como se produjo la muerte de Peñuela: que sus vísceras quedaron expuestas.

Es así como Gutiérrez relata a Ballena que ocurrió el homicidio, porque al indagársele si era cierto lo que él le había comentado a la testigo, dice que **no recuerda haberlo afirmado textualmente, pero de pronto si**, de donde se deriva que en efecto así ocurrió porque ella no tendría por qué conocer que una de las heridas le había dejado expuestas las vísceras, dato que aparece consignado tanto en la diligencia de levantamiento del cadáver: "Descripción de las heridas. Herida abierta con exposición visceral" (folio 125 cuaderno 3), como en el informe pericial de necropsia: "Descripción especial de lesiones. (...) Orificio de salida: alargado irregular de

documental, confirma la verdad de las afirmaciones de la testigo Ballena, quien no tendría por qué conocer estos detalles si pertenecían a la reserva sumarial, sin embargo la fuente de tal información era el cabo Gutiérrez que la recibió de quienes perpetraron el homicidio. Además, Gutiérrez no niega que le haya hecho a ballena estos comentarios sobre los detalles de la forma como murió Javier Peñuela, sólo que no recuerda que lo haya hecho textualmente, excusable vacilación si tenemos en cuenta el paso de casi 4 años desde la ocurrencia de los hechos hasta su injurada.

De estos testimonios, se corrobora que la muerte de Javier Peñuela no fue consecuencia de un enfrentamiento entre el ejército y un grupo subversivo del cual hacía parte la víctima, que lo emboscó y atacó inesperadamente, pues todo obedecía a una maquinación previamente concebida con el fin de ofrecer resultados positivos en la lucha en contra de la subversión. Si bien es cierto que ninguno de estos dos testigos estuvo en el lugar de los hechos, no hay razón para desatender y desconocer sus afirmaciones, máxime cuando no hay elemento de cualquier índole con el cual se les pueda impugnar o restarles credibilidad.

lo cual torna poco verosímil su testimonio, pues tal apreciación no pasa de ser un mero supuesto, y, que por consiguiente no es razonable con ese fundamento restarle credibilidad a un testimonio.

Considera la Sala válido resaltar la descripción especial de lesiones del dictamen pericial de la necropsia practicada al cadáver de Javier Peñuela³⁹: Las trayectoria de 4 de las 5 heridas, en el plano horizontal es ífero-superior, esto es, de abajo hacia arriba y en el plano coronal, pósterio-anterior, de atrás hacia adelante; se observa también en dicho dictamen que la lesión que provocó la exposición de vísceras, cuyo orificio de entrada está señalado con el numeral 4.1, está situado en la cara interna del tercio superior del muslo derecho a 83 cm del talón y el orificio de salida, marcado con el número 4.3, está sobre la línea media y a 75 cm del vértex, de donde concluye el dictamen que la trayectoria en el plano horizontal es ífero-superior y en el plano coronal, pósterio-anterior, es decir, no puede aceptarse que fue dado de baja en un combate en el cual la víctima teniendo la iniciativa del ataque, lo hizo de arriba hacia abajo y de espaldas o medio lado, si su cuerpo fue hallado a 20 metros y de frente, tal como se aprecia que quedó tendido en la carretera y la posición del cadáver⁴⁰.

Igualmente, el dictamen pericial de necropsia contrasta con el álbum fotográfico correspondiente a la Inspección al cadáver⁴¹; allí se observa el cuerpo sin vida en posición decúbito dorsal, -colocación corporal boca arriba- cabeza recostada a la derecha, tal como consta en el acta de levantamiento⁴², esto es, si su muerte se dio en un combate, en el que la iniciativa del ataque partió del occiso, conjetura que contrapuesta a la prueba documental y pericial referida, si está probado que la trayectoria de 4 de las 5 heridas en el plano coronal son póstero-anterior, y el orificio de salida que produjo la exposición de las vísceras está en el vientre y la trayectoria de los proyectiles en el plano horizontal se determinó como ínfero-superior, resulta absurdo aceptar, como válido el supuesto de que el occiso hubiese tenido la iniciativa del ataque sorpresivo, como quiere hacerlo aparecer el acusado y los demás miembros del ejército que participaron en la acción, ya que tal postulado es inadmisibile en tanto riñe con la lógica, pues ello equivaldría a admitir que lo hubiese ejecutado de espaldas y de arriba hacia abajo, conforme con la prueba documental y pericial reseñada. Se concluye entonces que no hubo tal combate y la muerte de Javier Peñuela no sucedió en la situación que señala el acusado.

