



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

SP1175-2022

Radicación 54.808

Acta 76

Bogotá D.C., seis (6) de abril de dos mil veintidós (2022).

Efectuado el trámite de sustentación de las demandas de casación interpuestas por el fiscal y la agente del Ministerio Público contra la sentencia del 27 de noviembre de 2018, proferida por la Sala Única del Tribunal Superior de Yopal, la Corte dicta el fallo de rigor. La decisión impugnada **será casada** de conformidad con los antecedentes y razones que a continuación se exponen.

I. ANTECEDENTES PERTINENTES

1.1. Fácticos.

El 4 de octubre de 2009, JULIO DAVID RIVAS VERGARA, cabo primero del Ejército Nacional, al mando de una escuadra contraguerrilla en el Batallón de Infantería Birno 44 Ramón Nonato Pérez, unidad táctica orgánica de la Décimo Sexta Brigada del Ejército ubicada en Tauramena (Casanare), obtuvo autorización de sus superiores para desplazarse junto a sus hombres a cargo al sector de Villa Carola, a fin de “*verificar la ubicación*” de un sujeto conocido como alias Chejo Mora, en contra de quien, supuestamente, existía una orden de captura.

Sin embargo, el cabo RIVAS VERGARA no se dirigió a ese lugar, sino que sacó a su escuadra -integrada por los soldados ÉDGAR ORLEY BUITRAGO MARTÍNEZ, CELIO HÉCTOR JESÚS MORENO ROJAS, ÁLVARO JAVIER ROMERO CORTÉS, LUIS ALBERTO BACARES PÉREZ, LUIS ALBERTO ÁLVAREZ ORTEGA, LUIS ARIEL TORRES AGUILAR, JESÚS ANTONIO VARGAS AMAYA, JOHAN STIGUAR FEMAYOR MOSQUERA, GERSON YIBER VILLAMARÍN CORRALES y LUIS ÓSCAR ANGULO PAI- de la base El Porvenir, para dirigirse con los soldados a la finca El Banco, ubicada en la vereda San Pedro del municipio de Sabanalarga (Casanare), por fuera de la “*jurisdicción*” del batallón.

En ese lugar, hacia las 10:30 p.m., los soldados ingresaron al predio armados preguntando por “*el patrón*”. Ante esta situación, Braulio José Barrera, de 65 años, y su cónyuge Nancy Omaira Fernández, de 52 años, residentes de la finca, trataron de escapar por una ventana al ver que les apuntaban con armas largas, pero aquéllos procedieron a dispararles indiscriminadamente con fusiles calibre 5.56, causando la muerte del señor Barrera y dejando gravemente herida a la señora Fernández.

1.2. Procesales.

Tramitadas las audiencias preliminares de rigor, luego de que la actuación fuera remitida de la Justicia Penal Militar, ante el Juzgado Único Especializado del Circuito de Yopal (Casanare) la Fiscalía acusó a los soldados BUITRAGO MARTÍNEZ, MORENO ROJAS, ROMERO CORTÉS, BACARES PÉREZ, ÁLVAREZ ORTEGA, TORRES AGUILAR, VARGAS AMAYA, VILLAMARÍN CORRALES y ANGULO PAI, así como al cabo RIVAS VERGARA como probables coautores de **homicidio en persona protegida**, (consumado y tentado)¹.

Los acusados ejercieron su derecho a ser juzgados públicamente. Culminado el juicio con sentido de fallo condenatorio, el 17 de septiembre de 2018 el juez dictó la respectiva sentencia. Por hallarlos responsables como coautores del concurso de delitos de homicidio en persona protegida, condenó a los acusados BUITRAGO MARTÍNEZ, MORENO ROJAS, ROMERO CORTÉS, BACARES PÉREZ, ÁLVAREZ ORTEGA, TORRES AGUILAR, VARGAS AMAYA, VILLAMARÍN CORRALES y ANGULO PAI² a las penas de 552 meses de prisión, multa de 5093 s.m.l.m. y 20 años de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En respuesta a los recursos de apelación interpuestos por los defensores, la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior de Yopal, mediante fallo del 27 de noviembre de 2018, revocó la condena y, en su lugar, absolvió a los acusados, cuya libertad inmediata ordenó.

Contra esta última determinación, dentro del término legal, el fiscal y la agente del Ministerio Público interpusieron el recurso

¹ El soldado FEMAYOR MOSQUERA no fue acusado, por cuanto participó de mecanismos de colaboración con la justicia.

² En relación con JULIO DAVID RIVAS VERGARA, el *a quo* decretó la preclusión del proceso por muerte.

extraordinario de casación, cuyas demandas fueron admitidas el 5 de septiembre de 2019.

El 15 de octubre de 2019, mediante la Resolución 6413, la Sala de Definición de Situación Jurídicas de la JEP resolvió la solicitud de acogimiento a esa jurisdicción de ÉDGAR ORLEY BUITRAGO MARTÍNEZ, en calidad de miembro del Ejército Nacional. Advirtió que el sometimiento de éste a la JEP como miembro de la Fuerza Pública es forzosa y que la competencia de este tribunal para conocer de la actuación es prevalente respecto de la jurisdicción ordinaria.

Efectuado el trámite de sustentación, con intervención del Fiscal 1° delegado ante la Corte Suprema de Justicia y la Procuradora 3ª delegada para la Casación Penal, la Sala procede a dictar el fallo de rigor.

