

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA PENAL**

Acta de Aprobación No 290

M.P. LUIGUI JOSÉ REYES NÚÑEZ

Radicación No. 20001-60-01074-2008-80604-00

Valledupar-Cesar, veinticuatro (24) de noviembre de dos mil catorce (2014)

1.- ASUNTO:

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación impetrado por el abogado defensor, en contra de la sentencia dictada por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Valledupar –Cesar¹, de fecha 22 de octubre de 2013², mediante la cual condenó, en calidad de coautores, a RAÚL PATARROYO VARGAS, WILSON BOLAÑO GARCÍA, EDWAR FRANCISCO MOREA NINCO, YAIR ISAAC FERNÁNDEZ ESTRADA y BALMER ANTONIO GRANADOS RODRÍGUEZ por los delitos de HOMICIDIO AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO.

En la misma providencia los procesados fueron absueltos por los delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO y DESAPARICIÓN FORZADA.

¹ Doctor Efraín Vargas Márquez.

² Corregida y adicionada con decisión de fecha 23 de octubre de 2013

Asunto	Apelación de Sentencia
Radicación	20001-60-01074-2008-80604-00
Delito	Homicidio en persona protegida
Procesado	RAÚL PATARROYO VARGAS y Otros
Decisión	Confirma con modificaciones

Mediante decisión adiada 23 de octubre de 2013, el Juez A-quo aclara que cometió un yerro involuntario al leer la sentencia; el cual corrige indicando que la pena a imponer a RAÚL PATARROYO VARGAS, WILSON BOLAÑO GARCÍA, EDWAR FRANCISCO MOREA NINCO, YAIR ISAAC FERNÁNDEZ ESTRADA y BALMER ANTONIO GRANADOS RODRÍGUEZ, corresponde a 48 años de prisión ósea 576 meses de prisión y además resaltó que omitió leer la parte resolutive de la sentencia particularmente el numeral sexto en el sentido de absolver a los acusados RAÚL PATARROYO VARGAS, WILSON BOLAÑO GARCÍA, EDWAR FRANCISCO MOREA NINCO, YAIR ISAAC FERNÁNDEZ ESTRADA y BALMER ANTONIO GRANADOS RODRÍGUEZ, por los delitos de Concierto para Delinquir Agravado y Desaparición Forzada.

2.- HECHOS:

En apretada síntesis pueden resumirse de la siguiente forma:

Se tiene que los mismos tuvieron ocurrencia el día 14 de junio de 2008, en el cerro la señora, finca el Porvenir de la comunidad indígena Arahuaca, vereda Berlín 2, de Pueblo Bello Cesar, cuando en un supuesto enfrentamiento armado, las tropas del Batallón La Popa del Ejército Nacional, con sede en Valledupar, en especial la contraguerrilla bombardera 3, operación masada, misión táctica J, al mando del sargento segundo RAÚL PATARROYO VARGAS, dio de baja a dos N. N., quienes posteriormente fueron identificados con los nombres de NIXA MARBELIS MARTÍNEZ CACERES y GEOVANNY ZAPATA JIMÉNEZ.

Las víctimas presentan orificios de entrada ocasionados por disparos de arma de fuego, cuya trayectoria en su gran mayoría es postero anterior. De otro lado, pese a que se encontró cerca a sus cuerpos armas de fuego y municiones tipo granadas, la evidencia muestra que los investigadores del C.T.I. no hallaron vainillas ni residuos de disparos en el sitio en el cual estas personas fallecieron, además la prueba de absorción atómica dio negativo para disparos de arma de fuego.-

Asunto	Apelación de Sentencia
Radicación	20001-60-01074-2008-80604-00
Delito	Homicidio en persona protegida
Procesado	RAÚL PATARROYO VARGAS y Otros
Decisión	Confirma con modificaciones

3.- ACTUACIÓN PENAL RELEVANTE:

El 28 de Noviembre de 2011, el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías Ambulante, celebra audiencias concentradas de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento contra los procesados RAÚL PATARROYO VARGAS, WILSON BOLAÑO GARCÍA, EDWAR FRANCISCO MOREA NINCO y BALMER ANTONIO GRANADOS RODRÍGUEZ³.

El 17 de Febrero de 2012, el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías Ambulante, celebra audiencias concentradas de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento contra el procesado YAIR ISAAC FERNÁNDEZ ESTRADA⁴.

El 20 de Febrero de 2012, la Fiscalía 67 Especializada de Derechos Humanos y DIH⁵, radicó escrito de acusación en contra de los procesados RAÚL PATARROYO VARGAS, WILSON BOLAÑO GARCÍA, EDWAR FRANCISCO MOREA NINCO, YAIR ISAAC FERNÁNDEZ ESTRADA y BALMER ANTONIO GRANADOS RODRÍGUEZ, por los delitos de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, DESAPARICIÓN FORZADA AGRAVADA Y CONCIERTO PARA DELINQUIR.

Mediante auto datado 23 de febrero de 2012, el Juzgado Penal del Circuito Especializado de esta urbe, avocó el conocimiento de la causa y señaló fecha para la audiencia de formulación de acusación.

³ Visible a folio 6 y 7

⁴ Visible a folio 17 y 19

⁵ Doctor Carlos Jesús León Franco

Asunto	Apelación de Sentencia
Radicación	20001-60-01074-2008-80604-00
Delito	Homicidio en persona protegida
Procesado	RAÚL PATARROYO VARGAS y Otros
Decisión	Confirma con modificaciones

El 07 de Marzo de 2012, se celebró la audiencia de formulación de acusación contra los procesados RAÚL PATARROYO VARGAS, WILSON BOLAÑO GARCÍA, EDWAR FRANCISCO MOREA NINCO, YAIR ISAAC FERNÁNDEZ ESTRADA y BALMER ANTONIO GRANADOS RODRÍGUEZ y en la misma diligencia se fija fecha para la audiencia preparatoria.

El 29 de Junio de 2012, se celebró la audiencia preparatoria y se fija fecha para llevar a cabo la audiencia de juicio oral, para el día 5 de septiembre de la misma anualidad.

El 05 de Septiembre de 2012, se instala la audiencia de Juicio Oral la cual luego de varias suspensiones culminó el día 30 de mayo de 2013, con el sentido del fallo de carácter condenatorio contra RAÚL PATARROYO VARGAS, WILSON BOLAÑO GARCÍA, EDWAR FRANCISCO MOREA NINCO, YAIR ISAAC FERNÁNDEZ ESTRADA y BALMER ANTONIO GRANADOS RODRÍGUEZ, por el punible de Homicidio agravado y absolutorio por los punibles de Concierto Para Delinquir y Desaparición Forzada.

El 10 de Septiembre de 2013, se celebró diligencia de individualización de pena y sentencia.

EL 22 de Octubre de 2013, se profirió por parte del Juzgado Único Especializado de Valledupar, la sentencia condenatoria.

4. - LA SENTENCIA IMPUGNADA:

El Juez Penal del Circuito Especializado de Valledupar, muy a pesar de que los procesados fueron llamados a juicio por el delito de HOMICIDIO

Asunto	Apelación de Sentencia
Radicación	20001-60-01074-2008-80604-00
Delito	Homicidio en persona protegida
Procesado	RAÚL PATARROYO VARGAS y Otros
Decisión	Confirma con modificaciones

EN PERSONA PROTEGIDA, al evidenciar la militancia de las víctimas en un grupo subversivo, probablemente ELN, estimó que la adecuación típica de la conducta corresponde a HOMICIDIO AGRAVADO.-

En relación con la responsabilidad que le cabe a los acusados en estos hechos, el funcionario comenzó por traer a su providencia el testimonio de los investigadores HANNER LOPEZ JAIMES, VICTOR MODESTO BRAVO CORDOBA, PEDRO CLAVER GONZALEZ DIAZ, ALEJANDRO AGUIRRE PINEDA, pruebas técnicas que, dice, ofrecen al sentenciador, credibilidad pues provienen de unos servidores públicos imparciales, auxiliares de la justicia, no tienen ningún motivo para mentir y solo están cumpliendo con su deber constitucional y legal de auxiliar a la justicia; además resaltó el testimonio del señor ÁNGEL GREGORIO BOLAÑO MINDIOLA, quien manifestó: "que el día 13 de julio de 2008, NIXA me llamó al celular y me dijo que se quería salir de esa porquería junto con un amigo, que ella me llamaba mas tarde para ubicarme, en la noche me entraron varias llamadas y me dijo que se encontraba en la finca de los indígenas, cuando yo la llamo en la madrugada ella no me contesto, mas sin embargo yo decido subir, cuando voy llegando al sitio que me dijo NIXA, vi un grupo grande vestido con camuflado que corría de un lado para el otro y vi cuando amarraron a NIXA y a GEOVANY, los tiraron y los maniataron, escuche que lanzaron una granada a la casa y escuche cuando FIGUEROA le pregunta al Sargento Segundo RAÚL PATARROYO que se hacía y el contesto que hicieran lo que tenían que hacer, y fue cuando escuche los disparos, luego salen de la casa eso fue como a las 6:30 de la mañana porque vi el reloj, salí corriendo por los rastros y escuche los disparos y las granadas, aquí lo que hubo fue un homicidio no un combate porque NIXA y GEOVANY no tenían armas y estaban maniatados".

