

Sentencia de Segunda Instancia Ley 600/2000
Rad. 54-001-31-04-004-2012-00152-02
Procesados: DEYBI SÁNCHEZ DÍAZ, y OTROS.
Delito: HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA.

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISION PENAL

Cúcuta, dieciséis (16) de diciembre de 2013.

Aprobado con acta N° 506

Magistrado Ponente
JUAN CARLOS CONDE SERRANO

VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el REPRESENTANTE DE LA FISCALÍA y por el AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO, contra la sentencia de fecha 18 de junio de 2013 por medio de la cual el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cúcuta, absolvió por duda a los procesados DEYBI SÁNCHEZ DÍAZ, NYLTON CÉSAR FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, ALIRIO VEGA GÓMEZ, JOSÉ ALEJANDRO OSORIO CRUZ, HÉCTOR JULIO CAMPO ROCHA y JOSÉ FRANCISCO MENESES RAMÍREZ del delito de Homicidio en Persona Protegida.

LOS HECHOS V ACTUACION PROCESAL

Fueron sintetizados así en la Resolución de Acusación:

"Estos tienen ocurrencia en la Vereda El Alto, Corregimiento de Mundo Nuevo jurisdicción del municipio de Bucarasica (Norte de Santander), el día treinta (30) de diciembre del año dos mil seis (2006), en los que resultó muerto el señor JOSE MARTIN BOTELLO OVALLES, habitante de la vereda ya aludida, en donde aparentemente el occiso con otras personas más se enfrentó a una escuadra liderada por el Cabo Tercero DEYBI SANCHEZ DIAZ pertenecientes al Batallón de Infantería No. 15 Santander de Ocaña N. de S.

(..). "

Cerrado el ciclo de instrucción, la Fiscalía calificó el mérito del sumario con resolución de acusación del 11 de mayo de 2012 mediante la cual acusó a DEYBI SÁNCHEZ DÍAZ, JOSÉ ALEJANDRO OSORIO CRUZ, NYLTON CÉSAR FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, HÉCTOR JULIO CAMPO ROCHA, JOSÉ FRANCISCO MENESES RAMÍREZ y ALIRIO VEGA GÓMEZ, como coautores del delito de Homicidio en Persona Protegida (Fls. 41 al 77 C.O. No. 8), resolución que cobró ejecutoria el 4 de junio de 2012 (Fl. 148 C.O. No. 8); se llevó a cabo la audiencia preparatoria y pública, para finalmente proferir sentencia absolutoria el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esta ciudad (Fls. 166 al 218 C.O. No. 9), la cual es objeto de reproche por parte del Representante de la Fiscalía y por el Agente del Ministerio Público.

IDENTIFICACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS PROCESADOS

* DEYBI SÁNCHEZ DÍAZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.799.916 de Bogotá D.C. (Cundinamarca), nació el 14 de junio de 1984 en La Mesa (Cundinamarca), hijo de Jesús Humberto Sánchez Meló y Ana Bertilda Díaz Palacios, de estado civil soltero, grado de instrucción académica Bachiller, profesión u oficio militar en el grado de Cabo Segundo.

Por sus características morfológicas, tenemos que se trata de una persona de sexo masculino, de 1.70 metros de estatura, tez trigueña, ojos color café, nariz recta base ancha, boca pequeña, labios delgados, orejas pequeñas, lóbulos adheridos, cejas negras, dentadura natural incompleta, no presenta señales particulares en su cuerpo¹.

* NYLTON CÉSAR FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 5.032.806 de Gamarra (Cesar), nació el 10 de octubre de 1976 en Gamarra (Cesar), hijo de José Agustín Fernández Rojas y Rosario Rodríguez Surmay, de estado civil soltero, grado de instrucción académica Décimo de Bachillerato, profesión u oficio soldado profesional del Ejército Nacional.

Por sus características morfológicas, tenemos que se trata de una persona de sexo masculino, de 1.75 metros de estatura, tez trigueña, ojos color negros, nariz recta base ancha, boca pequeña, labios semigruesos, orejas pequeñas, lóbulos adheridos, cejas negras, dentadura natural incompleta, presenta un tatuaje

¹ Ver Folio 33-«0 del C.O. * 2..y Folio 154 del C.O. 3 do 1* Iris!.

en el brazo derecho de un escorpión y en el brazo izquierdo una araña².

* ALIRIO VEGA GÓMEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 91.183.879 de Girón (Santander), nació el 22 de mayo de 1982 en Girón (Santander), hijo de Alirio Vega García y Edilia Gómez Carreño (q.e.p.d), de estado civil soltero, grado de instrucción académica Octavo de Bachillerato, profesión u oficio soldado profesional del Ejército Nacional.

Por sus características morfológicas, tenemos que se trata de una persona de sexo masculino, de 1.76 metros de estatura, contextura gruesa, tez blanca, cabello negro, ojos claros, nariz aguileña, cejas semipobladas, frente despejada, orejas grandes, boca grande, labios semigruesos, dentadura natural completa, sin señales particulares³.

* JOSÉ ALEJANDRO OSORIO CRUZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 88.249.184 de Cúcuta (N.S), nació el 20 de abril de 1980 en Cali (Valle del Cauca), hijo de Pablo Enrique Osorio y María de los Ángeles Cruz, de estado civil soltero, grado de instrucción académica Octavo de Bachillerato, profesión u oficio soldado profesional del Ejército Nacional.

Por sus características morfológicas, tenemos que se trata de una persona de sexo masculino, de 1.75 metros de estatura, contextura mediana, tez trigueña, cabello negro, ojos color café, nariz aguileña, cejas negras, frente despejada, orejas pequeñas,

² Vet Fobo 35 del C.O. n 2. y Folio 283 del C.O v 5 de 1* ins:

³ Ver Fobo 88 y Folio 295 del C.O.#5 de 1* Inst.

boca mediana, labios delgados, dentadura natural completa, presenta un tatuaje del "demonio de Tasmania" en el omóplato derecho¹.

* HÉCTOR JULIO CAMPO ROCHA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 9.162.364 de Río Viejo (Bolívar), nació el 23 de agosto de 1979 en Río Viejo (Bolívar), hijo de Salvador Campo Otalvarez y Edilma Rocha García, de estado civil casado con Elvira Quintero Duarte, grado de instrucción académica Bachiller, profesión u oficio soldado profesional del Ejército Nacional.

Por sus características morfológicas, tenemos que se trata de una persona de sexo masculino, de 1.78 metros de estatura, contextura gruesa, tez oscura, cabello negro, frente despejada, ojos color negro, nariz base ancha grande, boca grande, labios gruesos, dentadura natural completa, cejas negras, frente despejada, orejas medianas, sin señales particulares⁵.

* JOSÉ FRANCISCO MENESES RAMÍREZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 88.238.144 de Cúcuta (N.S), nació el 2 de mayo de 1979 en Cúcuta (N.S), hijo de Juan Antonio Meneses Vera (q.e.p.d) y María Alix Ramírez Cáceres, de estado civil soltero, grado de instrucción académica Quinto de Primaria, profesión u oficio soldado profesional del Ejército Nacional.

Por sus características morfológicas, tenemos que se trata de una persona de sexo masculino, de 1.75 metros de estatura, contextura mediana, tez trigueña, cabello castaño, ojos color

* Ver Folio 31 del C.O « 2,yFolx>151 del C.O.# 3 de 1* Insi

¹ Ver Polio 229 y Polio 1!> del C.O. # 3 de 1*.inst.

miel, nariz recta grande, frente amplia, boca mediana, labios delgados, dentadura natural incompleta, orejas medianas, lóbulo adherido, cicatriz a la altura de la ceja derecha de 3.5 cms, cejas pobladas⁶.

EL FALLO IMPUGNADO

En esencia, sostuvo el juzgado de instancia lo siguiente:

Que el padre de la víctima -JOSÉ MARTÍN BOTELLO- no conoció en forma directa los hechos que rodearon la muerte de su hijo, resultando poco creíble que un joven que estuvo vinculado al Ejército Nacional como soldado profesional se deje amedrentar por miembros del Ejército, y no informe esta situación a ninguna autoridad, cuando el pueblo de Bucarasica (N.S), de acuerdo a las declaraciones que reposan en la actuación, queda aproximadamente a una hora del lugar donde vivía el finado MARTÍN BOTELLO.

