

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

Sala: Primera de Decisión
Magistrado ponente: CN (RA) JORGE IVÁN OVIEDO P.
Radicación: 158423-10727-XIII-416 EJC
Procedencia: Juzgado Séptimo de Instancia
de Brigada
Procesado: SLR. GONZÁLEZ SIERRA DIEGO
FERNANDO
Delito: Peculado sobre bienes de
dotación y Del centinela
Motivo de alzada: Apelación sentencia absolutoria
Decisión: Confirma
Fecha: 02 de mayo de 2016

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Primera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Doctor JOSÉ FILADELFO MONROY CARRILLO, actuando en calidad de Representante del Ministerio Público, contra la providencia del 25 de enero de 2016, mediante la cual el Juzgado Séptimo de Instancia de Brigada absolvió al Soldado Regular DIEGO FERNANDO GONZÁLEZ SIERRA por los delitos de Peculado sobre bienes de dotación y Del centinela.

II. HECHOS

De la sentencia impugnada se extrae que el 26 de noviembre de 2010 en la Base Militar "Guardián" del Batallón de Infantería No. 17 "General Domingo Caicedo", ubicada en la Vereda Santa Bárbara del municipio de Chaparral (Tolima), aproximadamente a las 19:30 horas se constató la ausencia del Soldado Regular DIEGO FERNANDO GONZÁLEZ SIERRA, quien cumplía turno de centinela en horario de 15:30 a 19:00 horas conforme a la Orden del día No. 328 de la Unidad "Defensor 1", advirtiéndose además que se llevó consigo su Fusil de dotación calibre 5.56 mm, munición y un chaleco multipropósitos, razón por la cual se emprendió su búsqueda sin lograrse ubicar su paradero.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 30 de noviembre de 2010 el Juzgado 81 de Instrucción Penal Militar aperturó investigación formal contra el SLR. DIEGO FERNANDO GONZÁLEZ SIERRA, por los delitos de Peculado sobre bienes de dotación, Deserción y Del centinela¹, actuación en la que fue declarado persona ausente por el Juzgado de Instrucción, mediante auto de fecha 19 de agosto de 2011², designándosele igualmente apoderado de oficio. Enseguida, mediante auto de

¹ Folios 25-26 C01

² Folios 482-484 C01

fecha 18 de octubre de 2011³ se le resolvió situación jurídica provisional por los delitos antes referenciados, con medida de aseguramiento de detención preventiva, lo que originó que se profiriera orden de captura en su contra⁴; seguidamente se envió el sumario a la Fiscalía Penal Militar el 31 de octubre de 2011⁵, por considerarse perfeccionada la investigación.

Recibida la actuación en la Fiscalía 19 Penal Militar, con proveído del 16 de diciembre de 2011 se declaró cerrada la investigación⁶, y el 9 de julio de 2014 se profirió resolución de acusación en contra del SLR. DIEGO FERNANDO GONZÁLEZ SIERRA por los delitos de Peculado sobre bienes de dotación y Del centinela, disponiéndose además la cesación de procedimiento en favor del encartado por el delito de Deserción al advertirse la prescripción de la acción penal para el citado delito⁷, así como disponiendo el envío de la actuación, por competencia, al Juzgado 7 de Instancia de Brigada.

Recibido el sumario en el Juzgado 7 de Brigada el 10 de septiembre de 2014⁸, en decisión del 2 de octubre del mismo año, decretó la nulidad de la resolución de acusación por falta de motivación respecto del delito de Peculado sobre bienes de

³ Folios 493-506 C03

⁴ Folio 513 C03

⁵ Folio 518 C03

⁶ Folio 519 C03

⁷ Folio 528-546 C03

⁸ Folio 556 C01

dotación⁹, y como consecuencia de ello, se devolvió el sumario a la Fiscalía Penal Militar. Así las cosas, la Fiscalía Penal Militar profirió nuevamente la resolución de acusación el 2 de septiembre de 2015¹⁰.

Recibido el paginario por segunda vez en el Juzgado 7 de Brigada el 23 de octubre de 2015, mediante auto del 30 de octubre del mismo año¹¹ se decretó la iniciación del juicio contra el procesado, etapa en la que la defensa técnica presentó solicitud de práctica de pruebas, la cual fue denegada con decisión del 17 de noviembre de 2015¹².

La audiencia de corte marcial se realizó el 20 de enero de 2016¹³, y seguidamente se profirió fallo absolutorio en favor del procesado el 25 de enero del mismo año¹⁴.

IV. DE LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El fallador de primera instancia luego de referirse a los hechos, a la identidad del procesado, la imputación jurídica hecha por la Fiscalía y la intervención de los sujetos procesales durante la audiencia de corte marcial,

⁹ Folios 567-570 C03

¹⁰ Folios 577-594 C03

¹¹ Folio 607 C04

¹² Folios 617-618 C04

¹³ Folios 635-637 C04

¹⁴ Folios 638-648 C04

procedió a exponer, en cuanto a la tipicidad del delito Del Centinela, que de acuerdo a las pruebas allegadas, para el día 26 de noviembre de 2010 el procesado tenía la condición de Soldado Regular, y además estaba nombrado como centinela del núcleo "Alfa" en horario de 15:30 a 19:00 horas, según la orden del día No. 328; igualmente se tiene por probado que el inculpado se separó de su puesto de centinela, al advertirse su ausencia entre las 19:30 a 20:00 horas el 26 de noviembre de 2010 emprendiéndose su búsqueda sin obtener resultados.

En cuanto a la tipicidad del delito de Peculado sobre bienes de dotación, precisó el *a quo* que tal conducta al igual que la anterior, se constata en forma objetiva, pues el encartado al separarse de su puesto de centinela se llevó consigo su fusil de dotación, 5 proveedores metálicos y munición del mismo calibre, que era un material de guerra asignado a él, de acuerdo a las actas de entrega allegadas a la actuación.

Por otra parte, sobre el aspecto subjetivo de las dos conductas antes referenciadas, el fallador de primera instancia indicó que son de modalidad dolosa; que en los dos tipos penales se constata el elemento cognoscitivo del dolo, toda vez que el encartado conocía tales descripciones típicas, así como sus consecuencias, como quiera que recibió instrucción sobre Justicia Penal Militar, conforme a lo manifestado por sus compañeros en sus

testimonios. Sin embargo, advirtió que no se presenta el aspecto volitivo del dolo, en razón a que no está probada la intencionalidad por parte del inculpado en cometer las conductas penales por las cuales fue llamado a juicio, a pesar de que los sujetos procesales plantearon varias hipótesis, como la del Ministerio Público, que sugirió que no está acreditado que el procesado forme parte de las "FARC", aunque consideró que de manera voluntaria el procesado abandonó el puesto de centinela llevándose consigo el material de guerra que le fue asignado. Al respecto, el fallador de primera instancia refirió que en el plenario obran Informes de inteligencia y tres testimonios indicativos de que al parecer el procesado se encuentra en las filas de las "FARC". El primero de ellos es el DEIVER VERGARA LÓPEZ, privado de la libertad en una cárcel del municipio de Chaparral (Tolima), quien reconoció al procesado al mostrársele una fotocopia de una fotografía de éste, además de asegurar haberlo visto durante un combate con el ejército, momentos en que el procesado le entregó un fusil al comandante "WEIMAR" de las "FARC". A éste testimonio el Juzgado de Instancia le restó credibilidad por no haberse indagado al testigo sobre las fechas en que dice haber visto al procesado, y si éste último se unió al grupo guerrillero voluntariamente o no.