III. DELIMITACIÓN DEL JUICIO DE CASACIÓN

3.1. Cargos admitidos para estudio de fondo.

3.1.1. En idénticos términos, tanto fiscal como procuradora formularon un cargo al amparo del art. 181-2 de la Ley 906 de 2004 (en adelante C.P.P.), mediante el cual denuncian la vulneración del debido proceso, cifrada en el cercenamiento del derecho a la prueba de la parte acusadora, el cual impide garantizar los derechos fundamentales a la verdad, la justicia y la reparación que aquélla persigue en el proceso penal.

Ello, debido a que no quedó registro de audio del interrogatorio directo practicado por el fiscal a Cristhian Camilo Cagüañas Suescún, perito en balística que, en ejecución de los actos urgentes, practicó la inspección a cadáver y “levantó” la

trayectoria de los disparos. Verificados los audios, afirman, sólo el contrainterrogatorio es audible.

De ahí que, subrayan, sea imposible saber lo observado por el testigo en la escena del crimen, pese a que a la actuación se incorporó la base de la opinión pericial, contentiva de un resumen del dictamen rendido en el juicio oral.

En ese entendido, prosiguen, la conculcación del debido proceso estriba en que se profirió sentencia de segundo grado sin el análisis de la totalidad de las pruebas, por ausencia del registro literal del testimonio del perito en balística y falta de reconstrucción de la pericia presentada como incriminatoria por el ente acusador. Esto, alegan, configuró un error de actividad, pues la sentencia debió fundarse en todas las pruebas incorporadas en la audiencia de juicio oral, las cuales debieron ser analizadas en conjunto, tal como lo disponen los arts. 162 y 380 del C.P.P. Además, se desconocieron los arts. 9 y 146 *idem*, acorde con los cuales, en desarrollo del principio de oralidad, han de utilizarse los medios técnicos idóneos para el registro y reproducción fidedignos de lo actuado.

El testimonio pericial del señor Cagüeñas Suescún, resaltan, es una prueba incriminatoria en que se soporta la teoría del caso de la Fiscalía, la cual no puede valorarse integralmente con el solo contrainterrogatorio y, por ello, impide dimensionar lo narrado por el testigo en punto de su percepción en la escena del crimen. Entre otros aspectos, enfatizan, se desconoce si i) se preguntó al perito por la uniprocedencia de las vainillas halladas con los fusiles asignados al pelotón del cabo RIVAS; ii) acorde con la trayectoria de los disparos, es posible deducir la presencia de varios tiradores; iii) los fragmentos de munición hallados pertenecían o no a un mismo lote; iv) era determinable el número

de fusiles utilizados y v) las armas de dotación tienen una asignación específica.

En ese sentido, llaman la atención, el yerro es trascendente en la medida en que la absolución dictada por el tribunal se fundamenta en la imposibilidad de probar el acuerdo previo de los coautores, la división del trabajo criminal y la importancia del aporte, de tal manera que pudiera predicarse la coautoría impropia. Mas esa consideración, en su criterio, habría sido distinta si se hubiera podido apreciar el testimonio pericial y, así, saber si era dable inferir tales aspectos de la utilización de varios fusiles que necesariamente debieron portar varios soldados.

Que el referido testimonio se refiera a situaciones posteriores a los hechos investigados, finalizan, no significa que no contribuya a esclarecer la participación de cada uno de los procesados, como lo consideró el tribunal. Antes bien, por tratarse de una reconstrucción de la escena del crimen, es indispensable para recrear lo expuesto por el testigo en el juicio.

En consecuencia, invocando la jurisprudencia especializada (CSJ SP5054-2018, rad. 52.288), solicitan a la Corte que case la sentencia impugnada y, en su lugar, se anule la actuación “*a partir del cierre del debate probatorio y se ordene la reconstrucción del testimonio del perito Cagüeñas Suescún, para que pueda ser valorado integralmente con el restante material probatorio*”.

3.1.2. Subsidiariamente, la agente del Ministerio Público formuló un cargo por violación indirecta de la ley sustancial (art. 181-3 C.P.P.), derivado de falsos juicios de identidad y de raciocinio.

3.1.2.1. El yerro de apreciación, expone, consiste en el *cercenamiento* de los testimonios de Miguel Alberto Alonso

Galindo, Javier Alfonso Quiroga Villalobos, William Vargas Alfonso, JOHAN STIGUAR FEMAYOR MOSQUERA, Nancy Omaira Fernández, Arnobis Arias y Albert Yamid Vargas Coronado.

Tras contrastar el entendimiento que de dichas pruebas tuvo el *ad quem* con el contenido objetivo de aquéllas, cuestiona que la absolución se edifica en dos premisas -erróneas- derivadas de una observación insuficiente de las pruebas, a saber, ausencia de móvil y falta de acreditación del acuerdo de voluntades y del aporte de cada militar.

El tribunal, prosigue, apreció apartes de los testimonios pasando por alto, en punto del motivo, aspectos previos, concomitantes y posteriores que dejan al descubierto una actuación de coautoría con división de trabajo, en ejecución de un plan criminal. Que no se hubiera determinado cuáles soldados dispararon sus fusiles, a su modo de ver, no implica falta de prueba sobre los distintos roles que aquéllos cumplieron en la operación, en la que actuaron con pleno conocimiento del propósito ilícito.

En ese sentido, destaca, la evidencia sobre múltiples disparos, el cambio de fusiles de dotación oficial, las mentiras dadas a los superiores sobre la finalidad de la operación y la falsa historia sobre la herida causada al soldado FEMAYOR, supuestamente causada en un lugar distinto al del operativo, indican que los acusados ejecutaron los delitos en coautoría impropia.