Que ninguno de los familiares insistió o comunicó la posible situación de acoso que sufría la víctima por parte del personal militar de la zona, como sí lo hicieron cuando tuvieron conocimiento del enfrentamiento donde fue ultimado MARTÍN BOTELLO, comunicándose con JORGE ENRIQUE BOTELLO OVALLES -hermano de la víctima-, el cual prestaba servicio militar en el Grupo Maza.

Señaló que no se entiende porque el señor Fiscal hizo referencia acerca de que JOSÉ ONOFRE SÁNCHEZ -posible testigo de

* Vcf Folio 235 236 y Folio 153 del C.O. «3 de 1* Inst.

cargo-, venia de la mano del defensor de los procesados en esa época, haciendo indicaciones de que el testigo estaba nervioso y vacilante, cuando estas apreciaciones se obtienen por medio de los sentidos, y en el presente caso no era posible que este las apreciara, ya que en la diligencia de ampliación de la declaración del señor ONOFRE SÁNCHEZ, el Fiscal no estuvo presente conforme a lo obrante en la foliatura, y si esto fue así, se debieron compulsar copias para que se investigara dicha conducta; que las contradicciones en que incurre ONOFRE SÁNCHEZ -testigo de cargo de la Fiscalía-, no se desvirtuaron en el proceso y en el juicio, por ende, dicho testimonio se debe descartar por falta de credibilidad.

Que si bien en las diferentes declaraciones recaudadas a la familia y a los vecinos de JOSÉ MARTÍN BOTELLO OVALLES -víctima-, se corroboró que en efecto BOTELLO OVALLES tenía un arma de fuego, indicando algunos declarantes que se la había quitado el ejército, también lo es que ninguno presencié los hechos en que fue decomisada el arma y si la misma tenía documentos.

Que el señor Fiscal indica que el arma encontrada al finado BOTELLO OVALLES no fue posible hallarla, sin percatarse de que dentro del material probatorio obrante en este proceso, se evidencia que el personal del ejército hizo la respectiva entrega en cadena de custodia de los elementos -arma de fuego, una granada y un cuchillo- que le fueron hallados al señor BOTELLO OVALLES, colocándolos a disposición de la Fiscalía en primer orden, realizándose posteriormente la inspección a los mismos; que se debió indagar al personal que intervino en todos los procedimientos posteriores para la ubicación de dicha arma, por

Sentencia de Segunda Instancia Ley 600/2000
Rad. 54-001-31-04-004-2012-00152-02
Procesados: DEYBI SÁNCHEZ DÍAZ, y OTROS.
Delito: HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA.

tal razón, ahora no se puede hablar de que el arma fue "sembrada", como lo quiere hacer ver el señor Fiscal, cuando dicha hipótesis no fue probada y no se puso en duda al personal que intervino en las diferentes manipulaciones de dichos elementos; que para el Despacho el occiso BOTELLO OVALLES, si portaba para el día de los hechos, la pistola Cal. 7.65 mm, Marca Browning No.33054, Proveedores Cl. 7.65 mm, una (1) granada de mano y un cuchillo, toda vez que el señor Fiscal no pudo desvirtuar lo obrante en el proceso.

Adujo que, respecto del presunto acoso de los militares al señor BOTELLO OVALLE -víctima-, antes de su fallecimiento, las diferentes declaraciones de sus familiares no lograron establecer la identidad plena de los supuestos militares acosadores, y que estos fueran los mismos que participaron en el desarrollo de la operación de registro y control que se llevó a cabo el 30 de diciembre de 2006, donde fue dado de baja BOTELLO OVALLES.

mismos y no apoyar solamente una teoría del caso, observándose en dicho informe de reconstrucción de los hechos, muchas inconsistencias (v.gr. si la zona donde ocurrieron los hechos guardaba sus mismas características, la luminosidad, la dinámica del cuerpo del occiso, el perito balístico no estuvo en el sitio de los hechos y no pudo apreciar en forma directa otras variantes, etc.), que no fueron dilucidadas, para efectos de que se hubiese dado claridad a la manera como pudieron ocurrir los mismos.

Que en los informes de reconstrucción de los hechos, se aprecia una información casi técnica del lugar, terrero, de la posible posición y trayectoria de los disparos realizados, sin determinarse de manera concreta cómo pudo ocurrir el hecho aquella mañana del 30 de diciembre de 2006; que dicha diligencia de reconstrucción de los hechos, se realizó 4 años después, sin tener en cuenta que el paso del tiempo, borra cualquier tipo de huella, circunstancia tanto física como topográfica, ya que en un lapso como este, puede alterarse de manera significativa un espacio o campo abierto, como en el que se presentó el hecho; que lo que más extraña al Despacho, es que después de cuatro años fue que se realizó dicha diligencia, cuando la misma se debió efectuar días después de los hechos.

Que la reconstrucción de los hechos, solo tuvo como referencia, la posible posición de los militares, pero no la posición en la que se encontraban las personas que los hostigaron aquella madrugada, situación que debió aclararse, pues para ese momento debían dilucidarse todas las hipótesis posibles.

Manifestó que hay certeza de que los procesados, el 30 de

diciembre de 2006 se encontraban en desarrollo y en cumplimiento de la orden de operaciones "NERON", uno de sus fines era conducir misiones tácticas ofensivas de ocupación y control militar de área, en la jurisdicción del municipio de Bucarasica, y estando precisamente haciendo un control de área, el cual fue ordenado por el superior inmediato, ocurrió el enfrentamiento que dio como resultado la muerte de BOTELLO OVALLES.

Que el finado BOTELLO OVALLES no era un campesino dedicado al agro, como lo quieren hacer ver la Fiscalía, el Ministerio Público y la Parte Civil, ya que gracias al material probatorio se pudo establecer que el occiso era reservista del ejército, lo que indica que si tenía conocimiento en el manejo de armas y explosivos.

Que no se realizó el cotejo entre las vainillas halladas en el sitio de los hechos tiempo después, con las armas de dotación de los uniformados, ya que a cada miembro de la fuerza pública se le entrega un arma con referencia propia, y de la cual, según se tiene entendido al ser disparada, deja sobre la vainilla o camisa del proyectil, huellas únicas e irrepetibles por otra arma, lo que hubiese dilucidado el interrogante planteado de que si efectivamente tales vainillas pertenecían o no a los militares.

Que la Fiscalía señala que las pruebas que fueron prácticas en otro tiempo por la Justicia Penal Militar, permanecen incólumes, pero solo se limita a indicarlo, sin hacer un análisis profundo de cada una de ellas, de ahí que a este tiempo existan tantos interrogantes que no pudieron ser resueltos, por falta de diligencia en la búsqueda de elementos de prueba y de la verdad,

o por el paso del tiempo, que inexorablemente borra todo vestigio.

Que el Representante de la Fiscalía no hace siquiera un comentario relacionado con los informes militares, en los que ha quedado claro que la actuación de los mismos, obedecía a un plan militar, preestablecido con anterioridad, de ahí la presencia de estos militares en el lugar y fecha de los hechos.

Que la Fiscalía no puede cimentar una acusación, con los testimonios que obran en la actuación, menos aún con los dictámenes periciales, que en vez de dar claridad sobre la ocurrencia del hecho, confunden cada vez más, ya que no pudo verificarse de manera precisa, ni la posición, ni la distancia, ni la manera en que pudo haber recibido los disparos el señor BOTELLO OVALLES, falencias en la investigación que dejan sin piso la hipótesis de la Fiscalía y del Ministerio Público.

Indicó que en el presente caso no se pudo establecer más allá de toda duda razonable, la verdad real de los hechos materia de investigación, que no se pudo establecer si hubo o no enfrentamiento entre dos grupos -uno por parte del Estado y otro ilegal-, que no se indagó en ningún momento, no solo con los familiares del occiso, sino con las autoridades correspondientes, sobre si el señor BOTELLO OVALLES pertenecía o no a un grupo subversivo; que tampoco se pudo determinar la procedencia de las armas -pistola y granada-, que según el informe militar fueron encontradas junto al cadáver.

Que si le quitaron un arma a BOTELLO OVALLES -occiso- y si este

fue objeto de múltiples amenazas por parte de miembros del ejército, como dicen sus familiares y allegados, no se entiende porque el hermano de él, del cual se tiene en autos que es efectivo del ejército nacional, no informó a sus superiores, con el fin de que se indagara sobre esta posible situación.

Con base en lo anterior, absolvió por duda a los procesados DEYBI SÁNCHEZ DÍAZ, NYLTON CÉSAR FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, ALIRIO VEGA GÓMEZ, JOSÉ ALEJANDRO OSORIO CRUZ, HÉCTOR JULIO CAMPO ROCHA y JOSÉ FRANCISCO MENESES RAMÍREZ del delito de Homicidio en Persona Protegida.