El segundo de los testimonios es el de JAVIER ANDRÉS LOZADA BARRAGÁN, quien observó al procesado el 24 de enero de 2011 en el corregimiento de Santafé del municipio de Rioblanco (Tolima) vistiendo traje militar, portando fusil y en compañía de 5 guerrilleros, entre ellos el comandante "CARRILLO"; igualmente el 30 de enero de 2011 tomando cerveza en un burdel del municipio de Rioblanco (Tolima). Al igual que el anterior, el *a-quo* le restó credibilidad, pues asegura que el testigo rindió el testimonio el 1 de febrero de 2011 y aseveró conocer al procesado desde un año antes (febrero de 2010) cuando estaba trabajando en la construcción de una carretera, pero para esa época el encartado ya estaba prestando el servicio militar; también a la circunstancia de que el declarante no exhibió su cédula de ciudadanía ni suministró su dirección de residencia durante la diligencia, aunado a que el testigo solo dijo haber visto al procesado por unos instantes. Finalmente, respecto al testimonio del Soldado Regular DARWIN LOZANO CUITIVA, quien según su relato también observó al procesado en las filas de las "FARC" luego de la ocurrencia de los hechos, hecho que se presentó cuando el testigo realizaba labores de inteligencia por parte del Batallón Caicedo con el fin de ubicar al procesado, el Juez de conocimiento resaltó que el testigo manifestó haber conocido al procesado a comienzos del año 2010 cuando trabajaba en las carreteras de Puerto Saldaña en Rioblanco

(Tolima), pero que como se había indicado, para esa época el inculpado ya estaba incorporado al servicio militar, de tal forma que esa versión era poco creíble.

Desde otro punto de vista en la providencia recurrida se acusa que la defensa del procesado planteó la teoría de una posible desaparición forzada de su prohijado el día de los hechos, lo que deja un manto de duda sobre la voluntad que tuvo su defendido en la comisión de las conductas por las cuales fue juzgado. Adiciona que tal hipótesis es apoyada en las versiones de la madre y de la tía del procesado, quienes afirmaron que en efecto, puede tratarse de una desaparición forzada, pues el SLR. DIEGO FERNANDO GONZÁLEZ SIERRA estaba a gusto en el Ejército y pretendía continuar como soldado profesional, además que él no se ha comunicado con ellas desde su desaparición, lo que las llevó a acudir a la Procuraduría y a la Fiscalía General de la Nación con el fin de denunciar la desaparición del procesado pero sin obtener avances al respecto. Por parte del Juzgado de Instancia se agregó a la actuación el 9 de diciembre de 2015, Informe de la Fiscalía General de la Nación donde consta que la investigación por la presunta desaparición forzada del encartado se encuentra en etapa preliminar.

Frente a los planteamientos de los sujetos procesales el fallador de primera instancia

resaltó que ninguna de las hipótesis planteadas se encuentra probada, es decir, se desconoce si el encartado voluntariamente se separó de su puesto de centinela llevándose consigo el material de guerra asignado para entregarlo voluntariamente a la guerrilla y formar parte de sus filas, o si fue víctima de una desaparición forzada, pues por un lado ninguno de los militares de su unidad son testigos del momento y el modo en que éste se separó de su puesto de centinela, y por el otro, la investigación por la presunta desaparición forzada se encuentra en etapa preliminar a cargo de la Fiscalía General de la Nación. Por ende, la foliatura lleva a la absolución del SLR. DIEGO FERNANDO GONZÁLEZ SIERRA al prevalecer la duda sobre el grado de certeza para condenarlo por los delitos Del centinela y Peculado sobre bienes de dotación.

V. DEL RECURSO

Inconforme con la decisión adoptada, el Ministerio Público representado por el Doctor JOSÉ FILADELFO MONROY CARRILLO, esbozó primeramente que una correcta valoración probatoria del plenario permite establecer que se dan los presupuestos del artículo 396 del Código Penal Militar para condenar al procesado, pues hay certeza de ello, contrario a lo expuesto en la decisión impugnada. Refiere el recurso que la

certeza no es la derivada de la plena prueba, ni se trata de la verdad absoluta, sino la que se desprende de la verdad procesal que arrojan las pruebas practicadas y recaudadas en el plenario, las cuales se ajustan a los requisitos de la citada norma, y de las cuales se concluye la certeza de la materialidad y las responsabilidad de las conductas por las cuales fue llamado a juicio el SLR. GONZÁLEZ SIERRA.

Agregó el Ministerio Público que se constata un dolo directo en el actuar del inculpado, señalando al respecto que el Juez de Instancia debió valorar el dolo por separado en cada una de las conductas punibles por las cuales fue llamado a juicio el SLR. DIEGO FERNANDO GONZÁLEZ SIERRA, pues unos son los presupuestos que se exigen respecto del tipo penal Del centinela como lo es el hecho de separarse del puesto, y otros muy distintos para el tipo penal de Peculado sobre bienes de dotación, como lo es el hecho de apropiarse de un bien estatal, elementos que deben quedar demostrados o deducirse de los medios probatorios recaudados, pues no siempre se cuenta con prueba directa donde se refleje la intención voluntaria del agente. Para sustentar lo anterior citó jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y además añadió que la libertad probatoria en materia penal permite que el dolo pueda ser demostrado por cualquier medio probatorio autorizado, y que para ello no es

necesario contar con varios testimonios que prueben la conciencia y la voluntad del agente.

Por otro lado, adujo el recurso que no hay prueba que demuestre que el inculpado en forma voluntaria o forzada se encuentre en las filas de las "FARC"; sin embargo de los testimonios de los Soldados Regulares JEFERSON CORTÉS PÉREZ, JESÚS GALINDO PARRA, LEONEL MUÑOZ BEDOYA, LUIS ALFONSO CERQUERA ACOSTA, WILLIAM RODRIGUEZ HERNANDEZ, MILTON FABIAN GONZÁLEZ DÍAZ, y el SS. VICTOR EDUARDO MOLINA ROLON, surge prueba indiciaria sobre la intención y voluntad que tuvo el acusado para violar la ley penal militar, y respecto al indicio como medio de prueba precisó que está regulada en los artículos 447 y 448 de la Ley 522 de 1999.

Añade a lo anterior el representante de la sociedad, que está probado en el paginario que el procesado estaba debidamente incorporado al servicio militar, que tenía asignado el material de guerra que se llevó consigo el día de los hechos, y que prestaba de centinela en horario de 03:00 pm a 7:00 pm, además que el 26 de noviembre de 2010 el procesado no llegó al lugar donde debía entregar el puesto de centinela, motivo por el que su Unidad emprendió su búsqueda sin hallarlo a él o su material de guerra.

Finalmente se expresó en el memorial, que tanto el lugar a donde se haya dirigido el SLR. DIEGO FERNANDO GONZÁLEZ SIERRA o la destinación que se le haya dado a su material de guerra, son circunstancias post delictuales que no estructuran la tipicidad de las conductas por las cuales fue juzgado. Así, se reclama la revocatoria de la decisión para que en su lugar se profiera sentencia condenatoria en contra del procesado.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Doctora JULIA ISABEL GANTIVA ARIAS, Procuradora Judicial 136 Penal II, conceptuó que la decisión apelada debe ser confirmada por ajustarse a derecho, y por ende se debe despachar en forma desfavorable el recurso de apelación, con base en las precisiones que siguen.