3.1.2.2. El falso raciocinio, agrega, consiste en el desconocimiento de las reglas de la experiencia en la valoración del testimonio de Miguel Alberto Alfonso Galindo, Comandante del Batallón 44 BIRNO-Ramón Nonato Pérez, y del Capitán Javier Alfonso Quiroga.

Para el tribunal, continúa, los acusados desconocen los protocolos militares y obedecieron a su superior, el cabo RIVAS, porque son de extracción campesina. A ello, asevera, se aplicó un postulado carente de las exigencias para constituir una regla de experiencia, consistente en que *“los soldados de mi pueblo están en incapacidad de comprender que el operativo en el que participaron era una actividad ilícita”*.

3.1.2.3. Por consiguiente, solicita que la Sala case la sentencia de segunda instancia, a fin de que la condena dictada por el juez de primer grado recobre vigencia.

3.2. Posición de los sujetos procesales no recurrentes.

3.2.1. Para el fiscal delegado ante la Corte ha de prosperar el cargo por nulidad. Del contenido de la sentencia demandada, sostiene, es posible constatar que el tribunal solo se atuvo a un fragmento del testimonio de Christian Camilo Cagüeñas Suescún. El *ad quem* señaló que, por tratarse de un miembro de la policía judicial que se refirió a situaciones posteriores a los hechos investigados, carece de aptitud para esclarecer la participación de cada uno de los procesados. En cambio, el *a quo*, ya sea porque pudo percibir en virtud de la inmediación la práctica del testimonio o porque todavía el medio en que estaba recogido no había sufrido daño, destacó aspectos puntuales como el hallazgo de las señales de impactos de fusil 5.56 y la posible posición de los victimarios, con los cuales concluyó, junto con otros medios de persuasión, que no hubo un combate, pero sí una situación en la que se dieron disparos de manera indiscriminada.

Como del testimonio del perito Gagüeñas -practicado en la sesión de juicio del 18 de septiembre de 2012- solo quedó registrado el contrainterrogatorio, continúa, es imposible saber qué fue lo

que aquél informó sobre los hallazgos que percibió cuando pocas horas después de ocurridos los hechos se presentó en la escena. Eso impide conocer información relevante, relacionada con la compatibilidad de las vainillas encontradas con el armamento asignado al pelotón comandado por el cabo RIVAS, deducir la acción de varios tiradores a partir de la trayectoria de los disparos realizados, determinar si es posible que se hubieran utilizado otros fusiles además de aquél con el que se encontró compatibilidad con una de las vainillas halladas en el lugar de los hechos y deducir el número de fusiles involucrados a partir de las restantes vainillas.

Entonces, concluye, al tomar el *ad quem* únicamente la parte del testimonio en la que se agotó el conainterrogatorio, sin que la información suministrada por el testigo en tópicos tan relevantes quedara registrada, es claro que se produjo una grave afectación al derecho de la Fiscalía a probar su teoría del caso. Como en la actuación, enfatiza, se produjo una irregularidad de *similar naturaleza* a la analizada por la Sala mediante la SP278-2018, la solución no puede ser otra que, como ocurrió en aquel caso, declarar la nulidad a partir de la fase de alegaciones finales, inclusive, con lo cual se habilita un escenario probatorio que permita subsanar las violaciones de los derechos al debido proceso y al derecho a la prueba, así como a los fines constitucionales de verdad, justicia y reparación.

3.2.2. En similares términos, la procuradora delegada para la casación penal aboga por la nulidad de la actuación por afectación de la garantía fundamental al debido proceso, por la falta de valoración de medios probatorios, en particular, ante la ausencia de grabación del interrogatorio directo del perito en balística Cristhian Camilo Cagüeñas Suescún.

3.2.2.1. Por otra parte, coadyuva la prosperidad de los reproches subsidiarios formulados por vía de la violación indirecta de la ley sustancial.

Ciertamente, sostiene, el tribunal no analizó en conjunto todo el material probatorio existente, como lo ordena el art. 380 del C.P.P., que demostraba no solo la presencia de los militares en la residencia de las víctimas la noche de los hechos, sino las razones por las cuales se ultimó a Braulio José Barrera y se intentó matar a Nancy Omaira Fernández Barrera -testigo de los hechos-, quien relató pormenorizadamente que varios militares ingresaron atropelladamente a su finca y a través de numerosos disparos efectuados con fusil en la residencia y alrededores, dieron muerte a su esposo, mientras ella resultó gravemente herida.

Luego de reseñar los apartes pertinentes de las pruebas que a su modo de ver fueron cercenadas por el tribunal, concluye que es numeroso el caudal probatorio que comprueba no solo la presencia de los militares en el lugar de los hechos, sino la autoría de esa patrulla militar al mando del cabo RIVAS VERGARA en la muerte del señor Barrera y las heridas causadas a su esposa. Como bien lo destacó el fallo de primer grado, puntualiza, fue dicho suboficial quien ideó el plan criminal y, para lograr su cometido, organizó a los soldados en los alrededores de la casa de habitación de la familia Barrera Fernández, con la intención de matar a estas personas.

Por todo ello, concluye, de conformidad con lo reclamado por la censura, la sentencia del tribunal desconoció y cercenó las pruebas con las que se arribaba a la conclusión de responsabilidad de los procesados en el homicidio de Braulio Barrera y la tentativa de homicidio de Nancy Omaira Fernández, pues no se basó en el análisis en conjunto de todos los medios de

conocimiento, como lo reclama el art. 380 del C.P.P., alusivas no solo al móvil del delito, sino indicativas de que los militares, *“en un procedimiento abiertamente irregular, torticero y mendaz”*, dispararon sus armas de dotación contra la vivienda ubicada en la finca de la pareja víctima del delito.