LA APELACIÓN

1. El Doctor MIGUEL ARTURO BUENO AYALA, Representante de la Fiscalía, inconforme con la sentencia proferida por el Juez de Instancia, presentó y sustentó recurso de apelación, indicando esencialmente lo siguiente:

Que de acuerdo a los hechos que nos ocupan, la duda jamás podría ser el pretexto jurídico para absolver a los inculpados, conclusión a la que llegó el A-quo por no haberla extraído de la confrontación de los hechos probados que cada extremo probatorio indicaba, sino de construirla -como así lo afirma-, de la confrontación de la hipótesis de la Fiscalía y de la hipótesis de la defensa, que son dos aspectos totalmente diferentes.

Que la juez de instancia dejó de analizar la declaración del testigo de cargos JOSÉ ONOFRE SÁNCHEZ, la cual no solo recibió

exacto de los soldados que vio cuando sacaban a la víctima de su casa, reiterando que trabajaba y se lo pasaba con la víctima JOSÉ MARTÍN BOTELLO OVALLES, confirmando que la víctima tenía una pistola, la cual le había sido incautada por los soldados días antes de su muerte.

Que esa omisión de la Juez de Instancia, de no leer la declaración referida, es la que la separa de las orientaciones establecidas por la Corte Suprema, respecto a la retractación de los testigos, para inclinarse sobre su criterio personal y descartar dos salidas de un testigo directo, en donde en esencia se observa, que dicha retractación no se justifica sobre una base que haga creíble la misma sobre la facticidad real que inicialmente realizó, por el contrario, en esta última declaración ratifica aspectos puntuales, tal como se refirió.

Que este testigo ONOFRE SÁNCHEZ, es desechado por la primera instancia, entre otras razones, porque su ascendiente ELENA VARGAS PÉREZ, en declaración rendida el 28 de noviembre de 2007, sostuvo que ese día de los hechos a las 6 a.m., observó que su hijo ONOFRE SÁNCHEZ estaba en la casa, dejando de lado el A-quo, que ONOFRE SÁNCHEZ afirmó que cuando vio a los soldados que disparaban al aire enfrente de la casa de la víctima, eran las 5 y 20 de la mañana, hora en que por miedo decidió irse ¹³

para su casa, razón que puede explicar el por qué a las 6 de la mañana su consanguínea lo vio en la casa.

Manifestó que la juez de instancia no tuvo en cuenta que ONOFRE SÁNCHEZ, de acuerdo a la declaración rendida el 2 de junio de 2010, quiso ser inculcado por los soldados, cuando ellos lo buscaron en su casa; que esa circunstancia debió ser analizada en la decisión atacada, para entender que habían razones antecedentes que explicaban el miedo y temor que lo llevó a retractarse después de sus dos salidas verticales e inculcatorias al proceso.

Que los militares no avisaron a autoridad alguna para el respectivo levantamiento del cadáver, incluso el inspector de policía JESÚS EMEL SÁNCHEZ, en declaración señaló que ese día coincidentalmente iba hacia el sector donde ocurrieron los hechos, ya que tenían programa una reunión con el Alcalde de Bucarasica, y los militares habiéndose ellos identificado, no los dejaron pasar, circunstancia que corroboró el Alcalde para ese momento de Bucarasica; que la primera instancia no se preguntó por qué los militares, estando el inspector de policía en el sitio, no lo pusieron al tanto del supuesto enfrentamiento y no dejaron que este practicara las diligencias respectivas.

Que de haber tenido la víctima una granada como se pretendió hacer ver; para qué iba a atacar a una patrulla compuesta por seis soldados, con una pistola calibre 7.65 mm, si utilizando la granada hubiera impactado a todos, teniendo en cuenta el radio de acción de estos artefactos.

topografía hubiera variado de tal manera que hiciera imposible dicha reconstrucción.

Que es claro dicho dictamen técnico pericial, al consagrar que, de acuerdo a las posiciones que dijeron haberse ubicado los inculcados y las trayectorias de los proyectiles, allí en el sitio, era imposible haber impactado a la víctima; que los mismos soldados fueron claros al indicar que ellos habían matado a BOTELLO OVALLES, ya que reaccionaron a los disparos de pistola que venían del sitio donde estaba presuntamente la víctima, y el A-quo de manera insólita entra en grandes especulaciones impertinentes para direccionar en sentido contrario lo que el informe de reconstrucción de los hechos había demostrado.

Por las anteriores razones, solicitó la revocatoria de la sentencia proferida por el A-quo, y en su lugar pidió que se condene a los procesados.

2. El Doctor LUIS RAMÓN PEÑARANDA PEÑARANDA, Agente del Ministerio Público, presentó y sustentó recurso de apelación, contra la sentencia proferida por el A-quo, argumentando básicamente, lo siguiente:

Que existe abundante material probatorio de diferente índole, que nos lleva a predicar de manera imperiosa que los enjuiciados le dispararon de manera indiscriminada al señor JOSÉ MARTÍN BOTELLO OVALLE, sin que existiera combate alguno, es decir, esta muerte fue planeada, pre-acordada por los uniformados para disfrazar la muerte de BOTELLO OVALLE.

Que BOTELLO OVALLE era un humilde ciudadano que se encontraba cerca de su vivienda rural, ubicada dentro de su finca, además de ello tenía conocimiento de la presencia de los militares en ese sector, por ende, no es creíble que haya pretendido agredirlos con una supuesta arma de fuego de corto alcance, junto con dos personas más, los cuales se dieron a la fuga, ya que los uniformados los superaban en armamento.

Que las dos supuestas personas que acompañaban a la víctima, estaban únicamente en la imaginación de los militares, con el único propósito de pretender hacer ver que su actuar se encontraba justificado, tal como lo han referido los procesados en sus respectivas indagatorias.

Que la última declaración del testigo ONOFRE SÁNCHEZ, en la cual se retracta, atenta contra la misma lógica, tal como lo refirió de manera acertada el Representante de la Fiscalía, toda vez que dicho testigo inicialmente manifestó el número aproximado de militares que había observado, anotando otras circunstancias muy particulares, como la amistad que tenía el testigo con la víctima, es tan así que le colaboraba con el pastoreo de un semoviente, precisamente realizando estas labores fue que pudo observar lo que expuso inicialmente; por lo tanto, no es de recibo que dicho

testigo se haya retractado con el argumento de que había recibido presiones por parte del padre de la víctima.

Con base en lo anterior, el Agente del Ministerio Público solicitó la revocatoria de la sentencia proferida por el Juez de Instancia, y en su lugar pidió que se condenen a todos los enjuiciados.

ALEGATOS DE LOS NO RECURRENTES

El apoderado de los procesados, solicitó no desatar los recursos de alzada de los apelantes por no haberlos sustentado en debida forma. Así mismo, pidió como petición subsidiaria -en caso de que no prospere la petición principal-, que se confirme integralmente la sentencia objeto de alzada, desestimando el recurso interpuesto por el Representante de la Fiscalía y por Agente del Ministerio Público.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto y sustentado por el REPRESENTANTE DE LA FISCALÍA y por el AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO, contra la sentencia de fecha 18 de junio de 2013 por medio de la cual el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cúcuta, absolvió por duda a los procesados DEYBI SÁNCHEZ DÍAZ, NYLTON CESAR FERNANDEZ RODRÍGUEZ, ALIRIO VEGA GÓMEZ, JOSE ALEJANDRO OSORIO CRUZ, HÉCTOR JULIO CAMPO ROCHA y JOSÉ FRANCISCO MENESES RAMÍREZ del delito de Homicidio en Persona Protegida.

que, independientemente de la extensión del alegato de sustentación de una apelación (lo cual es irrelevante) lo fundamental es que tal sustentación sea un verdadero cuestionamiento a la providencia recurrida, como lo realizaron los recurrentes.

Por consiguiente, y una vez examinadas las piezas procesales que integran el expediente, el pedimento de los recurrentes y la postura del A-quo, así como las normas sustanciales e instrumentales pertinentes, señalará la Sala desde el inicio que la decisión impugnada será revocada, por las siguientes razones:

Procesalmente, se encuentra demostrada la ocurrencia de los nefastos hechos materia de investigación, por cuanto se ha establecido con la prueba documental y pericial (Acta de Inspección Judicial a Cadáver⁷ - Protocolo de Necropsia y su respectiva ampliación* ^{**} y el Certificado de Defunción⁹) que JOSÉ MARTÍN BOTELLO OVALLES, murió de manera violenta por lesiones causadas con arma de fuego.