En primer lugar, que a pesar de la existencia del hecho, no se probó el dolo en el actuar del inculpado, esto es la conciencia y la voluntad de cometer los delitos de Peculado sobre bienes de dotación y Del centinela; además el dolo no puede presumirse, éste debe probarse en la actuación.

En segundo lugar, se indicó que se detectó la separación del puesto del centinela por parte del inculpado media hora después de haber finalizado

el turno de centinela, el cual era de 15:30 a 19:00 horas para el día 26 de noviembre de 2010, pero en el plenario no hay prueba que confirme que el inculpatado se separó de su puesto de centinela cuando éste estaba prestando el turno; adicionalmente no había Relevante que pasara revista a los puestos de centinela, pues la instrucción que había era que cuando se terminaba el turno los soldados llegaban al núcleo para su relevo.

En tercer lugar, precisó el escrito que se mantiene la presunción de inocencia del SLR. DIEGO FERNANDO GONZÁLEZ SIERRA, como quiera que no está probado el ánimo de apropiarse de su fusil de dotación, tampoco el hecho de que voluntariamente o por coacción desapareciera para ingresar a las filas de las "FARC", y además no ha contactado a su familia; tanto así que sus parientes procedieron a denunciar la desaparición forzada.

VII. CONSIDERACIONES

Esta Corporación es competente para conocer de la apelación de la sentencia, conforme lo disponen los artículos 238.3 y 583 de la Ley 522 de 1999, permitiendo al Superior resolver la alzada con las limitaciones del recurso y los aspectos íntimamente vinculados al mismo, materia

igualmente regulada en la Ley 1407 del 17 de agosto de 2010, concretamente en el artículo 339.

Recuérdese que en el recurso de apelación el señor Representante del Ministerio Público expresó que contrario sensu de lo considerado por el Juez de Instancia, la prueba que reposa en el expediente permite inferir la presencia del dolo en las conductas por las que fue juzgado el procesado, vale decir, Peculado sobre bienes de dotación y delito Del centinela; igualmente que en la sentencia al evaluarse este mismo elemento, tampoco se concluyó la existencia del dolo en forma separada respecto de las conductas, pues el dolo en el delito Del centinela es distinto al dolo en la modalidad de Peculado sobre bienes de dotación. De la misma forma el recurso expresó que había prueba indiciaria de la intención y voluntad del juzgado de violar la ley penal.

Pese a lo anterior, una lectura detallada del recurso permite indicar que el recurrente no llevó a efecto un ejercicio de evaluación-argumentación partiendo del campo probatorio, que permita a su vez su consideración por la Sala, pues en términos generales afirmó la existencia del dolo con base en las pruebas que reposan en la foliatura, pero sin indicar las razones de ello, lo mismo ocurrió con la insinuación de la asistencia de prueba indiciaria de la voluntad del procesado, pero sin realizar ningún análisis

acerca de los componentes de esta categoría de prueba.

De todas formas, es necesario referir ahora los hechos por los que fue acusado y absuelto el procesado, frente a las pruebas allegadas a la actuación, porque son ellas las que permitirán llegar a la conclusión de la presencia o no del elemento del tipo subjetivo discutido por el recurrente, e inescindiblemente los otros elementos del tipo objetivo de los delitos de Peculado sobre bienes de dotación y Del centinela.

Así las cosas, en el capítulo "*Situación fáctica*" de la providencia recurrida, se aludió a que: "*sobre las 19:30 horas del día 26 de noviembre de 2010*" unos soldados del dispositivo de seguridad se percataron de que el Soldado Regular GONZÁLEZ SIERRA DIEGO FERNANDO, quien cumplía el turno de centinela entre las 15:30 y las 19:00 horas en el núcleo Alfa "*...había abandonado la base militar Guardián del Batallón de Infantería No. 17 General José Domingo Caicedo ubicada en la Vereda Santa Bárbara del Municipio del Chaparral (Tolima), llevándose consigo un fusil galil calibre 5.56 mm, 5 proveedores metálicos con munición del mismo calibre y 1 chaleco multipropósitos*".

Específicamente en relación con el delito Del centinela respecto a la separación del puesto por parte del procesado, se adujo que de acuerdo al informe que rindiera el SS. MOLINA ROLÓN VICTOR,

fue informado por sus subalternos de que el SLR. GONZÁLEZ SIERRA no se encontraba en el núcleo, por lo que se procedió a la búsqueda del subalterno, pero sin haberse obtenido resultados alentadores. El informe fue corroborado por los testimonios de los soldados regulares CORTÉS PERÉZ YEFERSON, GALINDO PARRA JESÚS, MUÑOZ BEDOYA LEONEL, CERQUERA ACOSTA LUIS ALFONSO y CULMA PAJOY EDGAR¹⁵, quienes dieron cuenta de que GONZÁLEZ SIERRA no entregó el puesto de centinela y no se encontraba en la Base Militar.

Por otro lado, se aludió en la providencia al informe de inteligencia u oficio No. 0343 del 02 de diciembre de 2010¹⁶, en el que se dio cuenta de que el 30 de noviembre de 2010 el Soldado GONZÁLEZ SIERRA se encontraba con el terrorista JUAN BERNEO CONDE, cabecilla de las "FARC". Por otro lado, según el testimonio de DEIVER VERGARA LÓPEZ, integrante de las "FARC", éste reconoció una copia de una fotografía de GONZÁLEZ SIERRA como el muchacho que le entregó el fusil a "Alias WEIMAR", habiéndose iniciado en esos momentos un combate con personal militar; a partir de allí el muchacho continuó con WEIMAR y RAMIRO, desconociendo si se encontraba secuestrado y para dónde se dirigieron. Sobre este testimonio indicó el Juez de Instancia que se desconoce si GONZÁLEZ SIERRA se encontraba voluntariamente en el grupo guerrillero.

¹⁵ Folios 30-52 C01

¹⁶ Folios 91-92 C01

En relación con el testimonio de LOZADA BARRAGAN JAVIER ANDRÉS¹⁷ se predicó que éste rindió testimonio el 1 de febrero de 2011 y que había conocido al procesado un año antes trabajando en obras de carretera, pero para esa época el procesado estaba prestando su servicio militar obligatorio, lo cual no permite credibilidad. Por su parte el Soldado Regular LOZANO CUITIVA DARWIN¹⁸, quien expresó que conoció al procesado a comienzos del año 2010 trabajando en las carreteras en el corregimiento de Puerto Saldaña del Municipio de Rioblanco (Tolima), y a quien vio por última vez en el mes de diciembre de 2010 en el caserío Santafé en Rioblanco (Tolima), camuflado y armado con la guerrilla del comandante CARRILLO, por espacio de unos 3 minutos, hallándolo libre, sin estar amarrado ni maltratado, también es posible aducir su no credibilidad porque para principios del año 2010 el procesado ya se encontraba en las filas del Ejército Nacional haciendo parte del 8 contingente de 2009 como Soldado Regular. Desde otro punto de vista resulta inverosímil el relato en cuanto a que la Sección de Contrainteligencia del Batallón Caicedo haya enviado a un Soldado Regular a un área de alta peligrosidad para localizar a un supuesto miembro del frente 21 de las "FARC".