4. Coautoría impropia, indicios, aparatos organizados de poder y responsabilidad penal del acusado.

Respecto de la división funcional del trabajo en la coautoría impropia, tal como lo ha considerado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁴³ se consolida a través del acuerdo de voluntades, en parcelas de esfuerzos, ex ante y ex post, lo cual conforma una acción compleja o conjunta de elementos que vistos por separado son suficientes para determinar la conducta punible, pero que juntos conforman el acto plural complejo que entonces sí configuran el delito.

En este caso no hay prueba directa de que Adolfo Ropero Rangel participó en la ideación del homicidio de Javier Peñuela, no obstante, sí en su ejecución, según los hechos que revelan la coautoría impropia, en tanto no sólo se debe valorar el trabajo criminal realizado ex ante, sino también ex post, es decir la ejecución del plan, sin lo cual, como ciertamente se advierte, no hubiese sido posible la materialización del homicidio, vale decir, que al ser patente la participación efectiva y directa en el homicidio de Peñuela, esta acción ejecutiva del acusado es suficiente para que se revele la figura de la coautoría

en el homicidio es indicativo de que conocía que el fin del desplazamiento del Carmen hacia y por la vía a Ocaña aquella noche del 29 de junio de 2007, tenía como objeto la ejecución de una persona, que para el caso no es requisito que conociera de quien se trataba, puesto que el plan consistía en legalizar a través de un supuesto combate el positivo de la baja de un subversivo, pues no hay otra razón para comprender al afán del acusado de querer tergiversar el hecho de cómo ocurrió la muerte de Peñuela, las incontables, graves y prominentes incoherencias y contradicciones en que incurre confrontado sus dicho con la demás prueba testimonial y documental, son una muestra clara de que estuvo allí, intervino y contribuyó de manera efectiva en el homicidio de la víctima, con pleno conocimiento y dominio de ello.

En este punto, es preciso señalar cómo confluyen unos indicios que son concomitantes con la consumación del hecho delictivo, que tienen tal cercanía como que los hechos sucedieron contemporánea o muy cercanamente con el delito y, también anfibológicos, esto es, que los hechos indiciarios admiten una explicación compatible con otro hecho diferente del indicado, esto es, que se presentó un combate como resultado de un ataque

también que no hubo tal taque ni combate y la muerte de la víctima ocurrió como una ejecución extrajudicial, como está probado, no hubo tal ataque.

Convergen entonces:

i) el indicio de presencia ya que el acusado estuvo para la fecha de los hechos acantonado en el municipio de El Carmen, el día 29 de junio estuvo hasta las 23:00 e inició el desplazamiento hasta el lugar donde ocurrió el homicidio, ya que el acusado hacía parte del grupo de soldados que participó en dicha acción y que su contribución en tanto disparó varias veces su arma de dotación, fue contundente y efectiva;

ii) el indicio de capacidad, comoquiera que el acusado contaba con la logística necesaria para llevar adelante el plan criminal, pues era miembro era miembro del grupo destinado a la región con el fin de adelantar maniobras ofensiva de combate irregular, capacidad que para aquel entonces fue indiscutible y perversamente utilizada; además contaba con el armamento que lo utilizó para llevar a cabo el plan delictivo, y,

iii) el indicio de oportunidad, pues al ser parte del ejército en calidad de soldado profesional y del grupo de soldados

el homicidio de Javier Peñuela luego de ser aprehendido por miembros del ejército en el Municipio de El Carmen la tarde del 29 de junio de 2007 según lo señalado por los ya anteriormente reseñados testimonios de María del Carmen Ascanio, María Eugenia Ballena Mejía y Néstor Gutiérrez Salazar con el objetivo de ser presentado como un éxito operacional, hechos indicadores debidamente probados conforme a las evidencias señaladas a lo largo de esta providencia. Pese a que no está probado que el acusado participó en la retención de Javier Peñuela o en su traslado hasta el sector de Tierra Azul en donde fue ultimado, si se verificó probatoriamente su presencia en el momento del combate.