La vinculación de los acá procesados se realizó conforme a la denuncia presentada por RAFAEL BOTELLO GUTIÉRREZ -padre del

Ver fotos 14-15 del Cuaderno Ordinal 2 de 1* inst.

Ver Folios 72 al 77 del C.O. * 2 de 1* Inst. y Folio 271-272 del C.O. 4 de 1* Inst

* Ver Folio 261 del Cuaderno Original #1 de 1* Inst.

finado JOSÉ MARTÍN BOTELLO OVALLES¹⁰, y a las diferentes declaraciones de los familiares y conocidos de la víctima BOTELLO OVALLES¹¹, los cuales señalaron que nunca se presentó el combate que refieren los miembros del ejército, y que los uniformados fueron los que mataron a BOTELLO OVALLES, ya que este no era guerrillero sino un campesino dedicado a las labores del agro.

Por otro lado, los procesados DEYBI SÁNCHEZ DÍAZ, NYLTON CÉSAR FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, ALIRIO VEGA GÓMEZ, JOSÉ ALEJANDRO OSORIO CRUZ, HÉCTOR JULIO CAMPO ROCHA y JOSÉ FRANCISCO MENESES RAMÍREZ -todos ellos orgánicos del Batallón de Infantería No. 15 "Santander", para la época de los hechos-, señalaron como argumento defensivo, lo siguiente:

El enjuiciado DEYBI SÁNCHEZ DÍAZ en diligencia de indagatoria rendida el 8 de febrero de 2007 ante la Justicia Penal Militar¹⁷, al relatar las circunstancias modales y temporales que rodearon el hecho, señaló: "... Yo salí a las 05:10 aproximadamente salí con 5 soldados para hacer lo ordenado, el puntero de nosotros era el SLP. FERNANDEZ Yo iba de segundas (sic), estábamos haciendo el registro por toda la carretera; eran como las 05:45 horas no era muy claro el día estaba nublado; nos aproximamos a una curva el puntero hizo un alto por que escucho (sic) unos ruidos, salimos por la carretera hacia una cuneta, se escuchaba que venían varias personas por la carretera y el hizo el llamado a viva voz y se identificó como que éramos tropas del Ejército, cuando el puntero grito (sic) en ese momento las personas que venía

¹⁰ Ver Folio 1 a. 3 del Cuaderno Original #1 de 1* In\$1.

¹¹ Ver Folio 14 y sgts. del Cuaderno Original U 1 dv 1* In\$1.

¹⁷ Ver Folio 39 al 42 del Cuaderno Original # 2 de 1* In\$1.

reaccionaron haciendo varios disparos; y se abrieron, nosotros reaccionamos al contacto, en el cruce de disparos se dio como resultado el sujeto muerto; ellos trataron de pasar una cerca de alambre y los otros dos se fueron por un cafetal hacia abajo y el sujeto a/ parecer fue el último que intentó pasar, como no se ve/a bien después hicimos un registro y lo encontramos muerto, aseguramos el área, le informe a mi Capitán y a mi Primero de /o que había pasado..."

Así mismo, refirió, cuando se le preguntó por los elementos que le fueron encontrados al occiso: "una pistola calibre 7.65 y un cuchillo grande y una granada de mano". Igualmente en ampliación de indagatoria rendida el 4 de febrero de 2009 ante la Justicia Ordinaria¹³, ratificó sus dichos, señalando que por dicha operación recibió una felicitación en la hoja de vida. SÁNCHEZ DÍAZ, corroboró sus afirmaciones en ampliación de indagatoria rendida el 19 de julio de 2011¹⁴.

Por su parte, el acusado NYLTON CESAR FERNÁNDEZ RODRIGUEZ en diligencia de indagatoria rendida el 8 de febrero de 2007 ante la Justicia Penal Militar¹⁵, al relatar las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon el hecho, manifestó: "La orden era hacer un control del área sobre las horas de la madrugada, se salió al registro y llevábamos un avance de un Kilómetro y medio, en una revuelta yo escuche voces y yo hice el alto e identificación de ser tropas del Bisan, para ver que observaba ya que todo estaba nublado, entonces al escuchar voces yo me quede quieto en la carretera y cerca había un cafetal, en ese momento yo grite

¹³ Ver Folio 216 al 222 del Cuaderno Original U 3 (Je 1* Inst.

¹⁴ Ver Folio 143 al 150 del Cuaderno Original < 5 de 1* Inst.

¹⁵ Ver FcSo 34 si 38 del Cuaderno Original < 2 fie 1* Inst.

que alto, que quien venía, cuando escucharon eso fue que escuche el fogonazo, y me bote al barranco y los que venían detrás mío empezaron a reaccionar, nosotros no nos dimos cuenta de lo que había pasado ya que nos dedicamos a tomar posiciones, cuando nos arrastramos y nos dimos cuenta que había un sujeto dado de baja enredado en una cuerda de alambre, aseguramos el alrededor, y no tocamos a nadie y solicitamos que subiera apoyo, cuando ya subimos estábamos (sic) y vimos al muerto con una pistola y un puñal, de ahí quedo encargado el capitán y el sargento y nosotros nos retiramos..”

Del mismo modo, adujo cuando se le preguntó por los elementos que le fueron encontrados al finado: "una pistola 7.65 y una granada de fragmentación y un cuchillo". Así mismo, en ampliación de indagatoria rendida el 4 de febrero de 2009 ante la Justicia Ordinaria¹⁶, ratificó sus dichos, aduciendo que por dicha baja en combate recibió una felicitación en la hoja de vida.

El procesado ALIRIO VEGA GÓMEZ, en diligencia de indagatoria rendida el 8 de marzo de 2011 ante la Justicia Ordinaria¹⁷, señaló respecto de las circunstancias modales y temporales que rodearon los hechos, lo siguiente: "Ese día nos botaron los carros más arriba de la San Juana y nos fuimos desplazando poco a poco hasta llegar donde fuimos abastecidos el 30 a la mañana, teníamos el orden de hacer un registro por la parte de arriba donde nos encontrábamos, al mando de un Cabo y cinco soldados, salimos como a las cinco y diez de la mañana del día 30 salimos arriba de la carretera que conduce al Cajón de Agua

¹⁶ Ver Folio 223 al 228 del Cuaderno Original # 3 de 1* Inst

¹⁷ Ver folio 87 al 92 del Cuaderno Original # 5 de 1* Inst

Sentencia de Segunda Instancia Ley 600/2000
Rad. 54-001-31-04-004-2012-00152-02
Procesados: DEYBI SÁNCHEZ DÍAZ, y OTROS.
Delito: HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA.

Blanca cuando íbamos caminando cuando en una curva el puntero escuchó unas voces que venían de la parte de arriba de la carretera y el puntero hizo la voz de alto que éramos tropa del Batallón Santander cuando ellos comenzaron a dispararnos, cuando escuchamos los disparos fue que nos extendimos en el piso y reaccionamos hacia donde nos estaban disparando, yo reaccione hacia el fado derecho donde se encontraba el cafetal y como estaba muy tapado de neblina después que paso todo fuimos a mirar hacia delante donde fuimos atacados para asegurar el terreno donde nos encontrábamos cuando nos dimos de cuenta que había un muchacho ahí botado en el piso."

De la misma forma, refirió cuando se le preguntó por los elementos que le fueron encontrados a BOTELLO OVALLES -víctima-: "una pistola yo la vi, pero no se de que calibre era, una granada de mano y un cuchillo".

Por su parte, JOSÉ ALEJANDRO OSORIO CRUZ en diligencia de indagatoria rendida el 8 de febrero de 2007 ante la Justicia Penal Militar¹⁸, al relatar las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon el hecho, indicó: "Se inició un registro del área y control el día 30 de diciembre a eso de las 05:45 estábamos retirados del sitio de vivac, en ese momento pasaron unos sujetos y cuando les hicimos la voz de alto, ellos reaccionaron disparándonos y corrieron mientras nos disparaban, nosotros reaccionamos al fuego y posteriormente hicimos un registro y encontramos a un sujeto muerto tirado en un cerca (sic), por que los otros se fueron cuesta a bajo (sic). En ese momento le avisamos a/ CT. VEIASQUEZ comandante de la compañía, el vino

¹⁴ Ver Foto 30 al 33 del Cuaderno Original # 2 de 1* Insl.

y se le avisó a Mi Coronel, esperamos un rato para la orden de levantamiento y dieron la orden de llevarlo a un helipuerto y lo evacuaron hacia Ocaña (N.S)...”

