



Rama Judicial del Poder Público  
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar  
Sala de Decisión Penal

REFERENCIA

Asesorado Ponente:	- José Ignacio Sánchez Calle
Radicación:	20016001074200880244
Asunto:	Proceso segunda instancia
Motivo Hecisión:	Ápeloción sentencia condenatoria
Partes:	F. Iverj Garzón Rey, Darwin Mogollón Tuberquia, Alonso Fnnmi-Martines: Herrera, Dayvis Saúl Flórez Lorsa y Breiner André-HHanosalva Pérez
Hecho:	Homicidio en Persona Protegida
Instancia:	Juzgado Penal del Circuito Especializado de Valledupar
Actuante:	Néstor f iniera Ramírez
Acto:	Acta No. 060
Decisión:	Confiimeción

Valledupar, Septiembre siete (07) de dos mil once (2011)

1. OBJETO.

Procede la Sala en lo penal a resolver el recurso de apelación ininterponible en defensa técnica de Elvert Garzón Rey, Darwin Mogollón Tuberquia, Alonso Enrique Martínez Herrera, Dayvis Saúl Flórez Lorsa y Breiner Andrés Manosalva Pérez, contra la sentencia proferida el 7 de julio de 2011, por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Valledupar, mediante la cual se declaró culpable a los señalados como coautores del delito de homicidio en persona protegida.

2. HECHOS

Desprende de los audios y las probanzas allegadas en el expediente, que el día 7 de marzo de 2008, en jurisdicción del municipio de Valledupar, se dio lugar a un presunto enfrentamiento armado entre miembros de la columna subversiva perteneciente al Ejército Revolucionario del Pueblo, que operaba en la zona,

resultado fue el abatimiento de un sujeto que no fue identificado y que portaba prendas militares, un revólver calibre .38 y un brazalete distintivo del E.L.N. ■

2.2. En la operación armada participaron, entre otros, el Cabo Tercero Elvert Garzón Rey y los soldados profesionales Darwin Mogollón Tuberquia, Alonso Enrique Martínez Herrera, Davvis Saúl Flórez Lorsa y Breiner Andrés Manosalva Pérez, pertenecientes a una unidad de contraguerrilla del Ejército Nacional acantonada en la zona.

2.3. La investigación adelantada por este hecho, permitió establecer que el occiso vestía prendas militares en tallas extremadamente inferiores a su contextura física.

### 3- ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1. Por los anteriores hechos, el día 17 de diciembre de 2008, la Fiscalía General de la Nación, le formuló al Cabo Tercero Elvert Garzón Rey y a los soldados profesionales Darwin Mogollón Tuberquia, Alonso Enrique Martínez Herrera, Dayvis Saúl Flórez Lorsa y Breiner Andrés Manosalva Pérez, cargos por el delito de Homicidio en Persona Protegida, previsto en el artículo 135 del Código Penal. En la misma fecha se llevó a cabo audiencia de solicitud de imposición de medida de aseguramiento que fue rechazada por el juez de control de garantías.

3.2. El 15 de enero de 2009, el ente investigador presentó escrito de acusación contra los procesados Elvert Garzón Rey, Darwin Mogollón Tuberquia, Alonso Enrique Martínez Herrera, Davvis

En las audiencias preparatoria y de juicio oral se emite fallo de primera instancia.

#### 4. SENTENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Penal del Circuito Especializado de Valledupar, en sentencia del 22 de julio de 2011, condenó a los procesados arriba señalados a la pena de 40 años de prisión, multa de 2.606.66 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término de 20 años, al tiempo que les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, así como la prisión domiciliaria.