Este testigo, relievó el funcionario, presenta algunas contradicciones con relación a la fecha de ocurrencia de los hechos cuando confunde los

Asunto	Apelación de Sentencia
Radicación	20001-60-01074-2008-80604-00
Delito	Homicidio en persona protegida
Procesado	RAÚL PATARROYO VARGAS y Otros
Decisión	Confirma con modificaciones

meses de junio y julio de 2008, sin embargo en el interrogatorio realizado a otras personas, como EVA PATRICIA, se supo que ÁNGEL GREGORIO BOLAÑO MINDIOLA es conocido de la región y está demostrado en su dicho y con el testimonio de FÉLIX, que BOLAÑO MINDIOLA entregaba información a los militares y policiales relacionadas con subversivos y participaba en la entrega de los guerrilleros que se querían desmovilizar, lo que permite inferir al A-quo que no es una persona ajena a las circunstancias que declara, además que conoce muy bien la zona donde ocurrieron los hechos, por lo que, atendidas estas circunstancias, su dicho ofrece credibilidad al coincidir con la prueba técnica.-

Por lo demás el deponente agregó que se encuentra amenazado para que cambie su versión.

De otro lado, para el A-quo la versión de FÉLIX MARTÍNEZ CORREA, quién sostuvo que para el día de los hechos ÁNGEL GREGORIO BOLAÑO MINDIOLA, se encontraba en la casa del primero, no es de recibo por cuanto BOLAÑO MINDIOLA en su declaración explica de forma detallada las circunstancias como se desplazó al sitio al cual NIXA lo había citado y en donde observó lo acontecido, por lo que resulta evidente que éste testigo quiere colocar al deponente ÁNGEL BOLAÑO MINDIOLA, en otro lugar diferente a la ocurrencia del hecho (sic).

Recordó igualmente el servidor judicial de primera instancia que la señora EVA PATRICIA MEDINA QUINTO, testigo de la fiscalía manifestó "que conoció los hechos porque la guerrilla llegó a su casa, y ella fue la informante. Relata que el día 12 de junio del año 2008 llegaron a la casa 2 guerrilleros, Alvarito y Geovani, y que su esposo y ella le comenzaron a dar la comida, después al día siguiente llegó Nixa, con quien ella cruzó palabras en varias oportunidades cuando les iban a subir la comida,

Asunto	Apelación de Sentencia
Radicación	20001-60-01074-2008-80604-00
Delito	Homicidio en persona protegida
Procesado	RAÚL PATARROYO VARGAS y Otros
Decisión	Confirma con modificaciones

aseguró que Nixa no portaba arma, que manipulaba la de Alvarito, y que estos dos eran pareja porque ella los veía que se besaban y se abrazaban constantemente.

Reveló que ella había hablado con su tío Adalberto, planeando la entrega de los guerrilleros al ejército, pero cuando iba camino hacia ellos se devolvió, porque había muchas tropas. En Berlín 2 se encuentra con un Cabo del cual no recuerda su nombre y le dijo que habían tres guerrilleros en la finca de su mamá; el cabo se comunicó con el superior, este llegó a su casa como a las 9:00, y ella les dijo donde estaban y los encamino hasta donde ellos estaban; al no escuchar nada llamo Alvarito y le preguntó que donde estaba y este le respondió que allá mismo, y le dije a Patarroyo que ellos todavía estaban allá. Como a las 7:15 y 7:30 escuche unos disparos y granadas, no fui porque me dijeron que no podía ir, el sargento Patarroyo me dijo que había dos muertos y que Alvarito se había ido". Aclara que le dieron una recompensa por valor de dos millones de pesos \$ 2.000.000 por esta información.

En relación con los testimonios de LUIS BENJAMÍN COTES TORRES y YUBER QUINTANA SÁNCHEZ, sostuvo el A-quo que éstos solo manifiestan que Nixa y Geovani pertenecían a la organización, que supieron por intermedio de Alvarito que Nixa y Geovani murieron por acción del ejército, que no conocen más detalles porque ellos no se encontraban en el lugar de los hechos. Estos testigos, agregó el funcionario, demuestran que NIXA y GEOVANY, si pertenecían a la Guerrilla, pero no pueden dar fe si existió combate o no porque no estaban presentes.

Finalmente reiteró el A-quo que le da credibilidad a las prueba técnicas presentadas por la fiscalía y al dicho de ÁNGEL GREGORIO BOLAÑO

Asunto	Apelación de Sentencia
Radicación	20001-60-01074-2008-80604-00
Delito	Homicidio en persona protegida
Procesado	RAÚL PATARROYO VARGAS y Otros
Decisión	Confirma con modificaciones

MINDIOLA quien coincide con las mismas, en la forma como fueron ejecutadas NIXA y GEOVANI.

La defensa, sostiene el funcionario, intentó desacreditar las experticias técnicas presentadas por la fiscalía y el testimonio del señor ÁNGEL GREGORIO BOLAÑO MINDIOLA, trayendo al juicio oral los testimonios de JAVIER ANTONIO VEGA VILLAZON, FELIX MARTINEZ CORREA, JOSÉ RICARDO ORTEGA CHOGO, RAUL PATARROYO VARGAS y DAVID ANDRES DIAZ BRAND, los cuales no desvirtúan la responsabilidad de los acusados en la ejecución extrajudicial que tiene como víctimas a estas personas, pues no logran desdeñar la experticia presentada por la fiscalía en lo relacionado con la ausencia de vainillas en el lugar de los hechos, además que los impactos recibidos por las víctimas ingresaron por la espalda y que las víctimas no presentaron antimonio en sus manos lo cual indica que no existió un combate.

5.- LA APELACIÓN:

Afirma el abogado defensor que se encuentra en desacuerdo con el cambio de la denominación del delito de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA por el delito de HOMICIDIO AGRAVADO, pues ésta decisión desconoce las pruebas aportadas al juicio oral las cuales muestran de manera inequívoca la inocencia de sus prohijados.-

A continuación el censor plantea a la Sala los siguientes problemas jurídicos:

1) De los hechos objeto del presente proceso se desprende la existencia de un homicidio en persona protegida, o por el contrario la

Asunto	Apelación de Sentencia
Radicación	20001-60-01074-2008-80604-00
Delito	Homicidio en persona protegida
Procesado	RAÚL PATARROYO VARGAS y Otros
Decisión	Confirma con modificaciones

existencia de una eximente de responsabilidad descrita en el artículo 32 del código penal.

2) Es permitido en la ley 906 del 2004, el cambio de adecuación jurídica de la acusación presentada por la fiscalía, por el señor Juez en el juicio oral.

Para entrar a resolver el primer cuestionamiento, recordó el memorialista que la fiscalía acusó a sus defendidos por el punible de Homicidio en persona protegida, descrito en el artículo 135 del código penal colombiano, el cual reza de la siguiente manera:

El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, ocasione la muerte de persona protegida conforme a los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Parágrafo. Para los efectos de este artículo y las demás normas del presente título se entiende por persona protegida conforme al derecho internacional humanitario:

1) Los integrantes de la población civil

Agregó igualmente, que para el ente acusador el actuar de sus defendidos no estuvo acorde a la ley, por el contrario estas personas fueron ejecutadas, siendo miembros de la población civil ajenos al conflicto que sufre el país.

1.- En desarrollo del primer problema jurídico, sostuvo el recurrente que en su criterio a lo largo de la audiencia de juicio oral se demostró que los señores NIXA MARTÍNEZ Y GIOVANY ZAPATA, eran miembros

Asunto	Apelación de Sentencia
Radicación	20001-60-01074-2008-80604-00
Delito	Homicidio en persona protegida
Procesado	RAÚL PATARROYO VARGAS y Otros
Decisión	Confirma con modificaciones

activos de un grupo armado ilegal, en este caso guerrilla del E.L.N., situación que fue aceptada por el Juez de instancia, después de recepcionar los testimonios de los señores LUIS BENJAMÍN COTES TORRES, YUBER QUINTANA SÁNCHEZ Y EVA MEDINA QUINTO, quienes de manera concordante, manifestaron que los hoy occisos pertenecía para la época de los hechos, al movimiento subversivo denominado E.L.N, cuadrilla 6 de diciembre, cuyo radio de operación era en el sector Pueblo Bello- Cesar.

Para el censor, es claro entonces que la base con la cual se pretende condenar a sus defendidos por el delito de Homicidio en Persona protegida desaparece, en atención a la contundencia de los medios probatorios practicados en el juicio oral, en donde quedó plasmado que estas personas no eran miembros de la población civil, por tanto no eran personas protegidas, sino miembros de la guerrilla.