3.2.2.2. En cuanto al falso raciocinio por desconocimiento de las reglas de la experiencia, resalta, la máxima invocada por el *ad quem* carece de tal condición. Para éste, *“los soldados campesinos desconocen los protocolos militares y obedecen a sus superiores, por lo que mienten en su nombre y, como parte del cumplimiento de las órdenes, ocultan los irregulares procedimientos”*.

Empero, al referirse a los soldados regulares, el tribunal no solo los menosprecia, pues se basa en ideas discriminatorias y prejuiciosas desprovistas de asidero fáctico y empírico, sino que sienta una regla que incumple con los requisitos de generalidad y universalidad reclamados: *“es de conocimiento público que quienes integran los llamados soldados de mi pueblo, son personas de extracción campesina que buscan solucionar su situación militar”*, pues no todos los soldados regulares son de extracción campesina, ya que muchos no son del campo, sino de pueblos o incluso de grandes ciudades, solo que no pudieron o no lograron acreditar requisitos académicos para vincularse como soldados bachilleres o soldados profesionales.

Adicionalmente, enfatiza, tampoco es cierto que aquéllos solo quieran prestar el servicio para cumplir con el requisito de contar con la libreta militar, pues esta obligación también se puede cumplir como reservista de segunda clase, como lo precisa el art. 11 de la Ley 1861 de 2017 e, incluso, muchos buscan engancharse a la profesión militar, algunos como soldados profesionales, otros como suboficiales en las diversas ramas de

las Fuerzas Militares y también en la Policía Nacional, como agentes, suboficiales o miembros del nivel ejecutivo.

La categoría de soldado regular, continúa, es apenas una de las modalidades de prestación del servicio militar obligatorio, en la que se torna forzoso tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, para defender la independencia nacional y las instituciones públicas, como lo ordena el art. 3° de la Ley 48 de 1993. Por ello, el simple hecho que los procesados pertenecieran a esta categoría no desdice de su actuar ni sus capacidades de comprensión y entendimiento de las órdenes recibidas, como impropriamente y de manera contraevidente lo pretende hacer ver el fallo del tribunal cuando afirma que: *“el solo hecho de haber arribado allí, no implica necesariamente que los soldados, menos si eran regulares, estuvieran enterados que iban allí y lo que iban a hacer.”*

Además, añade, el *ad quem* sienta otra regla que desconoce los mandatos de generalidad y universalidad señalados al afirmar que: *“es importante recordar que si la obediencia se predica de quienes tienen la carrera militar como su profesión, con mayor razón en el caso de los aquí procesados, que eran soldados regulares, o sea de aquellos que son reclutados para prestar su servicio militar obligatorio”*. Esa aseveración, referida a que los soldados campesinos desconocen los protocolos militares, deben obedecer a sus superiores ciegamente, por lo que han de mentir en su nombre, y como parte del cumplimiento de las órdenes impartidas deben ocultar los procedimientos irregulares o ilícitos, constituye un falso raciocinio, pues desatiende los diferentes postulados de la sana crítica, ya que desconoce los criterios de generalidad, universalidad y abstracción que le son consustanciales.

En consecuencia, solicita a la Corte que case la sentencia y deje en firme la condena dictada por el juez de primera instancia.

3.2.3. Por último, los defensores piden a la Corte que se abstenga de casar la sentencia absolutoria de segunda instancia, a la luz de las siguientes consideraciones: i) la nulidad invocada incumple con el principio de trascendencia; ii) la acusación y la sentencia de primer grado desconocen “*el núcleo esencial del derecho penal*”, pues no se discrimina cuál fue la intervención de cada uno de los acusados en los hechos investigados; iii) no es posible atacar la credibilidad del testimonio por vía de la casación penal; iv) en el libelo casacional, la procuradora presenta su propia valoración de las pruebas, sin acreditar ninguna forma de violación indirecta de la ley, ya que no dice cuál fue la máxima de experiencia que soslayó el juez colegiado; v) los soldados acusados simplemente cumplieron órdenes de su superior, sin que pudieran cuestionarlas; vi) no se estableció quién o quiénes le dieron la orden al cabo RIVAS para ejecutar a los moradores de la finca y vii) hay múltiples dudas sobre la forma en que ocurrieron los sucesos, pues “*la Fiscalía no investigó*” ciertas circunstancias de tiempo, modo y lugar como la ubicación de la finca ni la distancia entre Monterrey, Villa Carola y Sabanalarga, para deducir rutas y tiempos de recorrido, condiciones climáticas y de visibilidad, la forma en que reaccionó “*la víctima*” cuando los militares desplegaron el “*procedimiento intimidatorio*” ni si los disparos fueron hechos con fusiles de dotación.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Asunto preliminar: ruptura de unidad procesal.

4.1.1. De acuerdo con el art. 53-1 del C.P.P., no se conservará la unidad procesal cuando, entre otras hipótesis, en

la comisión de un delito intervenga una persona cuyo juzgamiento esté atribuido a una jurisdicción especial.