Es revelador resaltar también que las operaciones que se desarrollaron en el sector de El Carmen en el año 2007, normas y procedimientos que deben aplicarse en la ejecución de estas tareas operacionales, no fueron producto de la improvisación, sino que obedecían a una detallada y previamente elaborada orden de tareas, del Comando de la Brigada Móvil N° 15 de Ocaña, referida a la Orden de Operaciones Fragmentaria N° 081 "Jilguero 13", a la Unidad especial "Esparta 1" sobre "maniobras ofensivas de combate irregular en el área general de la

señala normas de conducta precisas con el fin de salvaguardar en todas las situaciones los derechos humanos, directivas e indicaciones que el acusado desconoció.

Es oportuno entonces, reseñar que sobre los llamados "aparatos organizados de poder", la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia a lo largo de los últimos años, ha acudido a esta figura a efectos de analizar la responsabilidad de miembros de grupos armados al margen de la ley o de aparatos estatales.

"Como ya ha tenido ocasión de referirlo la Corte el aforado estaba en la cúpula de una estructura criminal integrada por un número plural de personas articuladas de manera jerárquica, quienes mediante división de tareas y concurrencia de aportes -los cuales pueden consistir en órdenes en secuencia y descendentes- realizaron conductas punibles, fenómeno que es factible de comprender a través de la metáfora de la cadena."⁴⁵

"Cuando se está ante el fenómeno delincriminal derivado de estructuras o aparatos de poder organizados (también referenciada como dominio del hecho a través de aparatos organizados de

autoría por dominio de la organización) donde es esencial la subordinación de unos respecto a otros, los delitos ejecutados son imputables tanto a sus dirigentes –gestores, patrocinadores, comandantes- a título de autores mediatos, a sus coordinados en cuanto dominan la función encargada – comandantes, jefes de grupo- a título de coautores mediatos, y a los directos ejecutores o subordinados –soldados, tropas, patrulleros, guerrilleros o milicianos- en calidad de autores materiales, pues toda la cadena actúa con verdadero conocimiento y dominio del hecho y mal podrían salir favorecidos algunos de ellos con una posición conceptual que comporte impunidad.”⁴⁶

“(…) es posible afirmar que no necesariamente tiene que existir una relación directa entre el que ordena, sugiere, manda o imparte la orden, y el que ejecuta la conducta (...) Si según se indicó, por la manera como operan los “aparatos organizados de poder” la experiencia indica que entre el operador material y quien imparte la orden no existe relación alguna, pero para la cadena de mando es indispensable y necesario que éste cuente con toda la información – los motivos y el interés de operativo-”⁴⁷

Como se colige de las anteriores citas jurisprudenciales, la responsabilidad penal deducida de la coautoría impropia, no es excluyente de la derivada de los aparatos

⁴⁶Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 32000. Decisión del 14

organizados de poder, pues en común tienen la división de tareas y la concurrencia de aportes.

Se le aclara al recurrente que, la responsabilidad penal SI ES INDIVIDUAL, por lo que en este punto se equivoca el apelante, pero lo que resulta fundamental en estos casos es la demostración de que el inculcado formó parte activa del colectivo criminal, así su conducta, vista aisladamente, no parezca delictiva. Es decir, puede que el aquí procesado NO haya disparado a la víctima, pero participó en el operativo delictivo.