Igualmente adujo cuando se le preguntó por los elementos que le fueron encontrados al finado: "Una pistola una granada y un cuchillo". Así mismo, en ampliación de indagatoria rendida el 5 febrero 2009 ante la Justicia Ordinaria¹⁵, ratificó sus argumentos, aduciendo que por dicha operación recibió jna felicitación:

HÉCTOR JULIO CAMPO ROCHA, en diligencia de indagatoria rendida el 5 de febrero de 2010 ante la Justicia Ordinaria¹⁶, al relatar las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon el hecho, manifestó: "...el día 30 en la madrugada nos mandaron, fe dieron la orden a! Cabo SANCHEZ y el Cabo SANCHEZ nos aviso a nosotros que teníamos que hacer un registro, como a las 5:10 de la mañana realizamos el registro, entonces aproximadamente como a los 40 minutos se presentó el problema ese de que el puntero FERNANDEZ hizo la proclama que eramos (sic) tropas del Batallón Santander y fue respondido a fuego, cuando hizo ja proclama le respondieron a fuego y de allí reaccionamos todos, los punteros reaccionaron hacia el punto de vista que ellos llevaban que era hacia delante y nosotros los últimos reaccionamos hacia atrás brindando la seguridad de los de adelante (...) yo y MEN ESES reaccionamos pues nosotros reaccionamos hacia la parte de atrás tratando que el enemigo no se viniera por detrás por la retaguardia, reaccionamos tirándonos a! piso, en ei momento de la reacción no disparamos porque no

¹⁵ Ver Folio 241 «i 247 del Cuaderno Original tr 3 de 1* Inst.

¹⁶ Ver Folio 228 al 234 del Cuaderno Original & 3 de 1* inst

veíamos absolutamente nada hacia adelante o donde fue hostigado los punteros los que iban adelante, no teníamos visualidad, no alcanzábamos a ver nada. "

De la misma forma, agregó que "esperamos que se aclarara que saliera el sol, duramos como 35 a 40 minutos aproximadamente que se aclare (sic) para evitar algún campo minado o que nos estuvieran esperando más adelante, yo con MEN ES ES permanecimos en la seguridad en la misma posición hacia atrás allí nos mantuvimos en esa seguridad mientras que el cabo ordeno (sic) hacer el registro, fueron unos muchachos a hacer el registro no me acuerdo cuales porque yo estaba atrás de seguridad, en todo caso ellos tomaron posición de seguridad hacia delante, cuando escuche que habían dado de baja a un subversivo ya a! rato ya estaba claro, no me acuerdo que horas eran aproximadamente de 5:45 a 6:00 de la mañana fue cuando escuche que habían dado de baja a un subversivo. "

Igualmente manifestó que por dicha baja en combate recibió una felicitación en la hoja de vida. CAMPO ROCHA, ratificó sus dichos en diligencia de ampliación de indagatoria del día 19 de julio de 2011²¹.

El enjuiciado JOSÉ FRANCISCO MENESES RAMÍREZ, en diligencia de indagatoria rendida el 5 de febrero de 2010 ante la Justicia Ordinaria⁷, al relatar las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos, indicó: "...nos dieron ja orden para subimos al sector de Bucarasica para control de área, a nosotros nos dan unas coordenadas para uno ¡llevar a cabo para la

²¹Ver folios 168 al 170 del Cuaderno Original # 5 de 1* Inst.

⁷Ver folios 235 al 24C del Cuaderno Original # 3 de 1* Inst.

desplazamiento fue cuando escuche unos disparos y en ese momento yo tomé posición de cubierta y protección al escuchar los disparos y que reaccionaron los que iban adelante míó (sic), adelante míó (sic) iba CAMPO ROCHA como a unos 6 a 8 metros que no lo alcanzaba a ver pero si escuchar y como normal no podía quedarme de pie tome mi posición de tendido hacia la parte de atrás en la retaguardia en el último lugar, alcance a escuchar los disparos más o menos inmediatamente escuche los disparos de nosotros..."

De la misma forma, indicó: "...yo mirando hacia el fado de atrás pegado al barranco y al voladero, inmediatamente fue cuando escuché un tropel de rastroteo como un corredizo de alguien fue cuando reaccione hacia el lado del hueco haciendo unos disparos y lanzando una granada de mano y me quede en posición en la parte de atrás escuchando al soldado CAMPOS que estaba delante míó (sic) y pendiente en la retaguardia que no nos apareciera alguien, sin saber si de pronto fuera una emboscada o algo preparado, allí nos quedamos hasta que amaneció eran aproximadamente entre 5:30 a 5:50 de la mañana ahí amanecemos hasta que aclaró y despejó porque estaba muy nublado..."

Igualmente adujo cuando se le preguntó por los elementos que le fueron encontrados al finado: "*Si escuche más no ja vi una pistola y una granada*". MENESES RAMÍREZ, ratificó sus dichos en diligencia de ampliación de indagatoria del día 19 de julio de 2011²³.

Para la Sala, no son de recibo los argumentos que refieren los procesados para justificar su supuesta baja en combate, toda vez que la valoración conjunta de los medios de prueba que reposan en la actuación demuestra todo lo contrario, permitiendo deducir sin dubitación alguna la responsabilidad penal de DEYBI SÁNCHEZ DÍAZ, NYLTON CÉSAR FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, ALIRIO VEGA GÓMEZ, JOSÉ ALEJANDRO OSORIO CRUZ, HÉCTOR JULIO CAMPO ROCHA y JOSÉ FRANCISCO MENESES RAMÍREZ, veamos:

De acuerdo a lo obrado en el sumario, se tiene que en la madrugada del 30 de diciembre del año 2006, el señor JOSÉ MARTÍN BOTELLO OVALLES -víctima-, se quedó solo en su residencia ubicada en la Vereda "El Alto" del corregimiento de Mundo Nuevo -Bucarasica-, puesto que su compañera permanente DIANA CAROLINA ROJAS CELIS tuvo que salir de la vivienda a las 5:00 de la mañana para llevar a su menor hijo al médico, el cual se encontraba enfermo²⁴; tal como lo corrobora la constancia proferida por la E.S.E. Hospital Regional Norte del municipio de Bucarasica²⁵.

De la misma manera, debemos tener en cuenta lo manifestado por algunos allegados de la víctima, como lo fueron RAFAEL

²³ Ver Folio 165 a) 167 del Cuaderno Original 15 de 1* Inst.

⁵⁴ Ver Folio 112 al 116 del Cuaderno Original » 1 de 1* Inst.

⁵⁵ Ver Folio 282 del Cuaderno Original » < de 1* Inst

la casa había quedado abierta, y que no había ordeñado una vaca que tenía en el predio como usualmente lo realizaba, ya que este animal, así como cría, fueron escuchadas mugiendo hasta bien entrada la mañana; así mismo, el televisor en la residencia estaba encendido y ninguna persona se encontraba en ella. Por tal razón, se puede inferir que la salida de BOTELLO OVALLES de su vivienda esa mañana de los hechos fue abrupta, intempestiva e involuntaria.

Lo anterior, lo corroboró el señor JOSÉ ONOFRE SÁNCHEZ VARGAS -conocido de la víctima-, en declaración del 26 de enero de 2007⁷⁹, dicho testigo señaló: "Yo iba el sábado 30 de diciembre del año pasado a buscar la vaca, a sacarla del potrero por el cafetal porque me queda más cerquita, por eso no me subí a la carretera y yo cuando iba llegando a la casa escuche los tiros fueron antes de sacarlo de la casa, sonaron los tiros, vi cuando se lo llevaron entre cinco o seis, vi cuando recogían las casaca ras (sic) de los tiros que hicieron, yo cuando vi que se lo llevó el ejército me fui para la casa, yo no pensé que se lo iban a llevar para matarlo, ya me encerré allá en la casa y al rato cuando

⁷⁸ Ver Folie 1 al 3 del Cuaderno Original # 1 de 1* Inst.

⁷⁹ Ver Folie 112 a' 115 del Cuaderno Original # 1 de 1* Inst.