4.1.2. Ahora, de conformidad con el art. 6° del Acto Legislativo 01 de 2017, la Jurisdicción Especial para la Paz *prevalece* sobre las actuaciones penales, disciplinarias o administrativas por conductas cometidas con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado. Así mismo, el art. 8° de la Ley 1957 de 2019 dispone que la JEP conocerá, de manera *preferente* sobre las demás jurisdicciones, respecto de las conductas relacionadas con el conflicto armado cometidas con anterioridad al 1° de diciembre de 2016, por quienes participaron en el mismo. En ese sentido, el art. 36 *idem* reitera este carácter prevalente de la JEP.

Por su parte, los numerales 32 y 34 del punto 5.1.2. del Acuerdo Final de Paz y el art. 63 de la Ley Estatutaria 1957 de 2019 establecen, como factor de competencia *personal*, que el componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición se aplicará, entre otros, a *miembros de la fuerza pública*.

En ese sentido, en desarrollo del factor *personal* en la determinación de competencia de la JEP, la jurisprudencia constitucional (cfr. C-674 de 2017) pone de presente que los integrantes de la Fuerza Pública son comparecientes forzosos u obligatorios, dado que ostentan estatus de combatientes, cuyas conductas, al estar relacionadas con la confrontación armada que ha tenido lugar en Colombia, están llamadas a ser investigadas, juzgadas y sancionadas por la JEP, como autoridad competente creada mediante el AL 01 de 2017.

Sobre el particular, las decisiones de la JEP han establecido que, en relación con los integrantes de las FARC-EP y de la Fuerza

Pública, su sometimiento es obligatorio, como quiera que la jurisdicción especial fue creada en el marco de un proceso de negociación de paz del que ambas partes participaron. Se infiere, entonces, que las dos partes decidieron someterse al régimen allí previsto (cfr. Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 19 ago. 2018, párr. 7.13).

De igual manera, el art. 5° transitorio del A.L. 01 de 2017 y el art. 65 de la Ley Estatutaria 1957 de 2019 establecen que la JEP «*administrará justicia de manera transitoria y autónoma y conocerá [...] de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al primero de diciembre de 2016, por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado [...]*», fijando así un límite temporal en relación con la competencia de esa jurisdicción.

No obstante, cabe precisar a tono con la jurisprudencia de esta Sala (CSJ AP2429-2020, rad. 58.061) que, si bien los miembros de la Fuerza Pública deben comparecer obligatoriamente a la JEP, ello no implica que su procesamiento por esa jurisdicción especial es forzosa y automática, pues la activación de la competencia depende de una *manifestación de acogimiento*.

Al respecto, en la mencionada decisión, la Corte puntualizó:

Al concepto de *comparecientes forzosos* ante la JEP le fue otorgado un alcance del que carece, pues si bien los miembros de la Fuerza Pública deben *presentarse obligatoriamente ante la Jurisdicción Especial*, exigencia apenas lógica luego de un conflicto armado, tal imperativo no equivale a *encontrarse sometido a ésta de manera forzosa y automática* en ausencia de un interés y compromiso con el postulado de *verdad plena*.

Si ese hubiese sido el querer de los negociadores y del legislador, es claro que desde 2016 se habría adoptado una normatividad para i) suspender todas las actuaciones adelantadas por la jurisdicción ordinaria, ii) someter a

todos los miembros de la fuerza pública vinculados con crímenes relacionados con el conflicto y iii) excluir la voluntariedad del sometimiento.

Esta interpretación encuentra respaldo en el inciso segundo del párrafo del artículo 122 de la Constitución Política³, los artículos 56⁴ y 57.3⁵ de la Ley 1820 de 2016, y 56⁶, 57⁷ de la Ley Estatutaria 1957 de 2019.

Ahora bien, no se desconoce que el Tribunal de Paz de la JEP (TP-SA 550 de 2020)⁸ ha entendido que la comparecencia a esa jurisdicción “es obligatoria respecto de los miembros de la Fuerza Pública y de los desmovilizados integrantes de las FARC-EP; y voluntaria frente a terceros y agentes del Estado no integrantes de la Fuerza Pública (AENIFPU)”. Empero, según esa misma Corporación:

“no basta para acceder a la JEP que el interesado cumpla con los factores personal, temporal y material de competencia. El AFP y el Acto Legislativo 01 de 2017, artículo transitorio 5° constitucional, imponen el deber de contribuir con la verdad como condición sine qua non para recibir cualquier tipo de tratamiento especial, incluso el sometimiento a la JEP por los comparecientes forzosos (...) si bien no están obligados a presentar un CCCP para ser aceptado su sometimiento a la JEP, sí deben aportar a la verdad como condición previa para acceder a la JEP y recibir un tratamiento especial. Esta condición puede ser satisfecha, entre otras acciones, mediante las declaraciones correspondientes en la solicitud de sometimiento, la suscripción del formulario F-1, los compromisos que se asuman en audiencia de imposición del régimen de condicionalidad o su participación en diligencia equivalente (...) La condición de comparecientes forzosos que se predica de los integrantes de la Fuerza Pública no significa que la JEP tenga la obligación automática de asumir competencia prevalente de las condenas que hayan sido impuestas o los delitos por los que estén siendo procesados o investigados

³ Acto Legislativo 01 de 2017, artículo 2, agréguese un párrafo al artículo 122 de la Constitución Política: “(...) La anterior disposición aplicará igualmente a los miembros de la Fuerza Pública que se sometan a la Jurisdicción Especial para la Paz, quienes podrán...”

⁴ “Este beneficio se aplicará a los integrantes Fuerzas Militares y Policiales detenidos o condenados que manifiesten o acepten su sometimiento a la Jurisdicción Especial para la Paz”.