A continuación se atareó el acucioso defensor a criticar la prueba apreciada por el Juez de primera instancia para sostener que la muerte de estas personas no corresponde al resultado de una operación militar sino a una ejecución extrajudicial en donde los procesados colocaron a las presuntas víctimas en estado de indefensión, según lo establecido el artículo 103 y 104 numerales 4 y 7 del C.P..-

Particularmente censuró el recurrente los testimonios de ÁNGEL GREGORIO BOLAÑOS MINDIOLA (presunto testigo presencial), JANNER LÓPEZ JAIMES (funcionario C.T.I), VÍCTOR MODESTO BRAVO (funcionario C.T.I), PEDRO CLAVEL GONZALEZ DÍAZ (trayectorias), ALEJANDRO AGUIRRE PINEDA (perito químico), aportados por la fiscalía, en desarrollo de la audiencia de juicio oral.-

Asunto	Apelación de Sentencia
Radicación	20001-60-01074-2008-80604-00
Delito	Homicidio en persona protegida
Procesado	RAÚL PATARROYO VARGAS y Otros
Decisión	Confirma con modificaciones

Igualmente criticó el censor el procedimiento empleado por los investigadores en la diligencia de inspección a los cadáveres y sus conclusiones en relación con la ausencia de vainillas en la escena de los hechos y los procedimientos empleados por los peritos para llevar a cabo las experticias que rindieron en el juicio.

En particular sostuvo el inconforme que los señores JANNER LÓPEZ y VÍCTOR MODESTO BRAVO, no fueron consistentes y rigurosos en la forma de adelantar y realizar las labores que establece el Código de Procedimiento Penal ley 906 de 2004, en su artículo 213 y el manual único de policía judicial vigentes para la fecha del enfrentamiento y de obligatorio cumplimiento. Agregó que el señor JANNER LÓPEZ, jefe del grupo que efectuó el levantamiento, reconoció en el juicio oral que el tiempo utilizado para el procedimiento fue corto y necesitaban más (record :07 hasta min 28:45 sept 05 2012) así las cosas, adicional, no se pudo afirmar con certeza que no existieran hallazgos distintos a los que se pueden percibir en el juicio, como por ejemplo las vainillas tan mencionadas por el señor Juez, así mismo estos testigos se contradicen con relación a los métodos de búsqueda,(record min 20:14 sept 05 2012) (record min 40:35 hasta min 41:05 sept 05 2012) dando una incorrecta aplicación de los procedimientos, pues no hay que olvidar que estos mismos agentes realizaron la muestras de residuos de disparo, las cuales se tomaron superando las 8 horas que recomienda el manual de criminalística vigente para la fecha de los acontecimientos, y que es utilizado por los diferentes organismos que cumplen funciones de policía judicial en Colombia, el cual da una hora máxima para poder determinar con un grado alto de veracidad si una persona dispara arma de fuego en determinadas circunstancias, situación que en nuestro caso no se dio, ya que está plenamente demostrado con los informes presentados e incorporados en el juicio, que la muestra se tomó pasadas las ocho horas, bajo condiciones de tiempo bastante adversas, que son indicativos de contaminación de la muestra como lo establece el manual de criminalística.

Asunto	Apelación de Sentencia
Radicación	20001-60-01074-2008-80604-00
Delito	Homicidio en persona protegida
Procesado	RAÚL PATARROYO VARGAS y Otros
Decisión	Confirma con modificaciones

De otro lado, como irresponsable, calificó el recurrente, al experto en química forense, quien insinuó que los hallazgos de residuos de disparo encontrados en los occisos, son producto del ambiente y aún más sorprendente la apropiación por parte del señor Juez de esta conclusión, pues desconoce los parámetros establecidos por la Honorable Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 27 de junio del 2012 radicación No 32882, planteamientos que se encuentran en la sentencia del 06 de marzo del 2013 radicación No 39559 M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA, en la cual la alta Corporación sostuvo "recuérdese que el medio de prueba no es propiamente el dictamen del perito, sino el procedimiento técnico-científico empleado para su examen, pues es este el que en definitiva el que convence al juez de su acierto o desacierto" por ello se debe afirmar que se debe valorar el procedimiento con el cual se hace la pericia mas no la mera conclusión, concluyó.-

El memorialista se apoyó igualmente en la prueba documental y el programa satelital Falcom View introducido al juicio oral, en relación con el cual resaltó que esta evidencia demuestra cómo era el terreno y el sector en donde ocurrieron los hechos, la ubicación de la tropa y su proceder. Agregó que esta prueba tiene valor suasorio en la medida en que es un programa que no admite modificaciones ni alteraciones por su proyección satelital, siendo un instrumento utilizado por diferentes instituciones de seguridad a nivel mundial, para garantizar la seguridad de la ciudadanía, preservar la soberanía y facilitar la ubicación de miembros de organizaciones al margen de la ley, (record hr 01:10:36 hasta hr 01:18:40 mayo 30 2013), suficiente para desvirtuar lo afirmado por el supuesto testigo presencial de los hechos ÁNGEL GREGORIO BOLAÑOS MINDIOLA.

Se dolió igualmente el recurrente expresando que el señor juez contrario a la realidad probatoria, que demuestra a partir de las declaraciones de los señores LUIS BENJAMÍN COTES TORRES, YUBER QUINTANA

Asunto	Apelación de Sentencia
Radicación	20001-60-01074-2008-80604-00
Delito	Homicidio en persona protegida
Procesado	RAÚL PATARROYO VARGAS y Otros
Decisión	Confirma con modificaciones

SÁNCHEZ y EVA MEDINA QUINTO, que NIXA Y GIOVANY, manipulaba armas de fuego(record min 09:55) (record hr 01:36:08 enero 28 2013), lo cual incluso es afirmado por el mismo perito quien reconoce que los elementos hallados en los occisos también se encuentran en personas que han tenido contacto con armas de fuego.(record hr 01:10:28 hasta hr 01:10:59 enero 28 2013), sostenga que para determinar la participación de una persona en un combate armado, es necesario medir los disparos que este haga en la acción, afirmación que es totalmente contraria a lo que nos enseña la lógica y la experiencia, las cuales indican (i) que en la organización de estos grupos ilegales existe distribución de trabajos, en donde no todos se enfrentan con el enemigo en caso de contacto, por el contrario en muchos de estos enfrentamientos los comandantes y los más cercanos a estos huyen sin disparar, tal parece ser lo que intentaron sin éxito NIXA Y GIOVANY.

Pide que se observe en apoyo a su tesis que según la pruebas practicadas en el juicio, estas personas eran muy allegadas al comandante alias Alvarito, hasta el punto que NIXA, era la compañera sentimental del mencionado comandante, record 23:30 28 de enero de 2013, por tanto no hay que olvidar, (ii) que los militares, tal como lo expresó el Sargento Primero ORTEGA CHOGO RICARDO, hicieron maniobras de infiltración en el lugar en donde se encontraba la guerrilla, quienes fueron sorprendidos, gracias a la información de EVA QUINTO, por ello no se puede afirmar que fueron atrapados y asesinados, como lo afirma el señor Juez sin prueba alguna que corrobore su dicho.

El recurrente se aparte de la tesis expuesta por el supuesto testigo presencial de cargo, quien sostiene que las victimas fueron atadas y ubicadas en el piso para luego darle muerte, pues de haber sido así se pregunta, porqué razón no se encontró residuos de pólvora en sus prendas o en su cuerpo, vainillas ó residuos de disparos en el lugar en

Asunto	Apelación de Sentencia
Radicación	20001-60-01074-2008-80604-00
Delito	Homicidio en persona protegida
Procesado	RAÚL PATARROYO VARGAS y Otros
Decisión	Confirma con modificaciones

donde murieron, por el contrario la lógica y la experiencia enseñan, que quién se siente atacado huye en busca de un refugio.-

Las heridas que presenta el cuerpo de NIXA Y GIOVANNI, explica el censor, no están ubicadas como afirma el señor juez, en la espalda de los hoy occisos, sino en diferentes lugares de su anatomía tal como está plasmado en los protocolos de necropsia realizados por el INML, incorporados al juicio a través de una estipulación probatoria y las conclusiones plasmadas por el balístico forense PEDRO CLAVER GONZALES DÍAZ en su informe pericial incorporados en el juicio con el respectivo testimonio del perito.-

Para el censor el honorable Juez incurrió en un ERROR DE HECHO, que vulnera los principios de la ciencia, los postulados de la lógica y las normas de la experiencia, al dar un alcance equivocado a la declaración del señor ÁNGEL GREGORIO BOLAÑOS, testimonio este que no fue contrastado con los demás medios de prueba que se encuentran en el proceso, ya que las afirmaciones que esta persona hizo en la audiencia de juicio oral, no son ratificadas con los demás medios de prueba, por el contrario se opone totalmente al dicho de otros testigos que participaron en el debate probatorio y demás pruebas practicadas, entre ellas los testimonios de los señores LUIS BENJAMÍN COTES TORRES (record hr 01:34:58 hasta hr 01:35:38 enero 28 2013), YUBER QUINTANA SÁNCHEZ (record hr 01:51:20) (record hr 01:53:22 hasta hr 01:53:37 enero 28 2013) y EVA MEDINA QUINTO (record min 16:45 enero 28 2013) quienes a pesar de no haber participado en el enfrentamiento militar, expresan que si existió el combate, por lo informado por su comandante alias Alvarito sobre ello.