Los argumentos del Juzgado Penal del Circuito Especializado de Valledupar, para dictar sentencia condenatoria se sintetizan así:

a) Que las fotografías allegadas a la investigación respecto al cadáver, revelan que el pantalón que utilizaba el occiso no cubría de su falla, que no le pasaba de los glúteos, lo que demostraba que dicha prenda le fue puesta después de habersele disparado y cegado la vida, sin cerciorarse que dicha prenda de vestir era de una talla muchísimo menor a la del interfecto.

h) Que al observar y analizar detenidamente las fotografías y el video presentado por una de las defensas, se demuestra que ningún combatiente de grupo irregular podría enfrentarse a una escuadra militar conformada por 16 personas, con los pantalones utilizados en la forma que aparece registrada y portando sólo un

Revólver, pues ello es contradictorio a la lógica y la experiencia, In que lleva a concluir que no hubo ningún combate.

h Que la forma en que se encontraba vestido el occiso indicaba claramente que no era un combatiente, y que, por tanto, ea evidente que se trata de un integrante de la población civil que no ha logrado ser identificado.

d) Que bien el perito fotográfico de la Fiscalía sólo presentó 30 de las 43 fotografías que tomó en la escena de los hechos, ello es perfectamente viable según se quiera edificar la teoría del caso cor la parte que presenta el elemento material probatorio.

o Que a pesar de haberse encontrado en la escena de los hechos algunas vainillas calibre 7.62, que regularmente no son utilizadas por el Ejército Nacional, éstas no son indicativas de la existencia de un combate y que la guerrilla las hubiere disparado como lo pretendieron plantear los defensores.

o) Que en el presente caso no hay lugar a pregonar contaminación de la escena del crimen por la no utilización de agua y jabón por parte de los peritos que recolectaron los elementos materiales probatorios y evidencia física, y por el indebido acceso que tuvo un tercero a la escena (corregidor de Villa Germania), pues la recolección se dio con equipos nuevos y esterilizados y que la presencia del tercero, obedeció a una circunstancia excepcional para evitar que la población se sublevara por la creencia de que el occiso pertenecía a la región.

o) Que el perito químico que realizó análisis de residuo de disparo en mano al occiso, demostró con su informe que no existían

residuos de disparo en la mano, y por tanto, se concluía que la víctima no había disparado arma alguna.

La sentencia condenatoria fue recurrida por las defensas técnicas de los procesados.

## 5. ARGUMENTOS DE LOS APELANTES

La defensa técnica de Darwin Mogollón Tubergyia, Alonso Enrique Martínez Herrera, Dayvis Saúl FJórez Lorsa y Rreiner Andrés Manosalva Pérez.-

negó de analizar uno a uno los elementos materiales probatorio allegados a la investigación, solicita que se revoque la sentencia atacada y en su lugar se absuelva a sus protegidos, en consideración a los siguientes aspectos:

5.1.1. Que la calificación jurídica dada a los hechos es equivocada, teniendo en cuenta que no se estableció en este caso que el occiso, como sujeto pasivo, tuviera alguna de las condiciones señaladas en el artículo 135 del Código Penal para ser considerado persona protegida por el derecho internacional humanitario, considerando además que el análisis de la escena de los hechos y el levantamiento del cadáver estableció que la víctima portaba un uniforme camuflado, un revólver calibre .38 un brazalete distinto del E.L.N. y además se encontraron residuos de disparo en su mano, sumado a que recibió impactos de bala a larga distancia, lo que desvirtúa una ejecución, tal y como la Fiscalía ha querido presentar el hecho. Además sostiene que en el sitio fueron encontradas vainillas de diferentes calibres

indicativas de la existencia de un combate entre tropas del Ejército Nacional y subversivos de la zona.

5.1.2. X Que en el presente caso se violaron abiertamente por parte de los peritos de la Fiscalía, los procedimientos reglados para recaudo de elementos materiales probatorios y evidencia física y así como los protocolos de cadena de custodia, particularmente en el álbum fotográfico respecto a la escena de los hechos pues, a pesar de haberse recaudado 43 fotos por parte del perito del C. U., éste sólo allegó a su informe 30 fotos, lo que conlleva al rechazo y exclusión de dicha prueba.