⁸⁰ Ver Folio 93 de: Cuaderno Original #1 de 1* Inst

⁸¹ Ver Foto 22-23 del Cuaderno Original # 1 de 1* Inst

pasaron los tiros porque ellos hicieron tiros como hasta las cinco y veinte de la mañana y los tiros fueron al aire porque yo los vi disparar a/ aire cuando estaban abajo en ja casa de JOSE MARTIN (...) pero yo vi cuando a JOSE MARTIN lo sacó el ejército, lo llevaban vivo, él lo único que les dijo fue: DEJENMEN (sic) QUIETO HIJUEPUTAS MALPARIDOS (sic) el llevaba un busito azul y un pantalón jean y unos zapatos marrones. Yo lo vi (sic) hasta que lo sacaron y ahí yo me regrese para la casa mía. " (Negrillas de la Sala). SÁNCHEZ VARGAS, ratificó lo anterior, en declaración rendida el 27 de abril de 2007³⁰.

El señor SÁNCHEZ VARGAS, se retractó de sus dichos en declaración del 2 de junio de 2010³¹ -pasados tres años aproximadamente-, señalando que el padre de la víctima era el que le había dicho lo que tenía que decir, y que en esa época tenía miedo por su vida y la de su familia porque se comentaba que los hijos del señor RAFAEL BOTELLO GUTIÉRREZ -padre de la víctima-, pertenecían a grupos al margen de la ley.

Observa la Sala, que SÁNCHEZ VARGAS en dicha declaración refirió: " Yo de eso no se nada, el Ejército fue el que estuvo en la casa mía a decirme que yo era el otro que estaba con JOSE MARTIN, que yo era el que me había volado.". SÁNCHEZ VARGAS, ratificó su retractación en declaración rendida el 16 de marzo de 2011³².

Para la Sala, no son de recibo los argumentos que expuso SÁNCHEZ VARGAS para retractarse de sus declaraciones iniciales,

³⁰Ver Folio S5 al S7 del Cuaderno Original # 1 cie 1* Insl.

³¹ Ver Folio 121 al 123 del Cuaderno Original # 4 de 1* Insl.

³² Ver Folio 54 al 56 del Cuaderno Original # / de 1* Inst.

claro ejemplo de esto, fue lo que percibieron RAFAEL BOTELLO GUTIÉRREZ -padre víctima-, DIANA CAROLINA ROJAS CELIS -compañera permanente de la víctima-, y JUAN PABLO BOTELLO OVALLE -hermano de la víctima-, en la vivienda del finado, infiriéndose que el día de los hechos BOTELLO OVALLES salió de manera irregular de su residencia, tal como lo señaló el propio testigo SÁNCHEZ VARGAS.

Así mismo, reposan testimonios de familiares y conocidos de la víctima, como es el caso su padre RAFAEL BOTELLO GUTIÉRREZ, de sus hermanos RAMÓN ALIRIO BOTELLO OVALLES³³ y JUAN PABLO BOTELLO OVALLE, de su compañera permanente DIANA CAROLINA ROJAS CELIS, de algunos vecinos como OCTAVIO CELIS OVALLOS³⁴, ELENA VARGAS PÉREZ³⁵, ELY SAMUEL ARÉVALO RIVERA³⁶ y ABEL ESCALANTE RAMÍREZ³⁷, quienes fueron enfáticos en señalar que la víctima BOTELLO OVALLES era un agricultor, sin ningún tipo de antecedentes y sin ningún vínculo con organizaciones al margen de la ley; dichos vecinos indicaron que no les consta que la familia de la víctima hubiese tenido vínculos con grupos al margen de la ley.⁵⁵

⁵⁵ Ver Folio 14 al 15 del Cuaderno Original » 1 de 1* Inst

³⁴ Ver Folio 242 al 245 del Cuaderno Original # 1 de 1* Inst.

³³ Ver Folio 246 al 249 del Cuaderno Original # 1 de 1* Inst

³⁶ Ver Folio 250 al 253 del Cuaderno Original * 1 de 1* Inst.

³⁷ Ver Folio 254 al 255 del Cuaderno Original # 3 1 de 1* Inst

Estas declaraciones, a diferencia del criterio errado del A-quo, nos muestran a la víctima como una persona totalmente diferente al que los enjuiciados y el señor ANTONIO RIVERA JAIMES -persona con la cual la víctima tuvo un altercado- pretenden hacer ver, descartando de esta forma la hipótesis planteada por ellos, en el sentido de que la víctima era un miembro de la guerrilla.

Así mismo, dichos medios de prueba, corroboran lo declarado inicialmente por el testigo SÁNCHEZ VARGAS y desvirtúa lo expuesto en sus posteriores retractaciones, en cuanto a que había declarado por miedo de que algo le pudiera pasar a él y a su familia, puesto que se comentaba que los hijos del padre de la víctima, pertenecían a grupos al margen de la ley.

Igualmente debemos tener en cuenta que según lo señalado por el propio SÁNCHEZ VARGAS, los procesados fueron a su vivienda, acusándolo de haber estado junto a BOTELLO OVALLES en el supuesto enfrentamiento armado, es decir, lo quisieron involucrar en el supuesto contacto armado, acusándolo de ser uno de los que había huido del lugar; esta situación sin lugar a dudas pudo haber influido para que dicho testigo se retractara de sus declaraciones iniciales, máxime cuando algunos de los comprometidos en el suceso, trataron de presionar a las personas de la región, para que declararan a favor de ellos en la presente causa, tal como lo refirió bajo la gravedad de juramento SOR ISMELDA RODRÍGUEZ MIRANDA³⁸.

Se debe precisar, que si bien, en las declaraciones iniciales del señor SÁNCHEZ VARGAS se aprecian algunas imprecisiones,

¹¹ Ver folios 204 al 206 de Cuaderno Original » 4 de 1* Insl

también lo es que estas no son de tipo sustancial, como para restarle total valor probatorio a las mismas, ya que dicho testigo es totalmente claro y puntal al señalar que conocía a la víctima BOTELLO OVALLES desde pequeño, que trabajaba con él desde hace aproximadamente cuatro años, que BOTELLO OVALLES era una persona sin ningún tipo de antecedentes y sin ningún vínculo con organizaciones al margen de la ley, y que el día de los hechos miembros del ejército lo sacaron de su residencia.

Por lo tanto, para la Sala resultan débiles y reforzados los argumentos que tuvo en cuenta el A-quo al momento de valorar las diferentes declaraciones que reposan en la actuación, y en particular las distintas declaraciones del testigo SÁNCHEZ VARGAS, ya que como lo ha reiterado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia³⁹, si un testigo se retracta de sus afirmaciones iniciales, esto no desvirtúa necesariamente el contenido de lo expresado en su momento, puesto que el juzgador debe analizar en conjunto la prueba practicada, según la sana crítica, para establecer cuándo dijo la verdad el testigo.

De otro lado, aprecia la Sala en la actuación, el Informe Investigador de Laboratorio -FPJ-13-, No. 566305 del 21 de octubre de 2010 relacionado con las diligencias de inspección en el lugar de los hechos⁴⁰, en dicho informe se indicó: *"teniendo en cuenta las versiones recibidas en diligencia de Inspección Judicial, las fotografías vistas a los folios 50 y 51 del cuaderno original 2, las lesiones y trayectorias relacionadas en el Protocolo de Necropsia 2006P-04050400183, así como i a respectiva ampliación,*

³⁹ Sentencia 36102, jun 26'13, M. P. José Leónidas Bustos.

⁴⁰ Ver Folio 7 al 14 del Cuaderno Original n° 5 de 1* Inst

Sentencia de Segunda Instancia Ley 600/2000
Rad. 54-001-31-04-004-2012-00152-02
Procesados: DEYBI SÁNCHEZ DÍAZ, y OTROS.
Delito: HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA.

en el cual se informa que las lesiones del orificio descrito en numeración 1.1, causan el fallecimiento de forma inmediata sin posibilidad de movilidad y desplazamiento. De lo anterior, se puede establecer que la víctima recibe el impacto, encontrándose de frente a la boca de fuego del tirador o tiradores; determinándose que el sentido de disparo de las versiones narradas no son concordantes con la posición final del cuerpo al igual que la trayectoria que presenta el occiso, como se puede observar en el video animado adjunto. "(Negrillas de la Sala).