¹⁷ Folios 115-117 C01

¹⁸ Folios 147-149 C01

En fin, luego de citarse los testimonios de las señora LUZ MARINA SIERRA PATIÑO¹⁹ y NIDIA CERQUERA VALBUENA²⁰, madre y tía del procesado respectivamente, quienes expresaron una hipótesis de desaparición de GONZÁLEZ SIERRA, se consignó en la providencia que no existía la certeza de que el 26 de noviembre de 2010 éste voluntariamente haya abandonado su puesto de centinela llevándose consigo algunos elementos de material de guerra asignados, siendo relevante el que ninguno de los militares que se encontraba en la Base Militar Guardián vio el momento en que el procesado abandonó la misma, pues pasados 30 minutos luego de las 19:00 horas fue que se verificó que se había separado del puesto.

Habiéndose recordado lo esgrimido en la sentencia, en el sentido de que los elementos del tipo objetivo del delito Del centinela (Inclusive los elementos del tipo objetivo del delito de Peculado sobre bienes de dotación), se encuentran demostrados lo cual conduce a la certeza de la conducta, y que no ocurre lo mismo con la faz volitiva del dolo, es necesario a continuación llevar a efecto un análisis de los hechos circunstanciados respecto de los cuales se logró su verificación, para poder discernir la presencia del tipo subjetivo del delito Del centinela, e inescindiblemente de los elementos del tipo objetivo.

¹⁹ Folios 125-128 C01

²⁰ Folios 80-84 C01

Así, desde ahora debe apreciar la Sala, que las circunstancias verificadas que componen los hechos por los que fue acusado y luego absuelto el procesado, no solamente impiden considerar la certeza del tipo subjetivo del delito en comento, sino también la certeza de los demás elementos de este tipo penal, excepto que el Soldado GONZÁLEZ SIERRA en el turno de 15:30 a 19:00 horas del día 26 de noviembre de 2010, se encontraba prestado servicio de centinela en el núcleo Alfa de la Base Militar Guardián, Unidad Defensor 1, conforme a la orden del día 328 del 25 de noviembre de 2010²¹ y la prueba testimonial, específicamente los relatos de los señores Soldados Regulares CORTÉS PERÉZ YEFERSON, GALINDO PARRA JESÚS, MUÑOZ BEDOYA LEONEL, CERQUERA ACOSTA LUIS ALFONSO y CULMA PAJOY EDGAR²², además del testimonio del SS. MOLINA ROLÓN VÍCTOR EDUARDO²³. Más concretamente, el SLR. CERQUERA ACOSTA²⁴ precisó que le el SLR. GONZÁLEZ SIERRA tenía que entregar el turno a las 07:00 de la noche, pero como pasó media hora sin hacerlo, fue a buscarlo al puesto en compañía de otro soldado; en el camino se les pegó DÍAZ, y cuando llegaron al puesto, no encontraron sino el puro afelpado, y por tanto fueron a comunicar la situación al Cabo RUBIO. Con anterioridad había expresado este testigo que a las 03:30 de la tarde le había

²¹ Folios 3-4 C01

²² Folios 30-52 C01

²³ Folios 57-60 C01

²⁴ Folios 42-45 C01

entregado el puesto CHARLY en el primer núcleo en la parte sur del helipuerto al SLR. GONZÁLEZ SIERRA. Por su parte el SLR. RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ²⁵ al ser preguntado por el conocimiento que tuvo de lo sucedido el 26 de noviembre de 2010, expresó que como a las 03:30 de la tarde se encontraba acomodando los costales acompañado del SLR. MUÑOZ BEDOYA, y que el SLR. GONZÁLEZ SIERRA pasó por el puesto donde ellos estaban, siendo ese el último momento en que vio a GONZÁLEZ SIERRA. Más adelante - agregó el testigo- se enteró hacia las 7 de la noche por parte de los soldados CERQUERA y ACOSTA, que el SLR. GONZÁLEZ SIERRA no estaba en el puesto.

Lo que se quiere significar es que la verificación probatoria se extendió a: a) que el procesado había empezado a fungir como centinela en el turno de 15:30 a 19: 00 horas, en uno de los puestos del núcleo Alfa de la Base Militar Guardián; b) que como a la media hora después de las 19:00 horas el SLR. GONZÁLEZ SIERRA no había entregado su turno, y el soldado CERQUERA ACOSTA y DIAZ se dieron cuenta de ello; éstos fueron a verificar lo que ocurría, por lo que se dirigieron al puesto de centinela y se percataron de que GONZÁLEZ SIERRA no se encontraba en el lugar, situación de la que dieron cuenta a su Superior, y c) que una vez percatada la ausencia del SLR. GONZÁLEZ SIERRA los Superiores

²⁵ Folios 53-55 C01

dispusieron un registro perimétrico a profundidad en procura de localizar al soldado, sin haberse obtenido resultados positivos.

Aunado a lo anterior, obran unos testimonios, algunos de ellos que refieren la hipótesis de que el SLR. GONZÁLEZ SIERRA estaba vinculado con miembros de la subversión (Específicamente las FARC), y otros en el sentido de que se hallaba desaparecido.

De los primeros de ellos, se encuentra el testimonio de DEIVER VERGARA LÓPEZ²⁶, el cual se recepcionó con base en un informe del Jefe del S-2 del Batallón Caicedo, en el que oficiosamente dio cuenta al Juez 81 de Instrucción Penal Militar que el señor DEIVER VERGARA LÓPEZ había sido capturado y recluido en la cárcel de Chaparral (Tolima) el 20 de enero de 2011, quien tenía conocimiento acerca del paradero del SLR. GONZÁLEZ SIERRA, desertado de la Base Militar Guardián con su dotación de armamento, el 26 de noviembre de 2010. Pues bien, en este testimonio se le pone de presente al testigo un documento, esto es, como se aduce en la misma pregunta del despacho instructor, una *"... fotocopia de la fotografía que reposa a folio 20 del cuaderno original..."*, de la cual se le afirmó al testigo que correspondía a la fotografía del SLR. GONZÁLEZ SIERRA DIEGO FERNANDO, para que indicara si

²⁶ Folios 103-105 C01

conocía o distinguía a la persona que allí se percibía. En este sentido vale la pena anotar, que se trata de una reproducción mecánica de posiblemente una fotografía u otro documento, y como tal se desconoce si esa reproducción mecánica guarda fidelidad con el documento original o auténtico, y si se produjo en el proceso de reproducción alguna distorsión en la imagen que se aprecia en la foliatura²⁷. De todas formas es preciso aclararse que se desconoce cuál es el documento o fotografía de la cual se hizo la reproducción, y menos, ante la hipótesis de una fotografía el registro y/o prueba acerca de el origen de la misma, vale decir, dónde y quién la tomó o la produjo, el equipo utilizado para tal efecto, y las circunstancias en que fue tomada, lo cual también debe verificarse en tratándose de un reproducción.