5.1.3. - Que las fotos y video dan cuenta de que el pantalón que vestía el occiso, si sobrepasaba los glúteos, contrariando con ello lo sostenido por el juzgador, sumado a que el video aportado por la defensa demostró que un sujeto puede realizar maniobras militares, con una pronda de inferior talla a la que realmente debe usar.

5.1.4. A Que el occiso debió portar un fusil, dada la presencia en la escena de vainillas calibre 7.62 sin eslabones, que corresponden a agüellas que normalmente utilizan los grupos subversivos y que si dicha arma no se encontró en la escena, es porque normalmente los demás subversivos se encargan de recogerlos, cuando son puestos fuera de combate aquellos subversivos que los portan. Sostuvo que el revólver que portaba el occiso era un arma secundaria que éste portaba para el combate.

5.1.5. - Que varias de las afirmaciones de la sentencia atacada, son meras suposiciones, y conjeturas erradas del juzgador, sin

respaldo probatorio alguno, tales como el hallazgo de vainilla? el uso del revólver encontrado a la víctima, el uso de equipos nuevos y esterilizarlos para la recolección de evidencia, así como la razón de la presencia de un particular en la escena de los hechos y los restos de disparo en las manos del occiso

5.1A Que los testigos peritos de la Fiscalía, no merezcan credibilidad, pues el análisis detenido de sus versiones en la audiencia de juicio oral, evidencian claras y contundentes contradicciones que le restan credibilidad a los distintos informes que elaboró.

#### 5.2. La defensa técnica de Elvert Garzón Rey.-

El defensor solicita la revocatoria de la sentencia para que la decisión sea de carácter absolutoria, al proponer los siguientes reparos:

5.2.1. Que las distintas pruebas allegadas por la Fiscalía, fueron indebidamente recaudadas, ya que no se ciñeron a los procedimientos establecidos para tal efecto, particularmente el álbum fotográfico correspondiente a la escena de los hechos y la toma de muestra de residuo de disparo que no se ajustaron a las directrices trazadas por el Manual de Policía Judicial.

5.2.2. Que el video aportado por la defensa, en el que un supuesto combatiente utiliza un pantalón de talla menor al que normalmente debería usar, demuestra que el occiso sí podía ejecutar acciones militares con el pantalón que vestía cuando fue abatido. Por ello, no entiende como el juzgador pretende sostener

ir\* contrario con una sola fotografía que muestra al occiso de espaldas, cuando las restantes son indicativas de que el pantalón no le cerraba la pretina, pero sí lo usaba arriba de los glúteos.

5.2.3. Considera que el álbum fotográfico pierde credibilidad por haberse presentado 30 de las 43 fotos recaudadas, situación que viola la cadena de custodia, sumado a que los numeradores de las distintos elementos encontrados en la escena, fueron erróneamente establecidos partiendo del número 16, que corresponde al cadáver y que según los protocolos, debían iniciarse con el número 1.

5.2.4. Resalta que el juzgador pasó por alto que la camisa que vestía el occiso también era de una talla inferior a la que normalmente debería haber usado y que en ellas se encuentran los orificios de la entrada de las balas que le cegaron la vida lo que indica que vestía dichas prendas antes de ser dado de baja.

5.2.5. Que en el presente caso no hay lugar a pregonar que el occiso corresponda a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario, pues se trata de una persona que en el transcurso de la investigación no ha logrado ser identificada.

5.2.6. Que la presencia de vainillas calibre 7.62 en la escena de los hechos, es indicativo de que hubo combate y varias armas de aquellas que utiliza la subversión y si éstas no fueron encontradas, se debe a que los subversivos se encargan de recuperarlas cuando el compañero que las porta es abatido.

### 3. ARGUMENTOS DE LOS NO APELANTES



f.1. El Ministerio Público.-

R. Pitera solicitud de condena, pues considera que en el presente caso se demostró, más allá de toda duda, la responsabilidad de los procesados en el delito investigado, pero además porque las distintas pruebas introducidas al juicio oral, son contundentes para condenar y se avienen con la teoría del caso propuesta por la Fiscalía.