5. Responsabilidad penal del acusado en el delito de homicidio agravado.

Las inexplicables y graves contradicciones en que incurre el acusado en las diferentes versiones que rindió a lo largo del proceso, contrastadas con las pruebas testimoniales y documentales señaladas, no sólo se entienden en el querer tergiversar lo acontecido y ocultar la realidad de los hechos, sino que fundamentalmente constituyen una falsa coartada para esconder su participación directa y efectiva en el homicidio de Javier

pelotón adelantarían, con el fin de brindar resultados positivos en la lucha en contra de la subversión, pues no de otra manera puede entenderse su afán de velar los hechos, pues no hay argumento razonable ni fundamento probatorio para sostener que aquella madrugada del 30 de junio de 2007 ocurrió el mencionado ataque sorpresivo y dicha invención no puede ni debe concebirse y aceptarse simple y llanamente como una creación fantástica sin objetivo alguno, sino que persigue sustentar la ajenidad del acusado en los hechos, premisa que como se ha revelado del análisis de la prueba, es insostenible.

Es entonces razonable concluir que **Adolfo Roperó Rangel**, valido de la orden legítima de una operación militar, concurrió hasta la vereda Tierra Azul del municipio de El Carmen, situada sobre la carretera que de allí conduce a Ocaña y prestó su concurso efectivo para la ejecución del homicidio de Javier Peñuela, con pleno conocimiento de la acción dolosa que se iba a consumir con el fin de obtener un positivo para presentar ante los superiores militares y la opinión pública, es decir, tanto desde la perspectiva de la coautoría impropia como de los aparatos organizados de poder emerge claramente la responsabilidad penal de **Adolfo Roperó Rangel** como coautor del delito de

persona de Javier Peñuela, agravado conforme a los numerales 4 y 7 del artículo 104 *ibidem*.

Esto es, está demostrado el motivo abyecto al presentar la muerte de Peñuela dado de baja en combate, y obviamente el estado de indefensión en que fue colocada la víctima con el fin de dar un resultado positivo, para obtener los reconocimientos que tal acción militar conlleva, situación que previamente conocía el acusado, y que pudiendo abstenerse de hacerlo, sin embargo lo hizo, pues no de otra manera puede explicarse la manera como tergiversó y falseó lo ocurrido, conducta que de ninguna forma puede asimilarse a un encubrimiento dada la participación efectiva que tuvo en el homicidio de Javier Peñuela.

6. Materialidad del delito de porte de armas, municiones o explosivos de uso privativo de la Fuerzas Armadas contemplado en el artículo 366 del C. P. – Responsabilidad penal del acusado.

“El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, repare, almacene,

las Fuerzas Armadas o explosivos, (...)”⁴⁸. Según la diligencia de levantamiento del cadáver, junto al cuerpo sin vida le fueron hallados, un fusil AK 47, dos proveedores, una granada de fragmentación IM 26 destruida por seguridad en el mismo sitio del hallazgo, elementos contemplados en el Decreto 2535 de 1993, como de uso privativo de las fuerzas armadas.

Según la hipótesis de la acusación y el fundamento de los alegatos finales, no obstante que la víctima, según lo consignado en la diligencia de levantamiento del cadáver portaba estas armas, por cuanto presuntamente conformaba un grupo al margen de la ley que atacó sorpresivamente ejército y en esa acción en la que fue dado de baja, pero, demostrado como está que no hubo tal ataque y por consiguiente tampoco el combate, sino que la muerte de Javier Peñuela fue realmente un falso positivo, resulta innegable que no llevaba consigo tal armamento sino que le fue puesto por los mismos soldados.

Así se desprende de la declaración en Indagatoria del testigo Néstor Guillermo Gutiérrez Salazar, cuya credibilidad no se puede impugnar con fundamento en la

las contradicciones en que incurrieron, luego es factible afirmar que fueron los mismos miembros del ejército quienes pusieron las armas a fin de hacer más creíble que la baja había sido producto de un combate. En dicha declaración relata de manera explícita cómo la muerte de Javier Peñuela fue uno de los llamados "falsos positivos" y la manera como se proveían las armas que debían colocarse junto al cadáver de manera tal que la escena pareciera que en efecto dicho individuo fue dado de baja en combate, era un subversivo y portaba aquel armamento⁴⁹, por lo tanto, el Porte de armas de uso privativo de la Fuerzas Armadas, conforme a la tesis de la Fiscalía debe atribuirse, a todos los miembros del ejército que participaron en la acción delictiva de la ejecución extrajudicial.