Finalmente, a manera de conclusión, sostiene el recurrente, que las pruebas técnicas y periciales aportadas al juicio oral, presentan las

Asunto	Apelación de Sentencia
Radicación	20001-60-01074-2008-80604-00
Delito	Homicidio en persona protegida
Procesado	RAÚL PATARROYO VARGAS y Otros
Decisión	Confirma con modificaciones

siguientes inconsistencias, que no permiten llegar a un conocimiento más allá de toda duda razonable como lo establece el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal ley 906 para condenar a sus asistidos.

Debe tenerse en cuenta que según el manual de policía judicial y el CPP, los protocolos deben ser acatados de manera obligatoria, y en este caso eso se vulneró.

Es menester establecer el orden cronológico de la toma de muestras (muestras de residuos de disparo en manos y necrodactilia), que como lo indica el protocolo es trascendental, de otra parte se vulneró el procedimiento en razón a que éste, se sugiere, debe realizarse en la sala de necropsia y no en el lugar de los hechos.

Debe establecerse el procedimiento para la toma de muestras de residuos de disparo en manos, (uso de traje de bioseguridad, uso de guantes, lavado de manos y la manipulación de armas de fuego por parte del funcionario que contaminaría la prueba), lo cual se incumplió en este caso.

Es vital, agregó el censor, revisar y analizar los formatos de toma de muestra para análisis de residuos de disparo y los de necrodactilia y a su vez confrontarlos con las respectivas solicitudes de análisis y cadenas de custodia, para muy posiblemente confirmar, las irregularidades propuestas en el desarrollo de la inspección a cadáver y que degeneraron los análisis en falsos negativos.

Debe tenerse en cuenta las condiciones climáticas y ambientales durante y anteriores a la toma de muestras, como igualmente el tiempo

Asunto	Apelación de Sentencia
Radicación	20001-60-01074-2008-80604-00
Delito	Homicidio en persona protegida
Procesado	RAÚL PATARROYO VARGAS y Otros
Decisión	Confirma con modificaciones

transcurrido, desde el deceso hasta la toma de muestras, pues no debemos olvidar que los laboratorios sugieren un tiempo estimado para evitar falsos positivos o falsos negativos (por sudoración o transpiración en sujetos vivos y por deshidratación en fallecidos).

La materialización de trayectorias obtenida en el protocolo de necropsia, agregó el censor, que cumple la estandarización de procedimientos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, los cuales se realizan de manera descendente de la cabeza a los pies asumiendo una posición anatómica del cadáver, generalmente difiere de la posición ergonómica y dinámica que pudo presentar el occiso al momento de los hechos, por lo que debió realizarse un análisis de campo y no solo basarse en el anatómico; pasando por alto entre otros aspectos la dinámica o movimiento de los cuerpos animados o vivos, propia de quien ataca y se defiende (combate), de igual forma debe tenerse en cuenta la capacidad de fuego de las armas participes en los hechos (fusiles de dotación oficial), que disparan proyectiles de alta velocidad, es decir superan la velocidad del sonido y con secuencias de tres en fracciones de segundo.

Debe entenderse lo trascendental que significa seguir los procedimientos estandarizados en los protocolos; no puede desconocerse la relevante importancia que tienen las prendas de vestir para establecer rangos de distancia de disparo y posibles posiciones de la víctima al momento de sufrir la lesión por proyectil disparado por arma de fuego; en el caso particular no se tiene en cuenta y efectivamente desconoce la importancia del lugar de los hechos, de las condiciones topográficas del terreno, sumado a los movimientos voluntarios de quien se encuentra inmerso en un hecho como el referido y a la energía cinética transferida por el o los proyectiles sobre la superficie de impacto generando diferentes movimientos involuntarios de la víctima, magnitudes necesarios para que resulte efectiva la diagramación de trayectorias de

Asunto	Apelación de Sentencia
Radicación	20001-60-01074-2008-80604-00
Delito	Homicidio en persona protegida
Procesado	RAÚL PATARROYO VARGAS y Otros
Decisión	Confirma con modificaciones

campo y no como se establece en el análisis de trayectorias, que asumiendo una posición anatómica básica humana, describe únicamente la trayectoria intra corporal, que no necesariamente resulta compatible con la materialización de los hechos.

Resaltó así mismo el recurrente, que existen deficiencias en los procedimientos, pues los funcionarios de policía judicial encargados de la inspección a cadáver omitieron describir las condiciones ambientales, de visibilidad, características del lugar de los hechos, especificaciones topográficas del área, ubicación de la evidencia física hallada y la relación entre estas y el cadáver. Igualmente omitieron registrar y por demás emplear un método de búsqueda como lo señala el manual de procedimientos de policía judicial, enumerar los elementos materia de prueba y en conclusión se vulneró lo previsto en los manuales y protocolos relacionados con el procesamiento de la escena de crimen. A ello se suma tantos conceptos subjetivos y errores de procedimiento, violación de protocolos que exigen su cumplimiento para el sano desarrollo de la investigación y para despejar inquietudes que conlleven a fundar la veracidad del hecho.

En conclusión para el censor, no existe prueba alguna que determine que el actuar de sus defendidos no se encuadra en lo establecido el artículo 32 del código penal numerales 3 y 4, ni elemento que evidencie el cumplimiento del artículo 9 del Código Penal, ya que nunca llevaron a cabo maniobras dirigidas a realizar delitos, por el contrario la actuación desplegada por ellos siempre estuvo acorde con lo establecido por sus superiores, por medio de la orden de operaciones MAZADA y misión táctica JOTA, incorporadas en el juicio a través del SP ORTEGA CHOGO quien hizo entrega de la documentación al honorable juez, de documentos que nunca fueron tachados de falsos, tal como lo exige la ley vigente.

Asunto	Apelación de Sentencia
Radicación	20001-60-01074-2008-80604-00
Delito	Homicidio en persona protegida
Procesado	RAÚL PATARROYO VARGAS y Otros
Decisión	Confirma con modificaciones

Por el contrario, agrega el censor, la defensa logró demostrar el hecho de que la muerte de los hoy occisos fue en combate y contradujo en su totalidad las severas acusaciones del testigo falso de la fiscalía ÁNGEL BOLAÑO, con los testimonios del señor investigador JAVIER VEGA VILLAZON, que si realizó un extenso trabajo de campo en el lugar de los hechos y conoció el sitio exacto realizando un álbum fotográfico, tomando unas entrevistas y recolectando fotografías de unos teléfonos incautados a este grupo ilegal, expresando también las condiciones del terreno en tiempo modo y lugar expuestas en el juicio.(record min 21:12) (record min 23:51), (record 26:38), (record min 34:07), (record min 40:25) 30 mayo de 2013, testimonio también del señor FÉLIX MARTÍNEZ CORREA, persona esta que con certeza y naturalidad expresa que conoció al señor BOLAÑOS, pues convivió en su casa y que para el día 14 de junio de 2008, estaban juntos en la ciudad de Valledupar,(record min 52:17 hasta min 53:29 30 mayo 2013), además corrobora lo dicho por el mismo testigo, en el sentido de que se fue de su casa efectivamente en el mes de julio y no en junio cuando sucedieron los hechos, (record min 55:29 mayo 30 de 2013), persona muy importante para analizar la magnitud de las mentiras de BOLAÑOS, pero que para el señor juez no tuvo importancia por ser este una prueba sobreviniente dejando a un lado que fue el mismo BOLAÑOS quien lo menciona en el juicio y sus anteriores declaraciones juradas, de igual manera por medio del testimonio del señor SP ORTEGA CHOGO RICARDO, jefe de operaciones BR10 se demostró de manera real y sustentada la exposición de la operación realizada, probó las distancias reales del terreno y puntos de referencia, determinado por programa satelital FALCOM VIEW (record hr 01:10:36 hasta hr 01:18:40 30 de mayo 2013) también en un acto de responsabilidad se escuchó en el juicio el testimonio del SV RAÚL PATARROYO VARGAS quien explicó su maniobra y dio claridad de la operación realizada a su mando, dando fe de lo sucedido y además excluyó al CS MOREA NINCO EDWARD FRANCISCO de haber participado en el combate, pues este fue el encargado de la seguridad en la parte alta y no se encontraba en los hechos, demostrado esto por informe ejecutivo y acta de primer

Asunto	Apelación de Sentencia
Radicación	20001-60-01074-2008-80604-00
Delito	Homicidio en persona protegida
Procesado	RAÚL PATARROYO VARGAS y Otros
Decisión	Confirma con modificaciones

respondiente aportados durante este juicio, (record hr 01:33:48 hasta hr 01:40:20 30 de mayo de 2013), así también se tuvo testimonio del señor DAVID BRAND DÍAZ, técnico balístico que infiere que la mayoría de actuaciones de policía judicial obedece a un mal procesamiento de la escena lo que resultaría falsos negativos, además que las diligencias se hicieron en un lapso corto de tiempo y violando en muchos aspectos lo que reza el manual único de policía judicial.(record hr 01:52:40 hasta hr 02:32:57) 30 mayo de 2013.