⁵ “3. Que solicite o acepte libre y voluntariamente la intención de acogerse al sistema de la Jurisdicción Especial para la Paz”.

⁶ “Este beneficio se aplicará a los integrantes de las Fuerzas Militares y Policiales detenidos o condenados que manifiesten o acepten su sometimiento a la Jurisdicción Especial para la Paz”

⁷ “3) Que solicite o acepte libre y voluntariamente la intención de acogerse al sistema de la Jurisdicción Especial para la Paz”.

⁸ Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 550 de 2020, 28 de mayo de 2020, exp. 2018332160400052E.

en la JPO (...) De acuerdo con el auto TP-SA 490 de 2020, la asunción de competencia o sometimiento en sentido lato de los procesos seguidos contra miembros de la fuerza pública está sujeta al cumplimiento del deber de aportar a la verdad plena”.

Así las cosas, ***sin sometimiento voluntario ni compromiso expreso por la verdad plena, por parte de miembros de la Fuerza Pública, a pesar de su calidad de comparecientes forzosos, es claro que no resulta viable predicar la competencia de la jurisdicción especial.*** En ese tipo de casos será inviable adelantar el *juicio preliminar de prevalencia jurisdiccional*⁹.

4.1.3. Ahora, en cuanto al factor de competencia *material*, el art. transitorio 23 del A.L. 01 de 2017 y el art. 62 de la Ley Estatutaria 1957 de 2019 disponen que la JEP tendrá competencia sobre los «*delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el **conflicto armado***». Establece, además, como sistema de valoración para determinar la relación de conexidad, la aplicación de un criterio amplio que prevé que «*el conflicto haya sido la causa directa o indirecta de la comisión de la conducta punible*» y, también, de un criterio más concreto que señala que la «*existencia del conflicto armado haya influido en el autor, partícipe o encubridor de la conducta*», en «*su capacidad, decisión y modo de cometerla*», esto es, que con ocasión del conflicto haya adquirido la determinación, las habilidades y los medios para su ejecución.

⁹ Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 490 de 2020, 22 de abril de 2020, exp. 2018340160400053E “32. Se trata, en el fondo, de reconocer que, por mandato de la Constitución, la JEP está llamada a efectuar un *juicio de prevalencia* de la Jurisdicción Especial, con fundamento no solo en el lleno de los factores temporal, personal y material de competencia, sino también con base en la cabal observancia del régimen de condicionalidad sobre el que se fundamenta la justicia transicional (AL 1/17 art trans 5), y establecer si es válido que la JEP entre a remplazar a las demás jurisdicciones en el cumplimiento de los deberes estatales. El derecho aplicable por la JEP, a diferencia del ordinario, supone como condición de posibilidad –sin la cual no puede funcionar, ni estructurarse como opción seria y real de cumplimiento de las obligaciones del Estado de investigar, juzgar y sancionar crímenes internacionales– que las personas sujetas al régimen de condicionalidad, desde el principio hasta el agotamiento de los procedimientos, observen genuina y seriamente el deber de aportar verdad plena y, si les corresponde, de reparar a las víctimas y dar garantías de no repetición”.

Al respecto, esta Sala ha expresado, en relación con los delitos de conocimiento de la Jurisdicción Especial para la Paz, lo siguiente:

[E]n cuanto a que los delitos por los que se adelanta esta actuación constituyan conductas punibles cometidas “*con ocasión, por causa, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado*”, la norma que regula la competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz (Acto Legislativo 01 de 2017, artículo transitorio 23) prevé que ésta conocerá de:

...los delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado y sin ánimo de obtener enriquecimiento personal ilícito, o en caso de que existiera, sin ser éste la causa determinante de la conducta delictiva. Para el efecto se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

a. Que el conflicto armado haya sido la causa directa o indirecta de la comisión de la conducta punible o,

b. Que la existencia del conflicto armado haya influido en el autor, partícipe o encubridor de la conducta punible cometida por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto, en cuanto a:

* Su capacidad para cometerla, es decir, a que por razón del conflicto armado el perpetrador haya adquirido habilidades mayores que le sirvieron para ejecutar la conducta.

* Su decisión para cometerla, es decir, a la resolución o disposición del individuo para cometerla.

* La manera en que fue cometida, es decir, a que, producto del conflicto armado, el perpetrador de la conducta haya tenido la oportunidad de contar con medios que le sirvieron para consumarla.

* La selección del objetivo que se proponía alcanzar con la comisión del delito¹⁰.

4.1.4. Pues bien, según la acusación, para la fecha de los acontecimientos materia de investigación, los soldados procesados se hallaban adscritos Batallón BIRNO 44 - Ramón Nonato Pérez, con sede en Tauramena. Así mismo, los hechos por los que fueron juzgados sucedieron el 4 de octubre de 2009 en

¹⁰ CSJ AP2610-2018, 27 jun. 2018, rad. 40.098.

zona rural del municipio de Sabanalarga (Casanare), cuando el grupo de soldados salió de la base contraguerrilla El Porvenir siguiendo órdenes del Cabo RIVAS VERGARA e ingresaron con éste a la finca El Banco, supuestamente en busca de alias CHEJO MORA, en contra de quien al parecer existía una orden de captura, marco en el cual ejecutaron a Braulio José Barrera e hirieron a Nancy Omaira Fernández, a quienes dispararon con sus fusiles de dotación.