Si bien este planteamiento es válido hasta la admisión de la materialidad del delito del porte de armas de uso privativo de la Fuerzas Armadas, la declaración del testigo Gutiérrez Salazar señala el *modus operandi* tanto en las ejecuciones extrajudiciales como en la consecución de las armas, no hay elemento probatorio alguno o indicio que señale la intervención del acusado en este delito, sea en calidad de coautor o de cualquier otro, como sí respecto

delito, ninguno de ellos cabe aplicarlo a la conducta del acusado para el día de los hechos y a pesar de que las declaraciones del testigo Gutiérrez se refieren otros casos sucedidos en aquél municipio, que para el caso particular dada la manera como ocurrieron los hechos cabría deducir responsabilidad penal al acusado por este delito, no hay evidencia concluyente de la cual pueda inferirse, sin duda dicha responsabilidad, es decir, sobre este aspecto de la acusación, vista y analizada la pruebas en su conjunto, por este delito se absolverá a Adolfo Roperio Rangel, en aplicación del *in dubio pro reo*. Dicho más claramente, no se probó que el aquí acusado, haya sido quien portaba las armas "plantadas" en la escena del crimen, luego no se le puede condenar por ese punible.

7. Conclusiones

No hay, pues evidencia alguna de que Javier Peñuela hubiese hecho parte de algún grupo al margen de la Ley, como tampoco de que supuestamente emboscó y atacó al ejército, ya que está probado que no hubo tal ataque, precisamente porque el occiso era un campesino de la región que el día anterior, sin motivo alguno fue retenido por el ejército en el área urbana del municipio de el

subversión en la que aparecía su apellido y posteriormente ejecutado extrajudicialmente por miembros del ejército, grupo del cual hacía parte el acusado Adolfo Roper Rangel, quien no sólo participó de manera eficaz en la acción, sino que tenía conocimiento previo del injusto que realizaría y pudiendo abstenerse de hacerlo, sin embargo lo hizo, como extensamente se explicó en el acápite correspondiente.

De conformidad con las consideraciones precedentes, se revocará la sentencia absolutoria, y en su lugar se proferirá la correspondiente sentencia condenatoria por el delito de homicidio agravado, artículos 103 y 104, numeral 4 del C.P. pues se demostró fehacientemente que la conducta del acusado fue típica, conforme a las características estructurales del tipo penal que señala de manera inequívoca el citado artículo 103, además, lesionó de manera inobjetable el bien de la vida y la integridad personal, lo que la hace antijurídica y culpable como se puede apreciar de las pruebas allegadas al juicio.

En cuanto al delito de Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas armadas, prevista en el artículo 366 del C.P., conforme a lo

acusado, se lo absolverá por esta conducta punible, en aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Dosificación de la pena

De acuerdo a estipulado en el Art. 61 del C.P., para efectos de la correspondiente individualización de la pena a imponer, por el Delito de Homicidio con circunstancias de Agravación, que consagra una pena de prisión de 400 a 600 meses de prisión, según lo preceptuado en el artículo 104 del C.P.; en aplicación al sistema de cuartos tenemos que el primer cuarto: va de 400 a 450 meses de prisión; El segundo: de 450 a 500 meses de prisión; El tercero: de 500 a 550 meses de prisión, y, el cuarto máximo: de 550 a 600 meses de prisión.

Como concurre la circunstancia de menor punibilidad, la señalada en el numeral 1 del artículo 55 como es la carencia de antecedentes en contra del acusado, y no existen ni atenuantes ni agravantes la pena debe establecerse en la mínima señalada en el cuarto mínimo; en este caso, es innegable la gravedad de la conducta punible, atendiendo las circunstancias en que ocurrió el homicidio de Javier Peñuela el estado de indefensión de la

se impondrá a **Adolfo Roperó Rangel** la pena de prisión de 420 meses. Como pena accesoria a la de prisión se les impondrá la de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo de 20 años conforme a lo previsto en los artículo 43, 44 y 51 del Código Penal.