2.- En relación con el segundo interrogante planteado al comienzo de su apelación, el cual se encuentra relacionado con el problema jurídico, de sí en vigencia de la ley 906 del 2004, es permitido al juez cambiar la adecuación jurídica de la acusación presentada por la fiscalía en el juicio oral ? expresó el recurrente, que en su criterio el juez carece de esta facultad, en atención a que el artículo 448 garantiza el principio de congruencia de la siguiente manera: "el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena."

Bajo este precepto legal, agrega, es inamisible considerar el cambio de la adecuación típica del comportamiento, que se presume violó un determinado sujeto activo de la acción penal, en el entendido que se le sorprendería con imputaciones contrarias a las cuales él ha estado ejerciendo su derecho de defensa, de esta forma además se cambia de manera arbitraria las facultades constitucionales y legales establecidas en el numeral 4 de artículo 250 de la C. Pol., artículo 336 y subsiguientes de la ley 906 de 2004, que establecen quien es el legitimado para acusar y en que oportunidades se debe hacer ésta, así mismo se desconoce lo establecido en el artículo 29 de la C.P, que reza nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con la observancia

Asunto	Apelación de Sentencia
Radicación	20001-60-01074-2008-80604-00
Delito	Homicidio en persona protegida
Procesado	RAÚL PATARROYO VARGAS y Otros
Decisión	Confirma con modificaciones

de la plenitud de las formas propias de cada juicio. SU 429 1998 M.P. BLADIMIRO NARANJO MEZA.

Proceder en contrario, sostiene el recurrente, evidencia una parcialización del señor juez hacia una de las partes, en donde el único perjudicado es el procesado, pues queda como simple enunciación legislativa el principio rector de la presunción de inocencia, el cual solo puede ser desvirtuado con una suficiente carga probatoria desplegada por el ente investigador, artículo 7 de la ley 906 de 2004, además se pierde la fuerza prevalente que se deriva de las normas rectoras de la ley 906 de 2004 y lo establecido en la convención interamericana de derechos humanos en su artículo 8º de las garantías judiciales, en lo que tiene que ver con el tiempo necesario para preparar y ejercer el derecho de defensa.

En el caso que nos ocupa, sostiene el censor, quedó demostrado que el señor juez de manera irregular cambió la adecuación típica del comportamiento, lo cual desborda el límite de sus funciones, constitucionales y legales, por los siguientes argumentos:

El Juez de instancia desconoció los parámetros legales y los establecidos por la honorable Corte Suprema de Justicia, que blindan las actuaciones jurídicas, en especial lo expuesto en el auto del 19 de febrero de 2013 Rad. 38359 M.P JAVIER ZAPATA ORTIZ en donde se señalaron los siguientes requisitos: a) que medie solicitud expresa de la Fiscalía; b) que la nueva imputación verse sobre un delito del mismo género; c) que el cambio se oriente hacia una conducta punible de menor entidad; d) que se respete el núcleo fáctico de la acusación; y e) que no se afecten derechos de los intervinientes.

Asunto	Apelación de Sentencia
Radicación	20001-60-01074-2008-80604-00
Delito	Homicidio en persona protegida
Procesado	RAÚL PATARROYO VARGAS y Otros
Decisión	Confirma con modificaciones

Lo dicho en manera alguna implica sostener que el juez no se halla facultado para condenar por un delito de menor entidad al imputado por la Fiscalía, siempre que se trate de excluir circunstancias genéricas o específicas de agravación punitiva o para reconocer cualquier clase de atenuante genérica o específica que observe configurada, es decir para variar a favor del acusado la calificación jurídica de la conducta específicamente realizada por la Fiscalía, pero respetando siempre el núcleo fáctico de la acusación objeto de controversia en el juicio oral, como la Corte ha tenido ocasión de reiterarlo.-

En particular, agregó el censor, el señor Juez en el fallo objeto de impugnación, imputó de manera irregular circunstancias de agravación punitivas que el ente investigador nunca realizó a lo largo del proceso, circunstancias que no fueron objeto de debate probatorio, pues aun cuando fueron extraídas de lo manifestado por el testigo BOLAÑO MINDIOLA, en las primeras entrevistas, estos elementos no fueron incorporados en el juicio oral por ninguna de las partes legitimadas para hacerlo, por el contrario solo se utilizaron para impugnar credibilidad, pero no se pidió su incorporación como medio de convicción complementario para la toma de la decisión.

En conclusión, el recurrente solicita a la Sala que reconozca el error cometido por el señor juez de instancia, preservando los parámetros que la ley establece, los cuales fueron vulnerados de manera arbitraria en el fallo proferido por éste, propiciando de esta forma la violación de los derechos de sus asistidos, en especial el derecho de defensa.

Pide así mismo el impugnante, que antes de que la Justicia ejerza su rigor en el presente caso, debe analizar en su totalidad las circunstancias de los sujetos, el tiempo, modo, lugar de la ejecución del hecho y los efectos en la esfera social; el Fiscal o el Juez, agregó el

Asunto	Apelación de Sentencia
Radicación	20001-60-01074-2008-80604-00
Delito	Homicidio en persona protegida
Procesado	RAÚL PATARROYO VARGAS y Otros
Decisión	Confirma con modificaciones

inconforme, no se pueden limitar a declarar la falta del sindicado basado en determinados hechos, pues esto conduce a decisiones injustas, sino que deben ejercer toda su competencia basados en el conjunto de pruebas que también le favorecen, más aún cuando la duda debe resolverse a favor del reo, para lo cual no pueden olvidar el principio del IN DUBIO PRO REO.

Aseveró que la Doctrina se inclina por esta interpretación en los siguientes términos: "...La Ley no puede erigir en materia de exigencia conductas o actos de imposible cumplimiento, si así lo hiciera sería lógico concluir que la ley no tiene otro fin que el de la burla, lo que sería presuponer el absurdo." Es más, la nueva normatividad, inciso 4o del artículo 7o de la ley 906 de 2004, de manera más garantista, reza: "para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda".

En las anteriores condiciones, y demostrado cómo queda que no existe certeza sobre la responsabilidad de los acusados en la comisión de la conducta endilgada, es menester, afirma el recurrente, proferir sentencia absolutoria. Tal determinación, asevera, encuentra apoyo en directrices trazadas por el máximo Tribunal de la Jurisdicción ordinaria, veamos: "2. Si la presunción de inocencia es un estado garantizado constitucional y legalmente a toda persona que se le inicie un proceso en nuestro territorio patrio, desprendiéndose la regla del in dubio pro reo en el sentido de que toda duda debe resolverse a favor del procesado, y que al aplicarse por los funcionarios judiciales conduce indefectiblemente a la declaratoria de NO RESPONSABILIDAD, bien a través de la preclusión de la investigación o de la sentencia absolutoria, de ninguna manera puede equipararse con la declaratoria de INOCENCIA, habida cuenta que sí la DUDA se entiende como CARENCIA DE CERTEZA OBJETIVA, deviene como lógica reflexión en los casos que se considere, no la aseveración de que se juzgó a un inocente, sino LA

Asunto	Apelación de Sentencia
Radicación	20001-60-01074-2008-80604-00
Delito	Homicidio en persona protegida
Procesado	RAÚL PATARROYO VARGAS y Otros
Decisión	Confirma con modificaciones

IMPOSIBILIDAD PROBATORIA para que se dictara sentencia condenatoria."

Su pretensión es que la Sala revoque la sentencia condenatoria proferida por el Juez Único Especializado de Valledupar por el delito de Homicidio Agravado en Concurso Homogéneo, y en su defecto se absuelva de todo cargo a sus defendidos, ordenando de manera inmediata su libertad.

ALEGATOS DE LA FISCALÍA COMO NO RECURRENTES:

La Fiscalía y demás intervinientes se abstuvieron de presentar alegaciones como no recurrentes.

6.- CONSIDERACIONES:

- **DE LA COMPETENCIA:**

La Competencia del Tribunal se enmarca dentro de los límites previstos por el artículo 34-1 y 179 de la ley 906 de 2004, circunscritos al objeto de la apelación, conformado por los asuntos contenidos en la sustentación del recurso y aquellos que resulten inescindiblemente vinculados.