Dichos hechos, ciertamente, encuentran adecuación en el factor temporal (sucedidos antes de la entrada en vigor del Acuerdo Final para la Paz) que activan la competencia preferente, privativa y excluyente de la JEP, que *en línea de principio* se torna el juez natural de los aquí acusados, a quienes se les reprocha haber atacado de muerte a las víctimas (no combatientes), integrantes de la población civil.

A su vez, los ilícitos por los cuales se procede, según la Fiscalía, habrían sido cometidos con ocasión, por causa, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno (competencia material), según el art. transitorio 23 del A.L. 01 de 2017 y el art. 62 de la Ley Estatutaria 1957 de 2019, toda vez que a los enjuiciados se les atribuyó jurídicamente el delito de *homicidio en persona protegida*, tipificado en el art. 135 del C.P., en los siguientes términos:

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...

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

- 1.- Los integrantes de la población civil.
- 2.- Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa.

[...]

8. Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que lleguen a ratificarse.

Esta conducta punible permite establecer la relación cercana del comportamiento de los implicados con la contienda armada interna, pues su tipicidad supone que el hecho haya tenido ocurrencia «*con ocasión y en desarrollo del conflicto armado*».

Por una parte, se trata de un injusto que hace parte del componente de delitos del Código Penal que sancionan aquellas conductas que causan grave violación del Derecho Internacional Humanitario en el marco del conflicto bélico padecido internamente en nuestro país y que expresamente ha sido reconocido por el legislador y por la Corte en diversas decisiones¹¹; por otra, el ataque a las víctimas fue desplegado por un grupo de soldados dispuestos para la lucha contrainsurgente, quienes en la supuesta persecución de un delincuente, ejecutaron extrajudicialmente a una persona e intentaron matar a otra.

Así mismo, la acusación pone de presente que Braulio José Barrera y Nancy Omaira Fernández no tenían la condición de combatientes y, en consecuencia, dentro del conflicto armado interno eran objeto de protección por el Derecho Internacional Humanitario, en virtud de los convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos adicionales I y II de 1977, siendo el fallecimiento de aquél una ejecución extrajudicial o arbitraria, que en el caso de la señora Fernández quedó en grado de tentativa.

De ahí que, en relación con ÉDGAR ORLEY BUITRAGO MARTÍNEZ, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la

¹¹ Cfr. Sentencias del 21 de julio de 2004, Rad. 14538; 15 de febrero de 2006, Rad. 21330; 12 de septiembre de 2007, Rad. 24448; 27 de enero de 2010, Rad. 29753; 24 de noviembre de 2010, Rad. 34482; y 28 de agosto de 2013, Rad. 36460, entre otras.

Jurisdicción Especial para la Paz, en sus Resoluciones 3606 y 6413 de 2019, más allá de “*aceptar*” su solicitud de “*acogimiento*” a la JEP, señaló que aquél es un compareciente obligatorio o forzoso a esa jurisdicción.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta los antecedentes procesales, fácticos y legales atrás recapitulados, la Sala encuentra cumplidos los requisitos indispensables para que la JEP asuma el conocimiento de la actuación adelantada en la jurisdicción ordinaria *únicamente* en relación con el soldado BUITRAGO MARTÍNEZ, quien efectuó manifestación de acogimiento voluntario a esa jurisdicción.

Respecto a los demás acusados, el proceso ha de proseguir en la jurisdicción ordinaria, por cuanto no han manifestado su voluntad para acogerse a la JEP. Esta Sala ya ha tenido oportunidad de señalar (AP2610-2018, AP700-2019, AP1226-2019, AP4462-2019 y AP2429-2020, rad. 58.061, entre otras) que la jurisdicción ordinaria conserva la competencia para pronunciarse de fondo sobre los asuntos sometidos a su consideración, en aquellos eventos en los cuales, a pesar de reunirse los requisitos objetivos que habilitan la competencia de la JEP, esto es, conductas delictivas cometidas antes del 1° de diciembre de 2016, relacionadas con el conflicto armado y perpetradas miembros de la Fuerza Pública, si el o los procesados no han manifestado su voluntad de acogerse o someterse a la Jurisdicción Especial para la Paz, con el fin de que ésta resuelva en forma definitiva su situación, en aplicación de las normas, mecanismos y procedimientos a ella vinculados.

En consecuencia, no se conservará la unidad procesal respecto de ÉDGAR ORLEY BUITRAGO MARTÍNEZ, cuyo procesamiento está atribuido a una jurisdicción especial.

4.2. Resolución de los cargos en casación.

Como a continuación se expondrá, la nulidad solicitada conjuntamente por los impugnantes -como cargo único y principal, respectivamente- es improcedente por incumplimiento de los criterios que rigen la declaratoria de ese tipo de sanción procesal (num. 4.2.1.). Sin embargo, los reproches subsidiarios, formulados por vía de la violación *indirecta* de la ley sustancial son fundados, por cuanto el *ad quem*, según se desarrollará (num. 4.2.2.), incurrió en errores de hecho en las fases de apreciación y valoración probatoria.

A fin de justificar esta última conclusión, como primera medida, se reconstruirá la *estructura probatoria* de la sentencia de segundo grado (num. 4.2.2.1.), a fin de identificar las premisas de hecho en que se soporta la absolución. Con ese trasfondo, en segundo orden, se contrastará ese andamiaje argumentativo con los reproches formulados por la procuradora, a fin de evidenciar las infracciones de apreciación y valoración que invalidan el escrutinio probatorio aplicado por el tribunal y comportan el decaimiento de los fundamentos de la decisión condenatoria (num. 4.2.2.2.); entonces, reajustará las declaraciones de hechos que integran el fallo (num. 4.2.3.).