#### 7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con los artículos 34.1, 176 y 179 de la Ley 906 de 2004, la Sala Penal de este Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, es competente para resolver los puntos de disenso expresados por los apelantes en contra de la sentencia condenatoria..

#### 7.1 Problemas jurídicos planteados.

De los argumentos de los defensores apelantes podemos advertir la existencia de varios problemas jurídicos. El primero de ellos tiene que ver con la pregunta de si el aquí occiso es o no persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario y por ende si la conducta encuadra en el tipo penal descrito en el artículo 135 del Código Penal, por el que se acusa a los procesados. El segundo, se refiere a establecer si los defectos en la cadena de custodia afectan la legalidad de las pruebas introducidas al juicio oral. El tercero, tiene que ver con la pregunta de si la prueba válidamente recogida en el juicio oral y público, es suficiente para

dictar sentencia condenatoria. Estos interrogantes se resolverán de la siguiente manera:

1. ¿La no identificación del occiso, es circunstancia que conlleva a no considerarlo persona protegida por el DJ? Por ende resulta desacertado adecuar la conducta investigada en el artículo 135 del Código Penal?

Ambos defensores han sostenido en sus argumentos de apelación que no es admisible encuadrar la conducta investigada en el tipo pena previsto en el artículo 135 del Código Penal, pues al no haberse dado aún la identificación del occiso, no es dable entonces ubicarlo en el grupo de personas protegidas por el derecho internacional humanitario que se enlistan en el parágrafo de la aludida norma.

No obstante, tal problema jurídico es resuelto por la jurisprudencia constitucional bajo el análisis del principio de distinción conforme a las reglas de los protocolos adicionales de Ginebra suscrito por el Estado Colombiano.

En efecto, la Corte Constitucional en sentencia C-225 de 1995 ha sostenido que:

Una de las reglas esenciales del derecho internacional es el principio de distinción, según el cual las partes entre combatientes y no combatientes, puesto que no debe ser nunca un objetivo de la acción bélica. Y esto debe ser: si la guerra busca debilitar militarmente a quienes no combaten, ya sea porque nunca han sido armados (población civil), ya sea porque han dejado de serlo (desarmados), puesto que ellos no constituyen potenciales objetivos de los conflictos armados considera que lo contrario a esas poblaciones son ilegítimos, tal y como lo señalan los protocolos I, aplicable en este aspecto a los conflictos armados establece que las partes "en conflicto harán disti

ptnrre población civil y combatientes, y entre bien los militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones contra objetivos militares". El artículo 4º del tratado de Ginebra, esencial para la efectiva humanización de guerra, establece que los no combatientes, estén o no en libertad, tienen derecho a ser tratados con humanidad en su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas. El artículo 4º también adelanta criterios objetivos para la distinción, ya que las partes en conflicto no pueden alegar que un individuo es o no es combatiente, y por ende quien es el objetivo militar legítimo. En efecto, conforme a este artículo 4º, el cual debe ser interpretado en armonía con los artículos 50 y 43 del protocolo I, los no combatientes son quienes participan directamente en las hostilidades o ser miembros operativos de las fuerzas armadas o de un organismo armado incorporado a estas fuerzas armadas. Por ello este artículo no niega, como no combatientes, a "todas las personas que no participan directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas". Además, como lo señala el artículo 5G de el protocolo I en caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil. Ella no podrá ser entonces objetivo militar y, además, el propio artículo 50 agrega que "la presencia entre la población civil de personas cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil". En efecto, y como lo señala el numeral 3º del artículo 13 de Ginebra, las personas civiles sólo pierden esta calidad, y por ende el estatus de objetivo militar, únicamente "si participan directamente en la participación." (Subrayas y negritas)

Desde esa óptica y por precisión del artículo 50 del Protocolo I de Ginebra, la circunstancia de que el sujeto abatido el día 8 de marzo de 2008, en jurisdicción del corregimiento de Armenia - Peñar, aún no ha podido ser identificado, no es razón para no considerarlo miembro de la población civil y para no enlistarlo en el grupo de personas de que trata el parágrafo del artículo 135 del Código Penal, pues como ha quedado claro en esta investigación, aunque no se ha demostrado su condición de miembro combatiente del E.L.N., tal duda conlleva entonces a considerarlo miembro de la población civil y por ende como sujeto protegido por el derecho internacional humanitario.