Así mismo, encontramos el Informe Investigador de Laboratorio No. 576375 del 10 de diciembre de 2010, por medio del cual se amplió el informe previamente referido -No.566305 del 21 de octubre de 2010-⁴¹, en dicho informe se concluyó: "De acuerdo a los análisis de la diligencia de inspección judicial con reconstrucción de hechos realizada durante los días 11 al 16 de agosto del año en curso, en la vereda el Alto, corregimiento del municipio de Bucarasica (Norte de Santander), del cual se dio respuesta en el informe 566305 de fecha 2010-10-21, y correspondiente a la orden de trabajo 6661, las fotografías vistas a folios 49 y 51 del cuaderno original 2, la ampliación al protocolo de necropsia y demás piezas procesales de interés balístico, nos permiten establecer que debido a las lesiones, la víctima al recibir el disparo en la región retroauricular derecha, con orificio de salida en la región occipital derecha, generando trayectoria en el plano coronal antero-posterior, dicha lesión le causa el fallecimiento de forma inmediata sin la posibilidad de movilidad y desplazamiento, motivo por el cual, se determino (sic) que las

* Ver Folio 72 al 76 del Cuaderno Original # 5 de 1* InSI

versiones de los soldados, generan trayectorias contrarias a la dirección de la trayectoria generada por la lesión antes descrita, así como se observa en las ilustraciones 1 a [^](Negrillas de la Sala),

Debemos indicar, que resultan superfluos los argumentos que tuvo en cuenta el juez de instancia para restarle credibilidad a los informes de inspección judicial con reconstrucción de los hechos, ya que el A-quo plantea una serie de inconsistencias (v.gr. que si la zona donde ocurrieron los hechos guardaba sus mismas características; acerca de la luminosidad, ya que la reconstrucción de los hechos se realizó a diferente hora de la ocurrencia de los mismos; acerca de la dinámica del cuerpo del occiso; que no se determinó la trayectoria de los disparos del occiso, etc.), para efectos de restarle valor probatorio, cuando dichos informes permiten descartar la posibilidad del supuesto enfrentamiento armado, pues dejó sin fundamento las versiones de los encausados, quienes personalmente recrearon la escena de los hechos⁴².

Igualmente un hecho que riñe con las reglas de la lógica y con las máximas de la experiencia, es que si supuestamente el señor BOTELLO OVALLES -víctima-, tenía en su poder una granada como lo refieren los informes del ejército⁴³, para que iba a atacar a una patrulla militar -la cual se encontraba bien equipada- con una pistola de fabricación artesanal calibre 7.65mm⁴⁴, si por el ostensible desequilibrio de fuerzas en que se encontraba, era más

⁴² Ver Foto 241 y \$grs. del Cuaderno Original n° de 1ª Inst.

⁴³ Ver F6.0 279 y sgts., del C.O. n l.y Folio 17 del C O » 2 de 1ª Inst.

⁴⁴ Ver Foto 128-129 del Cuaderno Original 1 de 1ª Inst

factible haber utilizado la granada, con la cual hubiera causado el supuesto daño querido y hubiese podido escapar.

En este punto debemos señalar, que si bien el finado BOTELLO OVALLES aproximadamente un mes antes de los hechos había adquirido una pistola calibre 7.65 milímetros, para defenderse del señor ANTONIO RIVERA JAIMES, persona con quien tenía una grave enemistad y quien había atentado contra su vida, tal como lo corrobora la Historia Clínica allegada al sumario⁴⁵; no es menos cierto que esa pistola fue incautada por miembros del ejército, como lo comentó la propia víctima a JOSÉ ONOFRE SÁNCHEZ VARGAS, DIANA CAROLINA ROJAS CELIZ, MILDRED PASTRANA ESCOBAR y a JUAN PABLO BOTELLO OVALLOS.

Del mismo modo, en el presente caso objeto de estudio, se advierte el propósito de ocultar la verdad sobre el supuesto "enfrentamiento armado" que ocurrió, ya que el ejército no permitió que se llevara a cabo la diligencia de levantamiento de cadáver del señor BOTELLO OVALLES en el mismo sitio donde se le ocasionó su muerte -vereda "El Alto" corregimiento Mundo Nuevo, jurisdicción de Bucarasica-, con el pretexto de que se trataba de una zona de acceso difícil y de razones de seguridad¹⁶, cuando por el contrario se sabe, de acuerdo a las constancias del proceso, que el lugar donde ocurrieron los hechos se encuentra ubicado aproximadamente a una hora a pie desde el casco urbano del municipio de Bucarasica, y ese mismo día después de una hora de sucedidos los mismos, se hallaban en aquel sector el Alcalde de Bucarasica, el Párroco y su comitiva, pues se dirigían a

⁴⁵ Ver Fólío 11 -12 de! Cuaderno Original n 3 de 1* inst.

⁴⁶ Ver Fólío 18 del Cuaderno Original t 2 de 1* Inst.

diciembre de 2006, pues ningún miembro del Ejército ejerció su deber sobre el hecho o lo requirió para realizar tal levantamiento⁴⁸. Así mismo, los militares que participaron en el hecho únicamente se limitaron a tomar 3 fotografías del cuerpo sin vida del señor BOTELLO OVALLES⁴⁹, donde no se aprecia por ninguna parte la pistola, la granada y el cuchillo, que fueron reportados en el Informe del Ejército como elementos hallados en poder del finado⁵⁰.

En efecto, en el presente caso objeto de estudio, las circunstancias previas, concomitantes y posteriores a su eliminación, imposibilitan aceptar que la muerte del señor BOTELLO OVALLES se hubiera producido en desarrollo de un enfrentamiento armado, resultando irrefutable que los procesados como miembros del Batallón de Infantería No. 15 "Santander", estaban vinculados mediante un encuentro de voluntades que los convocaba alrededor de un mismo fin común, como era llevar a cabo el llamado "*Falso Positivo*" en contra del señor BOTELLO OVALLES -ciudadano ajeno inerte al conflicto armado-, en virtud del cual lo asesinaron, colocándole la pistola, la granada y el cuchillo referenciado, para después mostrarlo ante sus superiores

⁴⁸ Ver Folio 195 y sg'..s.. del Cuaderno Original; # 4 de 1* Inst.
⁴⁹ Ver Folio 275-276 de. Cuaderno Original # 4 de 1* Inst.

⁴⁹ Ver Folio 48 y sgts.. del Cuaderno Original v2 do 1* Inst.

⁵⁰ Ver Folio 17 del Cuaderno Original # 2 de 1* Inst.

como baja de un grupo guerrillero en el supuesto combate que ocurrió, con el fin de obtener beneficios, que en el presente caso fueron felicitaciones en la hoja de vida.

Así mismo, se debe señalar que en este evento, existió por parte de los orgánicos del Batallón de Infantería No. 15 "Santander", una organización de personas, para efectos de realizar la ejecución extrajudicial del señor BOTELLO OVALLES, acordando las acciones a realizar y los objetivos que pretendían alcanzar, estableciéndose una jerarquía y una división de trabajo entre sus miembros, ya que hubo uniformados que realizaron labores logísticas que fueron importantes para el éxito de dicha acción delictiva, labores que constituyeron aportes trascendentales, tal como es el caso de los aquí acusados, los cuales idearon el supuesto escenario de combate donde se le dio muerte al señor BOTELLO OVALLES, y además de ocultar la verdad de lo que ocurrió, sin justificación alguna pretendieron atribuir el suceso a la propia víctima.

Sostener que la intervención militar estaba amparada por la denominada Misión Táctica No. 02 "DEPREDADOR"⁵¹, en caso alguno sirve al propósito de poder justificar o siquiera explicar, en relación con la muerte de BOTELLO OVALLES, las circunstancias en que la misma se produjo. Por el contrario, los procesados asumieron que encontrándose desarrollando actos propios del servicio durante las fechas en que hicieron presencia en el municipio de Bucarasica (N.S), debían quedar comprendidas también aquellas conductas absolutamente marginadas de sus

^M Ver Folk> 97 y Sgt\$, tfe Cuadomo Original #2 de 1* Inst.

deberes funcionales, conforme sucedió con la inexplicable ejecución de aquél.

Es reprochable desde todo punto de vista que los procesados como agentes estatales, investidos de funciones conferidas para proteger la vida, honra, bienes, derecho e intereses de los ciudadanos y haciendo uso de los bienes dispuestos en procura de la realización de los fines constitucionales, hayan incurrido en conductas principalmente censuradas por nuestra Carta Magna.

Para concluir debemos indicar, tal como lo ha referido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁵², que la víctima, al no tener la condición de combatiente, ni participar en las hostilidades propias del conflicto armado interno colombiano, tenía el carácter de civil, y como tal, gozaba del status de persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario, de manera que, la conducta de los militares que dispararon sus armas causándole la muerte, configura sin duda alguna una violación grave del Derecho Internacional Humanitario, y como tal, se adecúa al artículo 135 de la Ley 599 de 2000, por el cual fueron acusados.

Con base en todo lo anterior, la absolución proferida a favor de los enjuiciados, se revocará.