Como el acusado se encuentra en libertad por virtud de la sentencia absolutoria proferida a su favor en primera instancia, se ordena su captura, en atención a la facultad prevista en el inciso 2º del artículo 188 de la Ley 600 de 2.000, pues el sentenciado durante la actuación procesal se le impuso medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva en centro carcelario, por lo tanto, se expedirá la orden respectiva, a fin de que cumpla la pena de prisión que aquí se le ha impuesto en el lugar que determine el INPEC para tal efecto.

Otras decisiones

Teniendo en cuenta la pena impuesta así como la prevista para el delito por el cual se profiere esta condena, no se cumple con los presupuestos objetivos para la concesión del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria como lo

consecuencia, no se le otorgará ninguno de estos mecanismos.

Resueltos los puntos que fueron materia de apelación, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, Sala Penal de Decisión,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia absolutoria proferida a favor de Adolfo Roperó Rangel y en su lugar, se le impone, a título de coautor del delito de Homicidio agravado, la pena de prisión de 420 meses y a la pena de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo de 20 años.

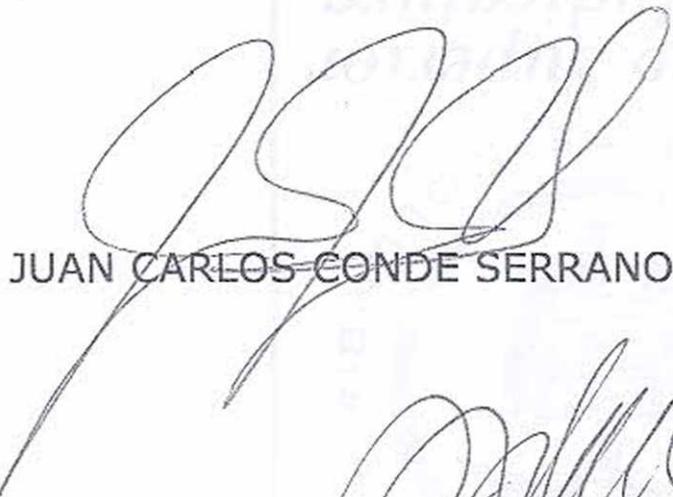
SEGUNDO: NO CONCEDER a Adolfo Roperó Rangel los mecanismos sustitutivos de suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

TERCERO: LIBRAR ORDEN DE CAPTURA en contra de

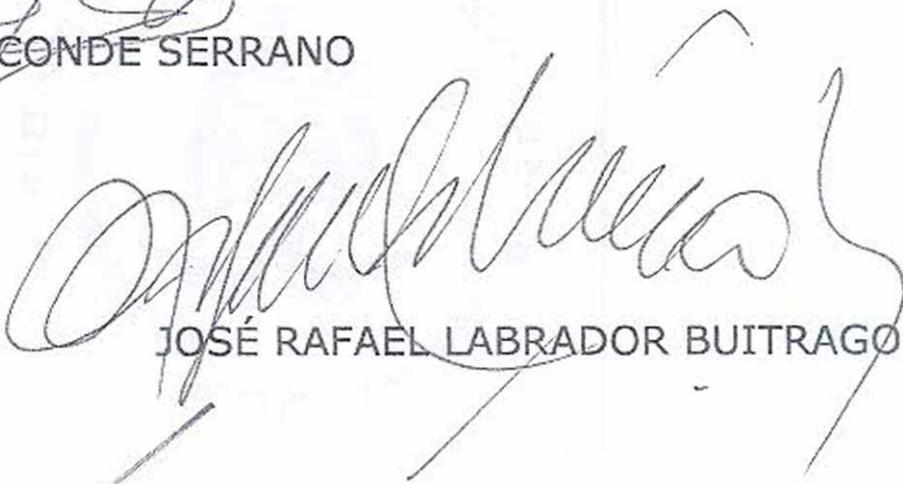
Sentencia de Segunda Instancia Ley 600/2000
Radicado N. 54001 31 07 001 2013 0011-01
Procesado: **Adolfo Roper Rangel**
Delito: Homicidio Agravado em concurso com
Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones
de uso privativo de las Fuerzas Armadas o Explosivos.