En esa medida, acierta la Fiscalía y luego el Juez al encuadrar la conducta investigada en el artículo 135 del Código Penal, que se

refiere al homicidio en persona protegida, por lo que el argumento de los apelantes al respecto, queda sin sustento alguno.

### 7.1.2. ¿Los defectos en la cadena de custodia, acreditación de la autenticidad de la evidencia o elemento probatorio, afectan la legalidad de la prueba?\*

En igual sentido, los apelantes han sostenido al unísono que los defectos que detectaron en el recaudo y cadena de custodia del film fotográfico de la escena del crimen y de la toma de muestra de residuo de disparo en mano al occiso, obligaban al juzgador a desechar los informes presentados a partir de los mismos por parte de los peritos asignados a la Fiscalía General de la Nación

A respecto, la Sala recuerda que la jurisprudencia penal ha sido enfática y categórica en sostener que:

La acreditación y la autenticación de una evidencia material probatorio, documento, etc., no condicionan la admisibilidad de la prueba si se tratase de un requisito de legalidad. La admisibilidad de la prueba se practicará en el juicio oral; ni su admisibilidad decreto o práctica como pruebas a la hora de un problema de pertinencia. De ahí que, es apropiado discutir, ni siquiera en sede casacional, la legalidad de reclamar la regla de exclusión, sobre la legalidad de la cadena de custodia, acreditación o autenticidad. Por lo tanto, si se admite una prueba respecto de la cual, posteriormente se demuestran defectos en la cadena de custodia, i.e. se pone en tela de juicio su autenticidad, la verificación de la legalidad de la prueba en sí misma no es suficiente para declarar la prueba ilegal ni la solución consiste en la exclusión del elemento probatorio. En cambio, los comprobados defectos de acreditación o autenticidad de la evidencia o elemento probatorio conspiran contra la eficacia, credibilidad o asignación de peso a los que tendrá que enfilarse la prueba. Si bien los apelantes enumeraron las inconsistencias detectadas sobre los objetos de prueba que ya se han mencionado, taips

■nmo la presencia de un tercero no perteneciente a la Poicicé  
indicia! invadiendo (a escena de los hechos - Corregidor de Villa  
»Germania - y la no sujeción a los procedimientos del manual de  
Pojoioía Judicial, lo oierito es que en manera alguna se ocuparon en  
sus argumentaciones de demostrar la ilegalidad acerca de la  
Cadena de custodia ni del elemento material probatorio ■->  
evidencia física referida al informe sobre residuo de disparo en  
mano, ni que en el procedimiento por medio del cual los  
investigadores del «VT.I., que los expidieron, se hubiera violado lo  
prescrito en la Constitución Política, en los tratados  
internacionales sobre derechos humanos y en las leyes, razones  
más que suficientes para desestimar lo censurado, además de no  
laserse detenido en demostrar la trascendencia de las  
enunciadas inconsistencias en orden a los resultados de un fallo  
aijstitutivo de absolución.

■ótese que el juzgador en la sentencia fue claro en sostener que  
las inconsistencias puestas de presente por ambas defensas  
Técnicas al introducir los elementos materiales probatorios  
■informes), no resultaban trascendentes en punto de la  
elaboración de los mismos y sí se presentaron tales, no hay lugar  
a pregonar la exclusión de las pruebas como en determinado  
momento se pretendió ...