CALIFICACION JURIDICA DE DEYBI SANCHEZ DIAZ, JOSÉ
ALEJANDRO OSORIO CRUZ, NYLTON CÉSAR FERNÁNDEZ
RODRÍGUEZ, HÉCTOR JULIO CAMPO ROCHA, JOSÉ FRANCISCO

⁵² Sentencia 36460. agos. 2B/13. M. P. MARIA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ.

MENESES RAMÍREZ y ALIRIO VEGA GÓMEZ, CONFORME A LA RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN QUE SE PROFIRIÓ EN SU CONTRA:

* ARTÍCULO 135. HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, ocasione la muerte de persona protegida conforme a los Convenios Internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia, incurrirá en prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años, multa de dos mil (2.000) a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años.

Punibilidad

De acuerdo a estipulado en el Art. 61 del C.P., para efectos de la correspondiente individualización de la pena a imponer, por el delito de Homicidio en persona protegida, que consagra una pena de prisión de 30 a 40 años, esto es, de 360 meses a 480 meses de prisión, y multa de 2000 a 5000 S.M.L.M.V; en aplicación al sistema de cuartos tenemos que son los siguientes:

Mínimo	Medio	Medio	Máximo
360 a 390 meses, y multa de 2000 a 2750 S.M.L.M.V.	390 a 420 meses, y multa de 2750 a 3500 S.M.L.M.V	420 a 450 meses, y multa de 3500 a 4250 S.M.L.M.V .	450 a 480 meses, y multa de 4250 a 5000 S.M.L.M.V.

Ahora bien, considerando que no se tienen circunstancias

meses de prisión -equivalente a 30 años- y multa de 2000

S.M.L.M.V. Lo anterior, por cuanto si bien es cierto, se hace imperioso imponer una sanción a los procesados por haberse apartado de su rol funcional, sin medir las consecuencias de su erróneo accionar, no se observa la necesidad de imponer una pena más gravosa.

Para la Sala es pertinente pronunciarse sobre la cantidad de pena accesoria impuesta de la siguiente manera: La pena de prisión que se determinó es de 360 meses -equivalente a 30 años-, por ende, debemos preservar el principio de legalidad de las sanciones penales, como quiera que el artículo 135 del Código Penal prevé que la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas tendrá una duración de 15 a 20 años, que para el caso concreto la pena principal de prisión supera los límites, la accesoria no debe hacerlo por igual. En consecuencia la pena accesoria referida se impondrá la cantidad total de 20 años, máximo previsto en la Ley.

Igualmente se impondrá a los enjuiciados la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, por un período de 15 años, de conformidad con lo preceptuado por los artículos 51 y 52 del Código Penal.

Mecanismos sustitutivos de la Pena Privativa de la Libertad y de la Prisión

Dada la punibilidad a imponer, observa la Sala que supera los límites establecidos en las normas, por lo cual resulta improcedente disponer la aplicación del Art. 38 y Art. 63 del C.P.

Los Perjuicios

Como quiera que la conducta punible da lugar a la indemnización de perjuicios materiales (siempre y cuando ellos estén probados en autos) así como los morales, de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 97 del Código Penal, ha de proceder la Sala a señalar el monto de la condena en perjuicios, así:

Observa la Sala, en la actuación que obra al interior del sumario, que no fueron debidamente probados los perjuicios materiales, ya que no se aportaron documentos o elementos de juicio demostrativos de esos perjuicios de orden material, por lo que la Sala no puede condenar a los enjuiciados al pago de dichos perjuicios, siendo el artículo 97 del Código Penal muy preciso al respecto.

Ahora bien, en relación a los perjuicios morales, dado al inmensurable daño emocional, que produjo este acto reprochable realizado por miembros del Ejército Nacional, en los familiares de la víctima, la Sala considera que la suma a pagar solidariamente por parte de DEYBI SANCHEZ DÍAZ, JOSE ALEJANDRO OSORIO CRUZ, NYLTON CÉSAR FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, HÉCTOR JULIO CAMPO ROCHA, JOSÉ FRANCISCO MENESES RAMÍREZ y ALIRIO

VEGA GÓMEZ, ha de ser la equivalente a trescientos (300) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes, para la época de los hechos, los cuales se cancelarán a favor de las personas que se vieron perjudicadas con los hechos o de quienes demuestren mejor vocación hereditaria.

Finalmente, debemos indicar que al ser condenados DEYBI SÁNCHEZ DÍAZ, JOSÉ ALEJANDRO OSORIO CRUZ, NYLTON CÉSAR FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, HÉCTOR JULIO CAMPO ROCHA, JOSÉ FRANCISCO MENESES RAMÍREZ y ALIRIO VEGA GÓMEZ, en esta instancia, de conformidad con el artículo 188 de la Ley 600/2000, deberá ordenarse la captura antes de la ejecutoria de la sentencia puesto que durante la actuación procesal se les profirió medida de aseguramiento de detención preventiva⁵.

En razón y mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA - SALA DE DECISIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Primero: REVOCAR la sentencia absolutoria de fecha y origen señalados, conforme lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

Segundo: CONDENAR a DEYBI SÁNCHEZ DÍAZ, JOSÉ ALEJANDRO OSORIO CRUZ, NYLTON CÉSAR FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, HÉCTOR JULIO CAMPO ROCHA, JOSÉ FRANCISCO MENESES

RAMÍREZ y ALIRIO VEGA GÓMEZ, a la pena principal de trescientos sesenta (360) meses de prisión y multa de dos mil (2000) S.M.L.M.V., como coautores de la conducta punible de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA.

Tercero: CONDENAR a DEYBI SÁNCHEZ DÍAZ, JOSÉ ALEJANDRO OSORIO CRUZ, NYLTON CÉSAR FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, HÉCTOR JULIO CAMPO ROCHA, JOSÉ FRANCISCO MENESES RAMÍREZ y ALIRIO VEGA GÓMEZ, a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período de veinte (20) años, y a la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por el término de quince (15) años, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

Cuarto: DENEGAR a DEYBI SÁNCHEZ DÍAZ, JOSÉ ALEJANDRO OSORIO CRUZ, NYLTON CÉSAR FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, HÉCTOR JULIO CAMPO ROCHA, JOSÉ FRANCISCO MENESES RAMÍREZ y ALIRIO VEGA GÓMEZ, la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena y la sustitución de la prisión por Prisión Domiciliaria, por las razones dichas en la motivación.

Quinto: CONDENAR a DEYBI SÁNCHEZ DÍAZ, JOSÉ ALEJANDRO OSORIO CRUZ, NYLTON CÉSAR FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, HÉCTOR JULIO CAMPO ROCHA, JOSÉ FRANCISCO MENESES RAMÍREZ y ALIRIO VEGA GÓMEZ, al pago solidario de trescientos (300) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes, para la época de los hechos, los cuales se cancelaran a favor de las personas que se vieron perjudicadas con los hechos o de quienes demuestren mejor vocación hereditaria. Lo anterior por concepto de perjuicios morales, conforme a lo expuesto en las consideraciones.

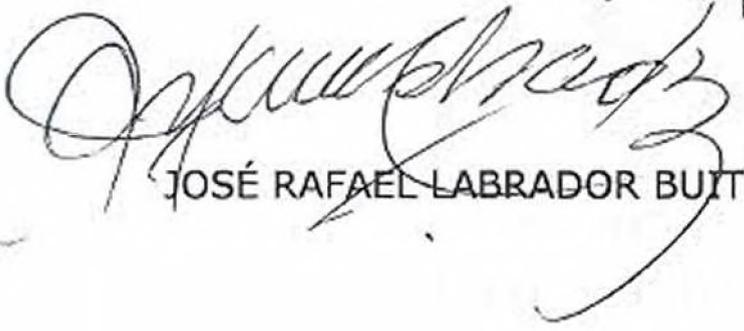
Sexto: Líbrense las correspondientes órdenes de captura en contra de DEYBI SÁNCHEZ DÍAZ, JOSÉ ALEJANDRO OSORIO CRUZ, NYLTON CÉSAR FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, HÉCTOR JULIO CAMPO ROCHA, JOSÉ FRANCISCO MENESES RAMÍREZ y ALIRIO VEGA GÓMEZ.

Séptimo: Contra el presente fallo procede casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


JUAN CARLOS CONDE SERRANO


EDGAR MANUEL CAICEDO BARRERA


JOSÉ RAFAEL LABRADOR BUTRAGO


OLGA ENID CELIS CELIS
Secretaria Sala Penal