- **DEL CASO CONCRETO:**

1.- En extensa argumentación el recurrente plantea a la Sala sendos problemas jurídicos relacionados, en primer lugar, con la duda que, dice,

Asunto	Apelación de Sentencia
Radicación	20001-60-01074-2008-80604-00
Delito	Homicidio en persona protegida
Procesado	RAÚL PATARROYO VARGAS y Otros
Decisión	Confirma con modificaciones

se deriva de la prueba acopiada en el juicio oral y el segundo término con la variación de la calificación jurídica de la conducta, consignada por el juez A-quo en la sentencia apelada. En el mismo orden se resolverán sus cuestionamientos.-

1.1.- Para abordar lo relacionado con los problemas probatorios que plantea el recurrente, es menester recordar, que la duda como la certeza ó, en vigencia de la ley 906, el conocimiento más allá de toda duda, no puede basarse en meras suposiciones. En esta materia la Sala Penal de la Corte⁶ enseña que es necesario hacer una ponderación entre las "circunstancias que afirman y a la vez niegan la existencia del objeto de conocimiento de que se trate. **En esa medida en los supuestos de duda se plantea una relación probatoria de contradicciones en la que concurren pruebas a favor y en contra, de cargo y descargo, de afirmaciones y negaciones** las cuales como fenómenos proyectan sus efectos de incertidumbre respecto de alguna o algunas categorías jurídico-sustanciales en discusión dentro del singular proceso penal objeto de examen. En igual sentido se integran aspectos objetivos y subjetivos desde los cuales se puede inferir que el **in dubio pro reo** no se materializa por los simples efectos unilaterales de los dilemas relacionados con lo subjetivo o con lo objetivo dados en los fenómenos en contradicción. Con lo anterior se significa que en orden a la consolidación de este instituto y su correlativa aplicación, la labor fundamental no está dada ni puede quedarse simplemente en identificar las circunstancias de perplejidad, que en el caso objeto de control constitucional y legal no se dan, sino que por el contrario se debe proceder a discernir hacia dónde se inclina la balanza de exclusiones, es decir, se deberá formular la pregunta y resolverla determinando si los contenidos probatorios de cargo tienen la capacidad de excluir de manera total o parcial a los descargos o a la inversa."

⁶ Rad. 32270 del 29 de octubre de 2010

Asunto	Apelación de Sentencia
Radicación	20001-60-01074-2008-80604-00
Delito	Homicidio en persona protegida
Procesado	RAÚL PATARROYO VARGAS y Otros
Decisión	Confirma con modificaciones

2.- Previo a responder los cuestionamientos de la defensa conviene recordar, que la finalidad constitucional primordial del Ejército Nacional, institución a la cual pertenecen los condenados, es la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional⁷. La Constitución Política garantiza un fuero especial, a los miembros de la fuerza pública en servicio activo, conforme al cual serán juzgados por sus pares, por delitos cometidos **en relación** con el mismo servicio⁸.

2.1.- De otro lado, conductas como las que aquí se juzgan, cometidas **con ocasión** del servicio, esto es mientras los militares se encuentran en servicio activo, pero alejadas de la finalidad constitucional para la cual ha sido instituida la fuerza pública, están excluidas del fuero militar, por manera que su investigación y juzgamiento corresponde a la jurisdicción ordinaria del Estado.

3.- El señor defensor sostiene, que sus prohijados, quienes pertenecen al equipo de combate "Bombarda 3", en las primeras horas de la mañana del día 14 de junio de 2008, mediante labores de infiltración, en el sector de la vereda Berlín 2, cerro la señora, jurisdicción territorial del municipio de Pueblo Bello Cesar, en cumplimiento de la orden de operación "Mazada", misión táctica "Jota", emanada del Jefe de Operaciones y del comandante del Batallón La Popa, dieron de baja en combate NIXA MARBELIS MARTÍNEZ CÁCERES y GIOVANNI ZAPATA JIMÉNEZ, presuntos miembros de la cuadrilla "6 de diciembre" del ELN, quienes se encontraban en compañía del líder del grupo alias Alvarito, por tanto su comportamiento se encuentra amparado en los numerales 3º y 4º del artículo 32 del Código Penal⁹.-

⁷ Art 217 superior

⁸ Art. 221 superior

⁹ **Art. 32 ausencia de responsabilidad.** No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

Numeral 3º se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.

Numeral 4º Se obre en cumplimiento de una orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales. No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura.

Asunto	Apelación de Sentencia
Radicación	20001-60-01074-2008-80604-00
Delito	Homicidio en persona protegida
Procesado	RAÚL PATARROYO VARGAS y Otros
Decisión	Confirma con modificaciones

4.- En la labor de reconstrucción de los hechos, la Sala comienza por señalar que el investigador del C.T.I. de la Fiscalía HANNER LÓPEZ JAIMES, quien llevó a cabo la diligencia de inspección sobre los cadáveres de NIXA y GIOVANNI, dio cuenta en el juicio oral, que encontró cerca a éstos un fusil AK 47 y otra arma de fuego, así como granadas de fusil y dos (2) granadas de mano, sin embargo también manifestó el deponente que no halló en el sitio de los acontecimientos vainillas ó residuos de disparos. La falta de esta evidencia, sostuvo el recurrente, se debe a que muchas veces la granadas explotan en el aire por esta razón no se encuentran cráteres y sí no se encontró vainillas percutidas es porque no se hizo una inspección adecuada, tal como lo señalaron los investigadores quienes se dolieron de que no contaron con suficiente tiempo para ello (sic).-

5.- Igualmente observa la Sala, que no existe certeza a partir del resultado de la prueba de absorción atómica practicada por el perito ALEJANDRO AGUIRRE PINEDA, en el sentido de que las víctimas dispararon armas de fuego, pues la evidencia arrojó un resultado negativo para residuos de antimonio¹⁰, lo cual es contrastado por el acucioso defensor quien atribuye a los investigadores del C.T.I. varios yerros en el procesamiento de la escena de los hechos, a saber, (i) que no portaban el vestuario ni el equipamiento necesario para garantizar la indemnidad de esta prueba, (ii) además la toma de muestras se realizó luego de 8 horas contadas desde los acontecimientos, (iii) a lo cual habría que agregar que los cuerpos estuvieron bajo condiciones de tiempo bastante adversas, (iv) también resalta el censor que en primer lugar debió llevarse a cabo la toma de muestras para la prueba de absorción atómica y posteriormente la necrodactilia, y (v) que estuvo mal que el perito dijera que los elementos químicos denominados "Bario y Plomo" encontrados en las víctimas se pueden adquirir en el ambiente.

¹⁰ Elemento que pericialmente indicaría que dispararon armas de fuego.-

6.- De otro lado, la Corporación observa en los protocolos de la necropsia practicados a los óbitos, cuyo contenido fue estipulado por la partes, que de los ocho (8) orificios de entrada por disparos de arma de fuego que presentó en su cuerpo **NIXA MARBELIS MARTÍNEZ CÁCERES**, cinco (5) ingresaron con una trayectoria en el plano coronal: postero anterior, **lo cual indica que se produjeron mientras se encontraba de espalda**; los tres (3) disparos restantes ingresaron con una trayectoria en el plano coronal: en el plano, es decir de costado. La víctima presentó tres (3) disparos adicionales a los primeros ocho (8), así el primero rozó su glúteo derecho, otro su cuello y finalmente el último destrozó buena parte de su cráneo, al punto que no se pudo determinar el orificio de entrada ni el orificio de salida, mucho menos su trayectoria. GIOVANNI ZAPATA JIMÉNEZ presentó ocho (8) orificios de entrada producidos por arma de fuego, seis (6) de los cuales tienen una trayectoria en el plano coronal: antero posterior, otro mas descrito como orificio de entrada **6.1**, tiene una trayectoria en el plano coronal: **postero anterior**, y el último presenta un orificio de entrada en plano coronal: en el plano. Con excepción del orificio de entrada **6.1** que tiene una trayectoria de izquierda a derecha, los orificios restantes tienen una trayectoria de derecha a izquierda, resaltándose pertinentemente en el orificio de entrada descrito como **8.1, la presencia de una quemadura de primer grado de 2 x 1.5 centímetros en su periferia**, localizado en la cara anterior del tercio distal del muslo derecho¹¹.

6.1.- En relación con este medio de prueba, puede concluirse que el orificio de entrada descrito como **6.1**, fue ocasionado mientras la víctima se encontraba de espalda, al paso que el orificio de entrada **8.1** indica que el disparo se produjo a muy corta distancia, tanto que ocasionó **quemadura de primer grado** de la piel a su alrededor.

¹¹ Flo 93

6.2.- Extrañamente el perito ISAUL GARCÍA DÍAZ¹², del C.T.I. de la Fiscalía, omitió referirse en la pericia que realizó sobre las prendas de vestir que llevaba el día de los hechos GIOVANNI ZAPATA, al orificio de entrada **8.1**, pues su análisis llegó solo hasta el orificio 7.1, lo cual no desdice ni infirma el resultado de la necropsia, cuyo contenido, recordemos, fue estipulado por las partes y que da cuenta de la **quemadura de primer grado** que presentaba la piel de ésta víctima, alrededor del orificio de marras (8.1).-

6.3.- El señor defensor, por su parte, manifiesta que la forma como medicina legal y el perito PEDRO GONZÁLEZ DÍAZ describen la trayectoria de los disparos, no siempre coincide con los hechos y las distintas situaciones que pueden presentarse en un combate, pues esta trayectoria puede variar de acuerdo (i) a las posiciones que las personas asumen en el combate ó (ii) puede verse afectada por la energía cinética transferida por los proyectiles sobre la superficie de impacto e (iii) incluso por la topografía del terreno.-

6.4.- Lo que no explica el acucioso togado es porqué GIOVANNI ZAPATA JIMÉNEZ q.e.p.d. presenta una **quemadura de primer grado** en el orificio de entrada No **8.1**, hecho que sin lugar a dudas permite afirmar a la Sala que corresponde a una lesión producida por un disparo de arma de fuego ocasionado **a quema ropa**, esto es a muy corta distancia, probablemente a menos de 30 centímetros, lo cual infirma el argumento del recurrente en el sentido de que no existe vestigio de disparos a corta distancia ó dicho de otra manera que todos los disparos se hicieron a larga distancia y en combate (sic).-