CUARTO: Por secretaría líbrense a las autoridades las comunicaciones del caso. Notifíquese esta sentencia conforme lo dispuesto en los Artículos 176 al 184 de la Ley 600 de 2000; contra esta decisión procede el recurso de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



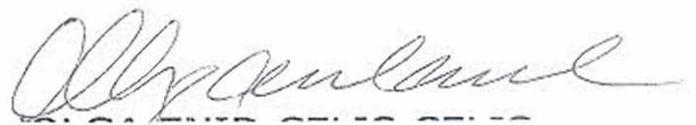
JUAN CARLOS CONDE SERRANO



JOSÉ RAFAEL LABRADOR BUITRAGO



EDGAR MANUEL CAICEDO BARRERA





REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR - SALA DE DECISION PENAL
ORDEN DE CAPTURA



No PROCESO 540013107001201300111 02

SENORES: No DE ORDEN DE CAPTURA 0015

Cuerpo Técnico de Investigación Policía Nacional -DIJIN- Departamento Administrativo de Seguridad Fecha 04/11/2014

SÍRVASE PONER A DISPOSICION DE ESTE DESPACHO A

IDENTIFICACION DEL INDICIADO/CONDENADO

Tipo de Documento C.C. Pas T.I. 13178069

Expedido en Ocaña Departamento NORTE DE SANTANDER Municipio Ocaña

Primer Nombre ADOLFO Segundo Nombre ROPERO Primer Apellido ROPERO Segundo Apellido RANGEL

Fecha Nacimiento 26/03/1985 Edad: 29 AÑOS Sexo M F

LUGAR DE RESIDENCIA

Dirección Calle 2ª N°. 16A-26 Barrio La Libertad - Ocaña o Barrio El Mercado en Ocaña Barrio

Municipio OCAÑA Departamento NORTE DE SANTANDER Telefono 5698560 - 3138182824

LUGAR DE NACIMIENTO

Pais COLOMBIA Departamento Norte de Santander Municipio Ocaña

ALIAS: SENSEI Profesion u Ocupacion SOLDADO PROFESIONAL

Nombre de la Madre MARIA NAZARIA Apellidos RANGEL

Nombre del Padre ALCIBIADES Apellidos ROPERO

RASGOS FISICOS

Estatura 1,74 m Color de Piel TRIGUEÑA Contextura DELGADO Sordo Ciego Mudo

Otras características (Cicatrices, tatuajes, deformación, amputación, etc.)

TATUAJE DE UN LEON EN EL HOMBRO IZQUIERDO

DATOS DEL PROCESO

No. PROCESO 54001310700120130011102 PARTIDA 46992 FECHA DE LOS HECHOS 30/06/2007 FECHA DE LA DECISION 29/10/2014

Vigencia Orden de captura dias meses años Fecha inicio Fecha vencimiento

DELITOS

1 HOMICIDIO AGRAVADO

IDENTIFICACION DEL DESPACHO DEL FISCAL

Dirección Seccional No. De Unidad Especialidad No. De Fiscal

Dirección Departamento Municipio

IDENTIFICACION DEL DESPACHO DEL MAGISTRADO

Departamento NORTE DE SANTANDER Municipio CUCUTA Despacho SALA DE DECISION PENAL

Dirección PALACIO DE JUSTICIA BLOQUE C

MOTIVO DE LA CAPTURA Comparecencia proceso Cumpla Medida Aseguramiento Cumpla condena Otras (Especifique)

OBSERVACIONES

SE DEJA CONSTANCIA QUE SE REVOCA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA PROFERIDA POR EL JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE DESCONGESTIÓN DE CUCUTA, Y SE CONDENA A ADOLFO ROPERO RANGEL, COMO COAUTOR DEL DELITO DE HOMICIDIO AGRAVADO, A LA PENA DE PRISIÓN DE 420 MESES Y INHABILIDAD PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS POR UN PERIODO DE 20 AÑOS.

JUAN CARLOS CONDE SERRANO