Por otro lado, como se anotó, al testigo desde el inicio se le indicó que se trataba del soldado regular GONZÁLEZ SIERRA DIEGO FERNANDO, perdiéndose la oportunidad de que el testigo diera a conocer lo que conocía en relación con la persona a la que posiblemente pertenecía la fotocopia de la fotografía o de otra clase de documento. En fin, relata también el testigo dos hechos circunstanciados: El primero aquél en el que se produjo su aprehensión cuando se presentó un combate en la Vereda San José de las hermosas

²⁷ Folio 20 col

con el Ejército, específicamente en la Aurora, en el que se produjo la muerte de 3 personas entre ellas, su comandante DIDIER y su novia JENIFER; y segundo, los ocurridos en una Vereda de Escobar donde también hubo un enfrentamiento de guerrilleros con soldados del Salado, en los que de acuerdo a su versión en algún momento recibió instrucciones de que tomara un fusil, lo cual relató en los términos siguientes: " Fue iban a ser (sic) como las 10 de la mañana, estábamos almorzando cuando yo escuché como una plomacera allí en Escobar, bueno entonces de ahí se fueron pa bajo a la carretera que coge como pa los Naranjales, se fue RAMIRO, se fue WEIMAR y potros que no me acuerdo, yo los escuche allí: tiéndase gritó WEIMAR, yo estaba en una casa era de un civil, cuando le dijeron pásame el fusil, yo salí porque me mandaron razón pa que saliera. Me dijeron que le echara mano a ese fusil, me dijo WEIMAR... y entonces me pasaron el fusil a mí y yo me lo traje, y me dijeron que quemara unos tiros para ver si estaba bueno o dañado.". Precisamente sobre los dos hechos circunstanciados anteriores ninguna verificación se llevó a efecto, entre otras, para conocer las fechas en que se produjeron los dos enfrentamientos. Así mismo el flojo catálogo de preguntas al testigo en nada se ocupó de procurar el relato de las características morfológicas de la persona que al parecer según el texto del testimonio le entregó un fusil, ni siquiera las características de éste, y tampoco si tenía todas sus partes, inclusive si contaba con proveedores y munición, lo que no solamente era relevante,

sino además en cuanto a algunos predican que el fusil de dotación del procesado tenía suelta la culata y éste portaba el fusil con ese defecto. Desde otro punto de vista también resulta de poco interés del Juez Instructor que nada se haya preguntado al testigo acerca del motivo por el cual se le ordenó verificar el funcionamiento de un fusil en medio de un enfrentamiento contra miembros de la Fuerza Pública, ya nada tampoco se le pidió al S-2 (Sección de Inteligencia) acerca del conocimiento que se tenía de que el testigo conocía al SLR. GONZÁLEZ SIERRA DIEGO FERNANDO.

Otro testimonio, el del señor JAVIER ANDRÉS LOZADA BARRAGAN²⁸, que fue recepcionado con base en una solicitud del Jefe de Contrainteligencia del Batallón Caicedo, en el que se adujo al Juez Instructor que el mencionado podría brindar información útil, condujo al Instructor a que con auto del 1 de febrero de 2011²⁹ se recepcionara la prueba. El testigo presentó un registro civil de nacimiento, pero lamentablemente no fue individualizado en el acta de su testimonio. Este testigo fue preguntado inicialmente si conocía a DIEGO FERNANDO GONZÁLEZ SIERRA, contestando que lo había conocido en el puerto en unas obras de la carretera, solo se saludaba con él, que le decían PIOLIN, y que la última vez que lo vio fue el 24 de enero de 2011 en Santafé, un corregimiento de Rioblanco. Igualmente que en la

²⁸ Folios 115-117 C01

²⁹ Folio 114 C01

fecha indicada lo vio con guerrilleros, dos vestidos de policía y tres vestidos con uniforme como del Ejército y que andaba con CARRILLO el comandante de él; llevaba un fusil negro como los que tienen los soldados del batallón, y portaba traje militar del Ejército.

Téngase en cuenta sobre lo relatado por el testigo, al igual que lo hizo el Juez de Instancia, que el testigo refiere haber conocido al GONZÁLEZ SIERRA un año atrás más o menos y que trabajaron en unas obras de la carretera, e igualmente que la última vez que lo vio fue unos pocos días antes, es decir, el 24 de enero de 2011 en compañía de guerrilleros y del comandante CARRILLO. Hasta aquí llama la atención que de éste testigo se desconoce en la foliatura por qué medio fue citado al Despacho para que rindiera su testimonio, pues el informe del Jefe de Contrainteligencia solamente suministró su nombre. Es lamentable también la pereza del Instructor en dejar consignadas las condiciones personales, sociales y familiares del testigo, incluyendo su dirección, domicilio y arraigo, lo que se agrava con la omisión de haberse verificado si el procesado antes de su ingreso al servicio militar trabajó en unas obras de carretera, en una vaina de la carretera como lo adujo el testigo. Es más, a este testigo nada se le preguntó sobre la persona a la que se refería, para cuál empresa trabajaba o quién era su jefe

en esa labor de carreteras, qué rol desempeñaba GONZÁLEZ SIERRA y por cuánto tiempo trabajó en ese lugar etc., con el fin de haberse constatado lo expuesto por el testigo. En similar forma nada se le preguntó sobre las características morfológicas de GONZÁLEZ SIERRA, y por qué de su afirmación de que llevaba un fusil negro como los que tienen los soldados del Batallón. En cuanto a la pregunta sobre si GONZÁLEZ SIERRA se encontraba amarrado o encadenado, secuestrado o libre, resulta descontextualizada, pues ya el testigo había dado cuenta de que estaba con 5 guerrilleros más, y lo veía normal llevando un fusil negro; por si fuera poco, nada se le preguntó del por qué se refirió al comandante CARRILLO, y en qué circunstancias lo había conocido o qué sabía de él.

Sobre el mismo testimonio inmediatamente anterior, ante la afirmación del testigo en cuanto a que DARWIN LOZANO CUITIVA, un Soldado del Batallón, un día lo llamó y le preguntó por DIEGO, a lo que respondió que lo había visto con cinco manes de esa gente de por allá, nuevamente el Instructor dejó ver su desinterés en tomarle testimonio al mencionado Soldado sobre la circunstancia aludida por el testigo.

En este mismo testimonio que se viene analizando, también anotó LOZADA BARRAGAN que el 30 de enero de 2011 fue otra fecha en que vio a GONZÁLEZ

SIERRA acompañado de otra persona tomando cerveza en un burdel de la zona de Rioblanco, y que pensó llamar a LOZANO pero GONZÁLEZ SIERRA ya no estaba en el lugar. En este sentido tampoco se auscultó nada acerca del vínculo entre LOZANO CUITIVA y el señor LOZADA BARRAGAN. Así mismo, al relatar el testigo lo ocurrido el 30 de enero, adujo que un pelado (Una persona) que le decían CRISPIN, posiblemente llamado EDWIN, también vio a GONZÁLEZ SIERRA; pero tampoco mostró el Instructor interés en obtener información con el fin de procurar posteriormente su testimonio.

Finalmente, si el SLR. GONZÁLEZ SIERRA fue incorporado al servicio militar el 4 de diciembre de 2009 conforme a la orden del día 0230 de la misma fecha, expedida por el Comando del Batallón de Infantería de Montaña No. 17 "General Domingo Caicedo"³⁰, no resulta explicable que el testigo haya dado cuenta que desde un año atrás aproximadamente lo había conocido en unas obras de una carretera.