7.- También encuentra la Sala que la defensa aporta al juicio oral, con el testimonio del SP RICARDO ORTEGA CHOGO, un documento

¹² Flo 63

Asunto	Apelación de Sentencia
Radicación	20001-60-01074-2008-80604-00
Delito	Homicidio en persona protegida
Procesado	RAÚL PATARROYO VARGAS y Otros
Decisión	Confirma con modificaciones

denominado orden de batalla de la cuadrilla "6 de diciembre" del grupo subversivo ELN¹³, a la cual supuestamente pertenecían para el momento de los hechos Alias Alvarito, GIOVANNI y NIXA, sin embargo al revisar con detenimiento este documento de inteligencia militar, la Corporación pudo evidenciar que las víctimas no aparecen allí relacionadas como integrantes de este grupo ilegal alzado en armas, hecho que constituye un contra indicio de su supuesta militancia subversiva ó , confirma, por sustracción de materia, su condición de personas ajenas al conflicto armado que padece nuestro país.-

8.- En otro orden de ideas, la Sala comparte algunas de las glosas que el recurrente enarbola en contra del testimonio de ÁNGEL GREGORIO BOLAÑO MINDIOLA, supuesto testigo presencial de los hechos. También tenemos serios reparos en relación con el valor suasorio del testimonio de la señora EVA PATRICIA MEDINA QUINTO, quién expresó que fue la persona que señaló a la tropa el lugar preciso en donde se encontraban ocultos Alias Alvarito, GIOVANNI y NIXA, momentos antes de que se produjera el supuesto combate.

8.1.- Ninguno de estos testigos ofrece serios motivos de credibilidad a la Corporación, principalmente porque al unísono afirman que mantuvieron comunicación vía telefónica con las víctimas, quienes supuestamente llegaron al sitio de los hechos unas 72 horas antes de su muerte¹⁴. Recordemos que este sitio se encuentra ubicado a 624 metros en línea recta de la vivienda de EVA PATRICIA MEDINA QUINTO¹⁵, en el cerro denominado "la señora", de la vereda Berlín 2, a cinco (5) horas a pie del municipio de Pueblo Bello Cesar, lo cual descarta, conforme a las reglas generales de la experiencia, que existiera señal para establecer una comunicación telefónica o energía eléctrica en la mañana de la

¹³ Flo 122 vuelto

¹⁴ La testigo dijo que NIXA llegó un día después de que lo hicieron Alias Alvarito y Giovanni

¹⁵ Ver informe presentado por la defensa con base en las imágenes que provee el equipo satelital FALCOM VIEW

Asunto	Apelación de Sentencia
Radicación	20001-60-01074-2008-80604-00
Delito	Homicidio en persona protegida
Procesado	RAÚL PATARROYO VARGAS y Otros
Decisión	Confirma con modificaciones

montaña, para que NIXA y GIOVANNI recargaran la batería de sus teléfonos celulares, más aún cuando del relato de la testigo se desprende que siempre estuvieron ocultos en zona boscosa sin bajar a la residencia de los lugareños.-

8.2.- Ciertamente la versión de estos dos (2) deponentes resulta inverosímil y artificiosa para la Sala. Obsérvese a este respecto, la fotografía y las imágenes satelitales (Falcom View) aportadas al juicio oral por el investigador de la defensa JAVIER VEGA VILLAZÓN y el SP. RICARDO ORTEGA CHOGO, en donde se puede apreciar que el sitio de los acontecimientos es un sector boscoso de la Sierra Nevada de Santa Marta, ubicado a más de 11 kilómetros en línea recta del casco urbano del Municipio de Pueblo Bello Cesar y a 1.375 metros de la carretera más próxima, con una altura máxima sobre el nivel del mar de 1600 metros, lo que definitivamente hace improbable que NIXA y GIOVANNI mantuvieran con carga o batería, un teléfono celular por un lapso superior a 48 horas y comunicación con ÁNGEL GREGORIO BOLAÑO MINDIOLA y EVA PATRICIA MEDINA QUINTO, como la que estos describen, por tres (3) días y hasta minutos antes de su muerte, pues es un hecho notorio que generalmente este tipo de sitios alejados de los cascos urbanos y además montañosos carecen de cobertura tecnológica para el uso de teléfonos móviles o celulares y sin lugar a dudas carecían de energía eléctrica para cargar la batería de su equipo de telefonía, en el cambuche en donde supuestamente se ocultaban en el monte, son reglas generales de la experiencia.-

9.- También concurrió al juicio oral a dar testimonio el sujeto YUBER QUINTANA SÁNCHEZ, quién al rompe sostuvo que fue miembro del ELN, en donde militó por dos años y medio. Igualmente afirmó que el día de los hechos se encontraba en la vereda "casa de tabla" a 5 horas de camino, por lo cual no tuvo conocimiento personal de los

Asunto	Apelación de Sentencia
Radicación	20001-60-01074-2008-80604-00
Delito	Homicidio en persona protegida
Procesado	RAÚL PATARROYO VARGAS y Otros
Decisión	Confirma con modificaciones

acontecimientos, sino que se enteró de estos a través de alias Alvarito quien le relató que GIOVANNI, apodado Wilmer y NIXA, murieron en un combate. Su dicho además de ser un testimonio de oídas, viene infirmado por el documento de inteligencia, antes comentado, denominado "orden de batalla de la cuadrilla 6 de diciembre del ELN", en donde se informa que el sujeto conocido como alias Wilmer responde al nombre de JOSÉ DANIEL ÁLVAREZ CÁRDENAS, por tanto no es cierto, como este supuesto testigo afirma, que GIOVANNI ZAPATA JIMÉNEZ es alias Wilmer el sujeto que acompañaba a alias Alvarito y que ofrendó su vida disparando un arma de fuego mientras el primero evadía al Ejército Nacional.-

10.- En relación con el declarante LUIS BENJAMÍN COTES TORRES, la Sala estima que su versión de los hechos, vertida en el juicio oral, carece igualmente de valor suasorio, al venir impugnada pertinentemente su credibilidad con la entrevista que rindió durante la investigación y que le fue puesta de presente en el interrogatorio cruzado, en donde no sólo excluye a la joven NIXA como miembro del grupo armado ilegal, sino que además da cuenta que después de su muerte se le adjudicó un fusil y que no hubo combate con la fuerza pública. Nótese además que este testigo concurre a decir que el sujeto GIOVANNI disparó su arma de fuego para cubrir la retirada de alias Alvarito, lo cual viene desmentido por la prueba de absorción atómica, como ya aparece comentado antes. Igualmente dijo este supuesto testigo, que GIOVANNI respondía al alias de Wilmer, lo que no es cierto como quedó dicho antes y que NIXA era conocida con el alias de Tania, lo cual tampoco es cierto pues su nombre y el alias de Tania no viene relacionado en el "orden de batalla de la cuadrilla 6 de diciembre del ELN", prueba que recordemos fue aportada por la defensa.-

11.- Finalmente ningún sentido práctico tiene hacer mención del testimonio de **FÉLIX MARTÍNEZ CORREA**, invocado por el recurrente

Asunto	Apelación de Sentencia
Radicación	20001-60-01074-2008-80604-00
Delito	Homicidio en persona protegida
Procesado	RAÚL PATARROYO VARGAS y Otros
Decisión	Confirma con modificaciones

para desdeñar del testimonio rendido por ÁNGEL GREGORIO BOLAÑOS MINDIOLA, pues la Sala como quedo visto, le resta todo valor suasorio al dicho de este último.-

12.- Corolario de todo lo anterior tenemos que la prueba valorada en su conjunto, asidos de las reglas de la sana crítica, la lógica, la ciencia, la técnica y las reglas generales de la experiencia da cuenta:

- A) que NIXA MARBELIS MARTÍNEZ CÁCERES y GIOVANNI ZAPATA JIMÉNEZ recibieron disparos de arma de fuego cuyo orificios de entrada presentan una trayectoria **postero anterior**, lo cual indica que estaban de espalda al tirador,
- B) que NIXA MARBELIS MARTÍNEZ CÁCERES y GIOVANNI ZAPATA JIMÉNEZ no dispararon arma de fuego antes de su muerte,
- C) que el ciudadano GIOVANNI ZAPATA JIMÉNEZ, presentó una **quemadura de primer grado** alrededor del orificio de entrada 8.1 localizado en la cara anterior del tercio distal del muslo derecho¹⁶, hecho que permite inferir que el disparo se produjo a muy corta distancia, esto es a **quema ropa**,
- D) que en la escena de los hechos no se encontraron vainillas ni residuos de disparos o esquirlas de granada, por lo que es lógico concluir que no se presentó oposición o combate a los disparos de arma de fuego que realizó la fuerza pública,
- E) que el Ejercito Nacional carecía de información de inteligencia militar para incluir a NIXA MARBELIS MARTÍNEZ CÁCERES y GIOVANNI ZAPATA JIMÉNEZ en el "orden de batalla de la cuadrilla