Y es que el hecho de permitir el ingreso de un particular a la  
escena de los hechos - corregidor de Villa Germania - no  
desestima el informe que documentó fotográficamente la escena y  
que elaboró el perito Farid Tamayo Arguelles. Recuérdese que tal  
circunstancia obedeció a una situación particular y que pretendía  
calmar los ánimos caldeados de los habitantes de Villa Germania,

pues se mostraban inconformes con lo sucedido y creían que el  
miembro perteneciente a su comunidad, razón por la  
cual se facultó al corregidor para ingresar al lugar que estaba  
acordonado y luego procediera a ojear el cadáver para verificar si  
se trataba o no de un miembro de la comunidad. Su respuesta  
negativa de la verificación calmó a la comunidad y evitó  
complicaciones mayores que pudieran haber afectado al ejército y  
al personal que realizaba el análisis de la zona y escena.

Ante lo anterior, los apelantes jamás demostraron que el  
comportamiento del corregidor haya influido decisivamente en la escena  
que representó un cambio de la misma, que conlleve a restarle  
valor probatorio al informe o incluso excluir el mismo, razón por la  
cual la censura que insistentemente plantearon al respecto, quede  
sin fundamento alguno.

Lo mismo ocurre con el informe de residuo de disparo y con el  
reparo realizado al álbum fotográfico de la escena que sólo  
presenta 3 de las 43 fotos tomadas, pues como ya se ha dicho,  
los reparos de los defensores quedaron cortos frente a demostrar  
la trascendencia de las inconsistencias que detectaron en su  
momento respecto a la autenticidad de los informes que se  
estaban rindiendo.

3.4 La prueba válidamente recogida, en el juicio oral y  
público es suficiente para dictar sentencia condenatoria?

Los ataques de las defensas técnicas de los procesados  
pretenden demostrar que las distintas pruebas allegadas y que  
fueron valoradas por el juzgador, resultan insuficientes para

■undonar por el delito de Homicidio en Persona Protegida y que  
■entencia atacada se fundamenta en conjeturas y suposiciones  
erradas sin respaldo probatorio.

En ese sentido, el principal reparo de los apelantes tiene que ver  
con la afirmación que en múltiples ocasiones realizó el Juez en su  
providencia respecto al hecho de que el cadáver vestía un  
pantalón de talla inferior a la que debería de usar, que ni siquiera  
podría sobrepasar sus glúteos y que tal circunstancia era prueba  
indicativa de que el occiso no fue dado de baja en combate, pero  
además que dicha prenda de vestir le fue colocada luego de que  
se produjera su muerte.

El análisis de la providencia permite inferir que el Juzgado\*  
fundamentó dicha afirmación a partir de la observación de una  
fotografía que viene incluida en el disco compacto que entregó el  
testigo del óbito, Farid Tamayo Arguelles, referenciada con el  
Número 43 y que contiene todas aquellas fotografías tomadas a la  
Escena de los hechos, que dieron lugar a la elaboración  
y aducción al juicio del informe FPJ-11 del 9 de marzo de 2008

Sin embargo, tal y como lo han alegado insistentemente los  
defensores, tal fotografía no debió ser valorada por el Juez puesto  
que no hace parte del informe que ya viene referenciado y que  
solo incluye 30 de las 43 fotografías tomadas de la escena y del  
cadáver encontrado en el lugar.

\* La única fotografía incluida en el informe que permite realizar una  
afirmación como la realizada por el juzgador respecto a las  
características que presentaba pantalón que vestía el occiso

corresponde a la reseñada como Imagen 19 Toma 12, la cual además de mostrarnos la ubicación del revólver fue «resuntamente portaba la víctima en la pretina de su pantalón nos revela que la aludida prenda de vestir no lograba cerrarse completamente al occiso en su cintura, pues sólo uno de los botones intermedios permitía sujetar la prenda de manera dificultosa, dado que la cintura del occiso era superior en talla a la del pantalón.

Es claro de la observación detenida de dicha foto, que el pantalón que en ese momento vestía la víctima, no lograba ser abrochado completamente y cubrir completamente su cintura, como normalmente debería ajustarse un pantalón de la talla adecuada de quien lo viste.