Ahora bien, el SLR. LOZANO CUITIVA DARWIN GONZALO³¹, expresó que distinguió a GONZÁLEZ SIERRA un año atrás cuando trabajaban en las carreteras de Puerto Saldaña, y que inclusive estuvieron trabajando más abajo en la Vereda Betania. Agregó que dos meses antes lo había visto armado con el comandante CARRILLO cuando

³⁰ Folios 69-71 C01

³¹ Folios 147-1494 C01

pasaba por el lugar en una moto (El testigo), lugar al que acudió por orden del Primero LÓPEZ, el Suboficial del "Siete", misión que se le encomendó porque conocía al procesado y sabía dónde vivía la mamá. Más adelante puntualizó que ello ocurrió el 22 de enero de 2011 hacia las 10:00 de la mañana en la Vereda Santafé en una tienda cuando encontró al comandante CARRILLO, DIEGO y a otros que no distinguía. DIEGO estaba con camuflado pixelado, tenía fusil galil 5.56 o 7.62 milímetros, botas de caucho, pava y los equipos de campaña, pero DIEGO FERNANDO y CARRILLO no estaban en la tienda misma sino en la carretera. En otro de sus apartes expresó que: *"JAVIER, el que vino acá, ese es el que más me llama, que me pidió una cámara para tomarle una foto a DIEGO cuando lo viera... que días me llamó y me dijo que lo había visto en la zona de Rioblanco, en un putiadero de Rioblanco, el man de dijo que le mandara una cámara para tomarle un foto, y yo se la mandé como después de 8 días..."*. En el testimonio también se lee que hacía unos 2 meses se entregaron dos guerrilleros a la Fuerza de Tarea y sabían a quién habían entregado el fusil y quién era el man y todo.

De este testimonio puede afirmarse lo mismo del anterior, en relación con la circunstancia de parecer extraño lo afirmado en el sentido de que un año antes había conocido a GONZÁLEZ SIERRA trabajando en carreteras de Puerto Saldaña, y luego más adelante y en la Vereda Betania, pues, recuérdese, que el SLR. GONZÁLEZ SIERRA fue

incorporado el 4 de diciembre de 2009 al servicio militar, y además nada se le preguntó acerca de las circunstancias laborales, lo que era estrictamente necesario para poder resolver lo concerniente a la época en que pudo haber trabajado en carreteras, frente a la incorporación al servicio militar. Por otro lado, tampoco se constató la misión que se le había encomendado al soldado LOZANO CUITIVA DARWIN, pues habría que examinar a cuál dependencia del Batallón Caicedo estaba asignado, y si pertenecía a la compañía de Apoyos y Servicios para el Combate (A.S.P.C) como afirmó el testigo, no se desprende a primera vista el por qué se le encomendaban esa clase de tareas. Sobre esta circunstancia ninguna preocupación medió para recaudar el testimonio del Sargento LÓPEZ el del "Siete". Es que resulta extraño que el Soldado declarante haya acudido a la Vereda Santafé el 22 de enero de 2011 en una moto prestada, lo que debió haber explicado, pues si se encontraba en una misión oficial de esta categoría, algo dudoso en tratándose de un Soldado Regular, debió exponer las circunstancias de ello, es más, si avistó al SLR. GONZÁLEZ SIERRA con uniforme pixelado y portando un fusil, lo que debió hacer inmediatamente fue denunciar ante sus Superiores tal situación para que se procediera a la emisión de la misión o del operativo respectivo. Lamentablemente a este testigo nada se le auscultó al respecto. El mismo

interrogante surge de lo expuesto por el testigo en el sentido de que a él le gustaba colaborar mucho con el Ejército, que el comandante CARRILLO era sobrino de su abuelita, que sabía dónde vivía GONZÁLEZ SIERRA, que lo era como a 5 minutos de la bomba, a quien había conocido desde atrás trabajando en carretera.

Por último, como el testigo acusó que dos meses antes se habían entregado dos guerrilleros a la Fuerza de Tarea "...y sabían a quién había entregado el fusil y quién era el man y todo...", resulta inusual, en forma similar a lo predicado en el párrafo anterior, que tenga acceso a esta clase de información. En este sentido el Despacho instructor ninguna prueba practicó al respecto. Inusual resulta también que el Soldado Regular LOZANO CUITIVA DARWIN perteneciente al tercer contingente de 2010³², le haya mandado una cámara fotográfica a JAVIER ANDRÉS LOZADA BARRAGÁN para que le tomara una fotografía al Soldado Regular GONZÁLEZ SIERRA, actitud que debió haber explicado el soldado LOZANO CUITIVA, pues el interés de adquirir información sobre GONZÁLEZ SIERRA parece realmente inusitado.

Como consecuencia de las acotaciones que se han hecho en los párrafos anteriores respecto a los testimonios de JAVIER ANDRÉS LOZADA BARRAGÁN y el SLR. DARWIN LOZANO CUITIVA, aunque en algunos

³² Folio 147 C01

aportes de esas diligencias se indica que SLR. GONZÁLEZ SIERRA fue visto acompañado de algunos guerrilleros, el sucinto y flojo catálogo de preguntas realizado a los testigos y la falta de práctica de las pruebas que devenían necesariamente de sus exposiciones, dejan duda a la Sala acerca de la circunstancia de que GONZÁLEZ SIERRA haya sido avistado en compañía de subversivos, con uniforme pixelado como el del Ejército y portando un fusil. Sin embargo, aún bajo la hipótesis de que el SLR. GONZÁLEZ SIERRA hubiese sido sorprendido junto a miembros de la guerrilla de las "FARC" con uniforme camuflado como el del Ejército, portando un fusil galil y botas de caucho, además de una pava, eso significaría que unos dos meses después aproximadamente al 26 de noviembre de 2010 fuere visto en tales circunstancias en compañía de otras personas al parecer miembros de las "FARC", lo que es ajeno a los elementos del tipo objetivo de delito Del centinela que es materia de evaluación en el decurso de esta providencia, y que reconoce el recurrente en su memorial, pues lo que interesa claro está, son las circunstancias en que se pudo haber producido los elementos de las conductas por las que fue acusado y juzgado el procesado.

Es que ya se anotó atrás que la verificación lograda en el presente proceso penal tiene que ver con la calidad de centinela y la

circunstancia de que GONZÁLEZ SIERRA había sido designado para prestar ese servicio como tal entre las 15:30 y las 19:00 horas en un puesto del núcleo Alfa de la Base Militar Guardián para el día 26 de noviembre de 2010, el cual asumió, pero no hay ninguna prueba que permita llegar a la certeza de que el centinela abandonó el puesto, porque el servicio lo era hasta las 19:00 horas y solo media hora después unos soldados regulares se percataron de que no estaba en el puesto; es decir, se desconoce si el Soldado prestó el servicio hasta las 19:00 horas o su ausencia se inició después de esta hora, pues si es lo segundo, no podría hablarse de un delito Del centinela sino posiblemente de un delito de Abandono del puesto, tal como lo precisó la Corte Suprema de Justicia frente a una similar situación³³. Es más, la verificación no permitió conocer si los soldados a la terminación del turno de servicio quedaban disponibles, esto es, vinculados al servicio, y por cuánto tiempo, pues al parecer reinaba el desorden.