¹⁶ Flo 93

Asunto	Apelación de Sentencia
Radicación	20001-60-01074-2008-80604-00
Delito	Homicidio en persona protegida
Procesado	RAÚL PATARROYO VARGAS y Otros
Decisión	Confirma con modificaciones

6 de diciembre del grupo subversivo ELN”, por tanto debe colegirse que este documento refuerza la condición de los fallecidos como miembros de la población civil ajena al conflicto armado que azota al país, esto es que son personas protegidas por los instrumentos internacionales de derecho internacional humanitario, ratificados por Colombia y

F) que los hechos investigados corresponden claramente a una ejecución extrajudicial y no al legítimo ejercicio de la finalidad constitucional confiada al Ejército Nacional, como afirma el acucioso defensor, amparado en los numerales 3º y 4º del artículo 32 del Código Penal.-

12.1.- La Sala no comparte desde luego la acuciosa argumentación del defensor, relacionada con el procedimiento de inspección técnica al cadáver y la prueba de absorción atómica practicada a la víctimas, pues no demostró como los yerros que dice que se cometieron al momento de inspeccionar los cadáveres y la zona anexa a éstos ó en el momento de tomar las muestras para el examen físico químico, se ven reflejados negativamente en los resultados de estas diligencias y pruebas, ubicándose su queja en el plano hipotético y/o meramente académico.-

12.2.- El perito explicó cómo la ausencia de antimonio es el principal indicador de que las víctimas no dispararon armas de fuego, de ahí que si la defensa no compartía su apreciación científica y/o el método y experimentos llevados a cabo para llegar a esa conclusión, debió refutar pertinentemente estos aspectos a través de sus alegaciones ó con otro perito que demostrara porque no son de recibo los principios técnicos o científicos ó los instrumentos, en los cuales sustenta su peritación.-

Asunto	Apelación de Sentencia
Radicación	20001-60-01074-2008-80604-00
Delito	Homicidio en persona protegida
Procesado	RAÚL PATARROYO VARGAS y Otros
Decisión	Confirma con modificaciones

12.3.- Las demás respuestas de la Sala a sus alegaciones, se encuentran consignadas precedentemente.-

13.- En resumen, al valorar la prueba en su conjunto, tal y como enseña la Sala Penal de la Corte, esto es ponderando los elementos suasorios alegados por el recurrente que infirman el hecho y la responsabilidad de los condenados, así como aquellos que prueban la existencia de éste y su autoría, esta Sala de decisión se inclina razonablemente por la prueba de cargo, tal y como ha quedado consignado antes, sin que quepa resquicio para la duda que invoca el censor, sobre estos sensibles aspectos.

13.1.- En ese orden de ideas, lo dicho evidencia que, la hipótesis delictual por la que se procede no es el delito de HOMICIDIO AGRAVADO sino la de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, por la cual fueron llamados a juicio los condenados. Acerca de este delito la Sala Penal de la Corte¹⁷, sostiene:

"No hay duda que la oprobiosa práctica de los llamados *falsos positivos*, en virtud de la cual miembros de las fuerzas armadas causan la muerte a ciudadanos inermes ajenos al conflicto armado, en cuanto carecen del carácter de combatientes por no formar parte de los grupos institucionales y no institucionales involucrados en la contienda interna, ni participar de la misma, para después mostrarlos ante la opinión pública y sus superiores como bajas de un grupo armado ilegal en supuestos escenarios de combate y a partir de ello obtener beneficios como permisos, felicitaciones en la hoja de vida o ascensos, se encuentra íntimamente vinculada con el conflicto armado interno, pues éste es condición necesaria para que tengan lugar tales desmanes.

En efecto, es claro que si es en el marco de dicha situación de anormalidad que se exhiben como triunfos los referidos montajes de operaciones bélicas, cuando en verdad se ha ocasionado la muerte de personas civiles,

¹⁷ Radicación No 36460, Magistrada Ponente: MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ, Aprobado Acta No. 279, Bogotá D.C., agosto veintiocho (28) de dos mil trece (2013)

Asunto	Apelación de Sentencia
Radicación	20001-60-01074-2008-80604-00
Delito	Homicidio en persona protegida
Procesado	RAÚL PATARROYO VARGAS y Otros
Decisión	Confirma con modificaciones

generalmente de escasos recursos, desarmadas, en parajes solitarios, lejos de su contorno y sin la posibilidad de conseguir ayuda alguna que las pueda salvar, sin dificultad se advierte la estrecha relación entre tales graves procederres ilegales y su ocurrencia con ocasión del conflicto armado interno, máxime si los miembros de las fuerzas armadas conocen de las obligaciones que en su condición de combatientes les son exigibles en el ámbito de la estricta guarda del Derecho Internacional Humanitario, y que les prohíbe en forma rotunda involucrar a civiles como objeto de sus acciones armadas.

Razón le asiste a la defensa al señalar que no toda muerte de personal civil a manos de militares puede tenerse como homicidio en persona protegida, siempre que no tenga vínculo con el conflicto armado. No obstante, ello no fue lo acaecido en este asunto, pues fue el teatro de dicho conflicto el que sirvió para la puesta en escena que culminó con la muerte del menor *S. E. D. G.*, aduciendo ulteriormente sus victimarios que se trató de una situación de combate con grupos armados al margen de la ley".

14.- La Sala en armonía con lo expuesto confirmará con modificaciones la sentencia apelada, para ello condenará a los procesados como coautores por división del trabajo criminal, del concurso homogéneo de delitos de **HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA**, previsto en el art. 135 del C.P., cometido de forma dolosa, al desarrollar la **conducta dar muerte con ocasión y en desarrollo del conflicto armado a NIXA MARBELIS MARTÍNEZ CÁCERES y GIOVANNI ZAPATA JIMÉNEZ**, quienes eran integrantes de la población civil, sin vínculos con los grupos alzados en armas, particularmente sin vínculos con "la cuadrilla 6 de diciembre del auto denominado ELN", en hechos ocurridos alrededor de las 7:30 de la mañana del día 14 de junio de 2008, en el cerro la señora, vereda Berlín 2, del municipio de Pueblo Bello Cesar.-

La pena impuesta continuará siendo la fijada en el fallo apelado de quinientos setenta y seis (576) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo de veinte (20) años, muy a pesar que el delito de HOMICIDIO AGRAVADO por el cual

Asunto	Apelación de Sentencia
Radicación	20001-60-01074-2008-80604-00
Delito	Homicidio en persona protegida
Procesado	RAÚL PATARROYO VARGAS y Otros
Decisión	Confirma con modificaciones

fueron condenados los procesados en primera instancia, tiene previsto una pena inferior a la del delito de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, de esta forma somos respetuosos del principio universal de la no reforma en peor (*non reformatio in pejus*), pues en la actuación de segunda instancia la defensa aparece como apelante único.-

• **DECISIÓN:**

La Sala Penal de decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

F A L L A:

PRIMERO. –CONFIRMAR CON MODIFICACIONES la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Valledupar –Cesar, calendada 22 de Octubre de 2013, corregida y adicionada con decisión de fecha 23 de octubre de 2013.-

SEGUNDO: MODIFICACIONES, CONDENAR a los procesados RAÚL PATARROYO VARGAS, WILSON BOLAÑO GARCÍA, EDWAR FRANCISCO MOREA NINCO, YAIR ISAAC FERNÁNDEZ ESTRADA y BALMER ANTONIO GRANADOS RODRÍGUEZ, de condiciones civiles y personales conocidas en la actuación, como coautores por división del trabajo criminal, del concurso homogéneo de delitos de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, previsto en el art. 135 del C.P., cometido de forma dolosa, que tiene como sujetos pasivos a **NIXA MARBELIS MARTÍNEZ CÁCERES y GIOVANNI ZAPATA JIMÉNEZ.**

Asunto	Apelación de Sentencia
Radicación	20001-60-01074-2008-80604-00
Delito	Homicidio en persona protegida
Procesado	RAÚL PATARROYO VARGAS y Otros
Decisión	Confirma con modificaciones

concurso homogéneo de delitos de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, previsto en el art. 135 del C.P., cometido de forma dolosa, que tiene como sujetos pasivos a **NIXA MARBELIS MARTÍNEZ CÁCERES y GIOVANNI ZAPATA JIMÉNEZ.**

La pena impuesta continuará siendo la fijada en el fallo apelado de quinientos setenta y seis (576) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo de veinte (20) años, por las razones antes vistas.-

Las demás decisiones contenidas en el fallo apelado, continúan indemnes.-

TERCERO: autorícese conforme al art. 164 del CPP al Magistrado ponente para dar lectura en audiencia a esta decisión.-

CUARTO: contra esta decisión procede el recurso de casación.

Notifíquese y Cúmplase. Devuélvase en su oportunidad.



LUIGUI JOSÉ REYES NÚÑEZ
Magistrado



EDWAR ENRIQUE MARTÍNEZ PÉREZ
Magistrado



DIEGO ANDRÉS ORTEGA NARVÁEZ
Magistrado