En no sólo en la observación detenida de la misma fotografía nos revela que, contrario a lo sostenido por el Juzgador el pantalón que portaba la víctima si lograba sobrepasar sus glúteos y por ende la parte media del tiro del pantalón, sobrepasaba la línea media donde se ubican los genitales y por ende es fácil concluir que el pantalón si sobrepasaba la línea media de los glúteos del occiso. Para complementar tal afirmación, basta con observar la Imagen 3 Toma 11 del informe FPJ-11 del 9 de marzo de 2008 que nos muestra en un plano frontal completo al occiso y de la cual es fácil concluir que el pantalón si cubría gran parte de los glúteos y no los dejaba expuestos como lo sostuvo varias veces en su providencia el juzgador.

<sup>2</sup> Distancia desde la unión de las perneras de un pantalón hasta la cintura.



En ese orden de ideas, lo que si puede llegar a concluirse y es que no hay controversia alguna, es que el sujeto presuntamente abatido en combate por tropas del Ejército Nacional, el día 8 de marzo de 2008, en jurisdicción del corregimiento de Villa Cermania Cesar, vestía prendas militares extremadamente inferiores o pequeñas a las que normalmente debía de usar de acuerdo a sus tallas y contextura. Nótese que el informe pericial de necropsia aducido al juicio oral, nos presenta a un hombre adulto joven, de contextura gruesa, de aproximadamente 1.97 m de talla y con un peso aproximado de 120 a 125 kgs, y que al momento de la evaluación, vestía unas prendas (camisa y pantalón camuflados) que no guardaban relación con la talla de su superficie corporal. Al respecto el perito del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses consignó en su informe:

*"Se recibe el cadáver de un hombre adulto joven, de vestido con prendas masculinas que no corresponden a la superficie corporal del occiso, dado que el pantalón es pequeño para su estatura y pequeño, no es posible que la camisa manga larga camuflada y la camiseta verde para la talla del occiso, no alcanzan a cubrirle el cuerpo, no llega a la cintura."*

La lógica y la experiencia indican que un sujeto que participa en un combate contra el ejército nacional, ha sido sometido a un entrenamiento previo para estos menesteres y dotado de los elementos necesarios para tal fin y lo primero de lo que se le suministra es precisamente un uniforme, pero indudablemente que acorde con su talla, que le permita su libre movilidad y actuar sin ninguna restricción y si en el video se muestra a una persona con un uniforme que no es de su talla, no es esta una regla general. Ese simple hecho, analizado en el contexto en que se presenta la muerte del sujeto, empieza a revelar que jamás y

nunca se presentó un combate entre tropas del Ejército Nacional y miembros del E.L.N., tal y como acertadamente concluyó el juez de instancia, que contrario a lo sostenido por los defensores, se realizó un adecuado análisis de las pruebas allegadas para concluir en un fallo condenatorio que ahora ocupa nuestra atención y que la Sala comparte plenamente.

Las circunstancias en que fue documentada la escena del combate y la manera de cómo surgió el supuesto combate, según el informe FPJ-3 del 31 de marzo de 2008, permite a la Sala afirmar que las características en que normalmente se presente un enfrentamiento bélico entre tropas del Estado y grupos armados ilegales dentro del conflicto armado que se desarrolla en nuestro país, no se compagina con la forma y rasgos en que se dio la circunstancia muerte del homicidio aquí investigado. Si hacemos del análisis de las heridas encontradas en el occiso y que finalmente le ocasionaron su deceso, vemos que el informe de necropsia, así como los dos informes de trayectoria de proyectiles aducidos al juicio por la defensa y por la Fiscalía, son coincidentes en concluir que los disparos fueron realizados de una distancia aproximada de 10 metros o un poco más, entre víctima y victimario. Esa información, lleva a la Sala a concluir que en trayectorias reales y de manera objetiva, los disparos son realizados a una distancia intermedia, que denota una aproximación muy cercana entre las tropas del Ejército y sus presuntos contrincantes, la cual resulta casi inverosímil dadas las circunstancias de poca visibilidad de la zona al momento de la confrontación, que como se recuerda fue realizada en horas de la media noche según se logró establecer en la investigación. Además de ello, la escena nos muestra que se trata de un sector

algo boscoso del corregimiento de Villa Germania - Cesar lo que también limita abiertamente la visibilidad de los enfrentados en armas.