En fin, no se constató si en esa Base Militar se daba cumplimiento a lo previsto en el Reglamento de servicio de guarnición en el numeral 15, literales f y g, que rezan " *f. El personal destinado a los servicios de guardia debe nombrarse por periodos de 24 horas como máximo; en casos excepcionales, el respectivo Comandante de Cuerpo o Unidad, está*

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 12878 de fecha 23-05-01, MP. DR. JORGE ANIBAL GÓMEZ GALLEGU.

*autorizado para prolongar dicho servicio hasta por 24 horas más. g. El personal de guardia debe mantenerse siempre en tal grado de alistamiento que pueda emplearse con sus armas tan pronto como sea requerido.”*³⁴. Lo que se quiere significar es que se desconoce si el SLR. GONZÁLEZ SIERRA prestó la totalidad del turno, de 15:30 a 19:00 horas, en el núcleo Alfa como está consignado en la orden del día No. 328 del 25 de noviembre de 2010 de la Base Militar Guardián, o si la ausencia se produjo después del turno de centinela, ya que simplemente fue visto por algunos compañeros hacia las 15:30 horas y solo se conoció su ausencia aproximadamente a las 19:30 horas. Recuérdese en este sentido que los Soldados Regulares MUÑOZ BEDOYA LEONEL³⁵, y WILLIAM RODRIGUEZ HERNÁNDEZ³⁶ expresaron, el primero de ellos, que GONZÁLEZ SIERRA recibía a las 03:30 de la tarde “... y como a las tres y veinte llegó el Soldado GONZÁLEZ llegó a ver si el otro estaba allí prestando y de ahí arrancó para el puesto de él, era el puesto de abajo junto para la maraña y de ahí yo no volví a saber nada hasta las siete de la noche que tenía que entregar dispositivo, los compañeros estaban extrañados porque GONZALEZ SIERRA no llegó a entregar el turno de dispositivo...”, y el segundo, RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ³⁷, expresó que el 26 de noviembre se encontraba arreglando una trinchera acomodando los costales, acompañado de MUÑOZ BEDOYA, y siendo como las tres y media de la tarde pasó el SLR. GONZÁLEZ SIERRA por el puesto donde ellos

³⁴ Reglamento de Servicio de Guarnición FF.MM. 3-9 Público, Cuarta Edición, 1974, pág 19

³⁵ Folios 38-40 C01

³⁶ Folios 53- 55 C01

³⁷ Ibid.

estaban, y esa fue la última vez que lo vio. Luego a las siete de la noche más o menos se fue a descansar, y los soldados CERQUERA y ACOSTA se dieron cuenta de que GONZÁLEZ no estaba en el puesto de centinela.

Con lo anterior es fácil colegir que la verificación probatoria no permite conocer si el procesado cumplió o no completamente el turno de servicio. Es lamentable además que a pesar de la obligación de los Relevantes nombrados en el artículo 767 de la Orden del Día, esto es, el CP. QUINAYAS QUINAYAS EMILIO y el C3. RUBIO BENTACOURT EDILBERTO, que no hayan rendido testimonio en el presente proceso penal, porque eran pruebas relevantes para el cumplimiento de los fines de la etapa instructiva -lo que fue agravado con similar omisión por parte del Fiscal Penal Militar y el Juez de Instancia, quienes podían devolver el sumario a la etapa instructiva para la práctica de nuevas pruebas, u ordenar la práctica de pruebas en el juicio, respectivamente-.

Adicionalmente es lamentable que la prueba testimonial, específicamente la de los soldados regulares que conformaban la Base Militar Guardián hayan dado cuenta el desorden que había en la unidad, en cuanto no se exigía el relevo de los centinelas como lo dispone el Reglamento de servicio de guarnición, sino que se les permitía

iniciar su servicios y terminarlos a su libre albedrío. Salta a la vista que el C3. RUBIO BETANCOURT elevó ante su superior, SS. MOLINA ROLÓN VICTOR EDUARDO, el informe adiado 27 de noviembre de 2010³⁸ en el que dio cuenta que a las 19:39 horas dos soldados le informaron que GONZÁLEZ SIERRA no se encontraba en el núcleo, significa ello que RUBIO BETANCOURT como relevante no estuvo atento a su servicio, y omitió dar cuenta de las actividades realizadas como relevante. La omisión de la práctica de este testimonio es el resultado del desinterés de los funcionarios de la primera instancia que adelantaron el presente proceso penal.

Así las cosas, si por un lado no fue posible que la prueba verificara si GONZÁLEZ SIERRA terminó la prestación del turno, o si su ausencia se produjo después del mismo, no es posible concluir si se trató de un abandono del puesto dentro del servicio de centinela, esto es, si se estaba ante el tipo penal Del centinela u otra conducta ilícita.

Por otro lado, si no fue posible en la etapa instructiva o en la etapa del juicio, en las que procede la práctica de pruebas, la verificación de las circunstancias en que se produjo la iniciación de la ausencia del SLR. GONZÁLEZ SIERRA, ello mismo impide inferir o considerar la

³⁸ Folio 2 C01

hipótesis del ánimo de GONZÁLEZ SIERRA de hacer dejación del lugar donde prestaba el servicio de centinela durante el turno que antes se ha señalado, esto es, entre las 15:30 y las 19:00 horas del 26 de noviembre de 2010.

Por las anteriores razones no es posible atender el recurso del distinguido representante del Ministerio Público que reclama la presencia del dolo, aunque recuérdese, ninguna evaluación medió en su memorial. A contrario sensu, en el concepto del Ministerio Público ante esta instancia se lee lo siguiente: *"En el sub litem es claro que al término del servicio en el núcleo y que iba hasta las 7 de la noche el soldado no llegó al lugar donde arribaban una vez terminaban el servicio y quienes prestaron turno en otros puntos cuando había pasado media hora y el compañero no llegó, procedieron a dar aviso al superior, pero ello no significa, per se e in sé que se pueda afirmar que estando RODRIGUEZ SIERRA DIEGO FERNANDO en el puesto, se hubiera separado del mismo en el lapso que le correspondía para el 26 de noviembre de 2010, toda vez que, solamente media hora después del término del servicio es que se viene a detectar su ausencia y de ahí que frente al delito DEL CENTINELA no sea viable afirmar que estando de facción el mismo abandonó su lugar por cuanto no se conoce y menos se probó que se hubiera retirado del puesto entre las 15:30 y las 19:00 horas en la medida que no se puede descartar que perfectamente pudiera haberse ido luego de las 19:00 horas y cuando ya había concluido su servicio. No puede olvidarse que no existía relevante y, cada uno llegaba a su núcleo, y por tanto, mal se haría en concluir que probado quedó el*

*delito que se le atribuyera contra el servicio*³⁹, lo que resulta coherente con el análisis atrás efectuado.

Ahora bien, en relación con el delito de Peculado sobre bienes de dotación, que es también de modalidad dolosa exclusivamente, no hay ninguna prueba o pruebas, cuyo análisis permita concluir si el soldado GONZÁLEZ SIERRA tuvo el ánimo de apropiarse de unos bienes que le hayan sido entregados como dotación, por cuanto en forma similar a lo que se consignó en los párrafos anteriores respecto del delito Del centinela, se desconocen las circunstancias en que se produjo la ausencia del Soldado Regular GONZÁLEZ SIERRA de la Base Militar Guardián.

Es más, no solamente aparece no verificado el dolo, sino que los elementos del tipo objetivo tampoco refulgen de las pruebas practicadas, específicamente la apropiación y el provecho para sí o para un tercero, toda vez que ninguna prueba permite su evaluación. Sobre el delito en comento, ya se anotó que aún la circunstancia de hipótesis de haber sido sorprendido el procesado dos meses aproximadamente después de la ocurrencia de los hechos, con miembros al parecer pertenecientes a un grupo subversivo, inclusive con uniforme como el del Ejército o pixelado como lo afirmó uno de los testigos, y portando un

³⁹ Concepto del Ministerio Público, folios 669-670 C04

fusil de color negro, no permite per sé deducir la apropiación, y tampoco por supuesto, el provecho mencionado.

Sobre este tema llama la atención el testimonio de la Señora NIDIA CERQUERA VALBUENA⁴⁰, tía y madre de crianza de GONZÁLEZ SIERRA, quien relató en su testimonio que a la casa de la mamá de éste último la llamaron diciéndole que GONZÁLEZ SIERRA se había desertado, y que al día lunes siguiente fueron al batallón donde le confirmaron tal situación, agregando que: *"... si el DIEGO FERNANDO se hubiera volado él me hubiera llamado a decirme tía mire hice eso, pero nunca he recibido una llamada después de que él desapareció porque si hubiera recibido una llamada yo hubiese ido donde él estaba para ver qué pasó o qué hizo o por qué pasó esto pero eso lo dudo porque la ilusión de él fue prestar el servicio militar y quedarse en la profesional, siempre me lo dijo. Dos días antes de desaparecerse me llamó y me dijo tía yo en diciembre estoy allá y a mí me falta mucho para salir, per no vaya a decirme que no, pero yo me quedo en la profesional, porque me dijo esto es lo que me gusta y me sale por que me sale y me quedo porque me quedo, así pongan el grito en el cielo..."*. Más adelante ésta testigo anotó que la mamá de DIEGO, MARINA SIERRA, Recibió una llamada: *"... al celular de ella, diciendo que él estaba en la montaña, que lo tenían a seis horas de la base de donde estaba él, no especificaron quiénes lo tenían pero que estaba encadenado y estaba deshidratado, lo último que me dijo hagan algo porque ese muchacho se va a morir y le preguntamos de parte de quién recibíamos la información, él dijo no importa..."*.

⁴⁰ Folios 80-84 C01

Por su parte la señora LUZ MARINA SIERRA PATIÑO⁴¹, madre del hoy procesado, expresó que el 26 de noviembre a las 10:30 de la noche recibió una llamada del Comandante MANTILLA sobre la desaparición de su hijo, dejó pasar ese fin de semana y el lunes acudió al Batallón Caicedo habiéndosele comunicado que DIEGO se había desertado. Igualmente dio cuenta que se comunicó con el comandante MOLINA, quien le dijo que DIEGO tenía una conducta intachable y que lo estaban buscando. Adicionó la testigo que *"... a través de los días yo tuve una llamada anónima de un hombre quien me decía que no dejara de buscar a mi hijo que él en ningún momento se había desertado, en esos mismos días recibimos otra llamada diciéndonos que a él lo tenían secuestrado yo llamé al teniente ALCALA y le comenté y él me dijo que lo único que le interesaba era el fusil..."*. También expresó que las llamadas las recibió como a la tercera semana de la desaparición y que la última vez que habló con DIEGO FERNANDO fue la primera semana de noviembre cuando le dijo que no se preocupara porque estaba bien, y que en esos días los bajaban al pueblo y había posibilidades de vacaciones en diciembre.

Obsérvese entonces cómo en los dos testimonios anteriores, además de darse cuenta de la extrañeza por el abandono de las instalaciones militares por parte de GONZÁLEZ SIERRA, también lo fue en el sentido de que se recibieron dos

⁴¹ Folios 125-128 C01

llamadas, el 24 de diciembre y el 27 o 28 del mismo mes, sobre el posible secuestro del hoy procesado. Sin embargo, ello no fue objeto de verificación, pues a pesar de que se conocía los números de teléfono de los cuales se recibieron llamadas ninguna prueba se ordenó al respecto. Lo mismo ocurrió con la verificación que pudo haberse hecho al recepcionársele testimonio a YANETH PATRICIA SIERRA, tía del procesado con la que posiblemente hablaba mucho, y la también relevante verificación del trabajo de GONZÁLEZ SIERRA en la carretera sobre la vía al Municipio de Herrera como lo informó la señora LUZ MARINA SIERRA PATIÑO. Igualmente es preciso anotar que la señora madre y la tía del procesado acudieron a la Fiscalía General de la Nación con el fin de denunciar la presunta desaparición del SLR. GONZÁLEZ SIERRA DIEGO FERNANDO, investigación que es adelantada por la Fiscalía 62 Especializada de delitos de desaparición forzada y desplazamiento forzado con sede en Ibagué (Tolima), radicado 736166000725201000047, la cual se encuentra en etapa preliminar de acuerdo a la información que consta en el sumario⁴².

Consecuente con todo lo anterior, no puede atenderse el recurso, pues en la foliatura no reposa prueba sobre los elementos del tipo objetivo y subjetivo de los delitos por los que fue juzgado el procesado, y por ende, de la

⁴² Folios 626 y 628 C04.

certeza de las conductas punibles y de la responsabilidad del mismo. Como consecuencia se confirmará la sentencia del *a quo* en la que se absolviera al procesado por los delitos de Peculado sobre bienes de dotación y Del centinela.

Sin más consideraciones, la Primera Sala de decisión del Tribunal Superior Militar, administrando justicia en nombre de la República y por ministerio de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Desatender los argumentos del recurso de apelación, y en consecuencia confirmar la sentencia absolutoria de fecha 25 de enero de 2016, proferida por el Juzgado Séptimo Penal Militar de Brigadas del Ejército Nacional, en favor del procesado, Soldado Regular DIEGO FERNANDO GONZÁLEZ SIERRA, por los delitos Del centinela y Peculado sobre bienes de dotación.

SEGUNDO: Contra la presente providencia procede el recurso de casación, que podrá interponerse dentro de los 15 días siguientes a la última notificación de esta decisión, conforme al artículo 370 y siguientes de la ley 522 de 1999.

TERCERO: Devuélvase el sumario al Juzgado de Instancia de origen para los fines pertinentes.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Capitán de Navío (RA) **JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ**
Magistrado Ponente

Teniente Coronel **NORIS TOLOZA GONZÁLEZ**
Magistrada

Abogada **MARTHA LOZANO BERNAL**
Secretaria

CONSTANCIA SECRETARIAL

La presente decisión no es firmada por el señor Coronel **ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO**, quien integraba la Sala, en virtud a que su período concluyó el 22 de junio de 2015, sin que se haya designado reemplazo.

Abogada **MARTHA LOZANO BERNAL**
Secretaria

158423 -10727-XIII- 416 - EJC
SLR. GONZÁLEZ SIERRA DIEGO FERNANDO
DEL CENTINELA Y PECULADO SOBRE BIENES
DE DOTACIÓN