Pero no sólo eso. En cuanto de las vainillas encontradas en el lugar del combate, vemos la presencia de varias de ellas de diferentes calibres (5.58 mm y 7.62 mm), que fueron rotuladas, embaladas y analizadas, para un total de 6 vainillas de calibre 5.58 mm y 11 vainillas del calibre 7.62 mm, para un total de 17 vainillas. No obstante, al remitirnos al informe FPJ-11 de mayo 12 de 2008, que contiene las labores de campo realizadas en la escena para establecer autores y circunstancias del hecho, observamos que en dicho documento se relacionan uno a uno los integrantes de la tropa que participaron en la confrontación armada, así como la cantidad de munición que cada uno utilizó en el combate, los cuales vienen relacionados en el oficio No 1504 de mayo 8 de 2008, emitido por el Batallón de Artillería No 2 "La Popa", unidad a la que se encontraban adscritos los militares, llamando poderosamente la atención que sólo el gasto de munición relativo a los 5 procesados, nos representa un uso de 1.400 cartuchos 5.56 mm; sin embargo, en la escena sólo se encontraron 6 vainillas de este calibre.

Las dos circunstancias que vienen relacionadas y analizadas son claros indicadores de que la persona no perdió la vida en un embate armado propiamente dicho. Agréguese a ellas que en las fotografías de la escena se observa en la reseñada como Imagen 22 Loma 28, la presencia de una vainilla calibre 5.56 mm junto a la mano derecha de la víctima, que nos indica que jamás y nunca hubo combate, pues la **experiencia y la lógica enseñan** que en

una confrontación armada, los enfrentados se ubican en posiciones o extremos diferentes. Ello hace imposible que los casquillos de la munición caigan cerca del lugar donde se ubican los contrincantes, ya que por regla general éstos son expulsados en línea horizontal a la parte lateral del fusil de donde es disparado. Bajo ese contexto, para la Sala resulta extraña la ausencia de la vainilla cerca del lugar donde finalmente el cuerpo cayó abatido por las balas homicidas y es otro hecho indicado de que no hubo un combate.

Las anteriores precisiones y el estudio articulado e integral de los elementos de convicción, entonces, le permiten a la Sala concluir, más allá de toda duda razonable, que en este evento, dado el contexto en que verdaderamente se presentó la muerte aquí investigada y que acertadamente valoró el juzgador, no es posible enmarcar el homicidio en la definición y circunstancias que rodean la muerte en un combate armado con tropas del Ejército Nacional

En síntesis, al reunirse a cabalidad en el presente asunto lo?

Requisitos contemplados en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004

Esta Corporación no le queda otra disyuntiva distinta que

acompañar confirmación a la sentencia condenatoria cuestionada

Con sustento en las precedentes consideraciones, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar en Sala Plena en decisión, administrando justicia en nombre de la República, en virtud de la autoridad de la Constitución y la Ley,

## R E S U E L V E

**PRIMERO:** Confirmar la sentencia impugnada.

**SEGUNDO:** Contra esta decisión, procede el recurso extraordinario de casación.


Esta Sala de Decisión designa al Magistrado ponente, quien preside la audiencia para la lectura del fallo, conforme lo dispone el artículo 164 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
**JOSE IGNACIO SANCHEZ GALLE**  
Magistrado

(Permiso)

**JORGE E. CABRERA JIMÉNEZ**  
Magistrado

  
**JAVIER DÍAZ VILLABONA**  
Magistrado