4.2.1. Improcedencia de la nulidad de la actuación.

La declaratoria de nulidades ha de ajustarse a los principios *concurrentes* -no alternativos- de taxatividad, *acreditación*, protección, convalidación, instrumentalidad, *trascendencia* y *residualidad* (cfr., entre otros, CSJ AP 9 mar. 2011, rad. 32.370 y AP 30 nov. 2011, rad. 37.298).

En sede del recurso extraordinario de casación, el principio de trascendencia, en conexión con el de residualidad, adquiere

una relevancia especial, pues, por una parte, la verificación de un yerro de procedimiento no comporta automáticamente la anulación de lo actuado -no toda irregularidad en el trámite del proceso es *suficiente* para adoptar ese remedio, regido por una lógica de *última ratio*-; por otra, el juicio de legalidad -en sentido amplio-inherente a la casación recae sobre *la sentencia* de segunda instancia, contentiva de una decisión *de fondo* sobre la responsabilidad que, por virtud de la presunción de acierto y legalidad, ha de reputarse en línea de principio correcta.

Sobre este último particular ha de resaltarse que la causal de casación alusiva al desconocimiento del debido proceso (art. 181-2 C.P.P.) no es una cláusula abierta para solicitar, como ocurre en las instancias, la recomposición del trámite del proceso con propósitos *preventivos* del proferimiento de una sentencia viciada por la vulneración del debido proceso. En el marco del recurso *extraordinario* de casación, la identificación *retrospectiva* de irregularidades procesales ha de poner de manifiesto que el yerro denunciado, además de afectar garantías procesales de las partes o intervinientes, es determinante en la resolución *de fondo* el asunto.

La trascendencia, entonces, reviste un carácter preponderante a la hora de determinar, para los propósitos de la casación, si hay lugar o no a anular el trámite, máxime que, conjugada con el principio de residualidad, se tiene que la anulación es un remedio extremo que ha de evitarse si está a disposición un mecanismo menos traumático para el proceso.

Por consiguiente, el acatamiento del principio de trascendencia implica que el reclamo -de nulidad- ha de poner de manifiesto *la relevancia del yerro* para afectar la validez del fallo cuestionado; esto es, revelar con plausibilidad y suficiencia cómo

el sentido de la decisión habría de ser *sustancialmente diverso* si no se hubiera incurrido en la irregularidad procedimental.

La trascendencia, desde la perspectiva de la casación, tiene que ver con *el sentido de la decisión*. Por ende, el censor está en la obligación de acreditar de qué manera el yerro condujo a la adopción de una decisión injusta que, *inexorablemente*, habría tenido que ser distinta si no se hubieran presentado las cuestionadas deficiencias.

En ese entendido, las censuras ponen de manifiesto una *irregularidad* consistente en el deficiente registro de audio de un fragmento de un testimonio, en contravía del mandato previsto en los arts. 9° y 146 inc. 1° num. 3° y 4° del C.P.P. No obstante, ello no conduce en el presente caso a anular la actuación, pues al margen de que constituya una falencia procedimental, su influencia en la adopción de un fallo absolutorio por el *ad quem* es ninguna, pues en el fondo lo que los censores ponen de presente es un error *de hecho* atribuible al tribunal, cifrado en una *limitada* o *incompleta* apreciación del testimonio del investigador Christian Camilo Cagüeñas Suescún por cercenamiento de su contenido objetivo (falso juicio de identidad).

En tanto error *in iudicando*, el mencionado error *de hecho* es demandable en casación por la vía de la *violación indirecta* de la ley sustancial, de donde se sigue que no es la nulidad la manera apropiada para conjurarlo, sino un mecanismo menos traumático, como sería casar la sentencia impugnada con fundamento en el art. 181-3 del C.P.P. a fin de que, con fundamento en el escrutinio probatorio aplicado en primera instancia, la declaratoria de responsabilidad y la consecuente condena recobren vigencia. Bien se ve, entonces, que el reclamo incumple los principios de acreditación *-stricto sensu-* y residualidad.

Desde luego, podría objetarse que el defectuoso registro del testimonio del prenombrado agente de policía judicial impediría el cotejo del contenido objetivo de la prueba con el entendimiento que de ella tuvo el *ad quem*. Sin embargo, tal reproche en el asunto bajo examen es aparente, pues, en todo caso, la apreciación cercenada de dicha prueba por el tribunal -que se limitó a destacar el tema de prueba, el recaudo de evidencia y la imposibilidad de que el testigo hubiera percibido *directamente* los hechos investigados- no fue el motivo esencial para revocar la declaratoria de responsabilidad penal. Y no podía serlo como quiera que, consultada la sentencia de primera instancia, la condena para nada se soporta en el testimonio del investigador Cagüeñas Suescún, sino *en otras* consideraciones probatorias, consideradas adecuadas y suficientes para acreditar la responsabilidad de los acusados en un grado de conocimiento más allá de toda duda.

De suerte que si el *a quo* -que reseñó el contenido esencial del testimonio- acogió la hipótesis delictiva y dio prosperidad a la pretensión punitiva sustentando la condena en una estructura probatoria en la que dicha prueba poco o nada aporta para acreditar la responsabilidad de los acusados, es del todo innecesario retrotraer la actuación para que se repita un testimonio con el único propósito de que quede grabado. Ésta sería la única utilidad de la pretendida repetición del testimonio, pues, como se expondrá con mayor profundidad más adelante, ciertamente el tema de prueba es superfluo de cara a la acreditación de las premisas de hecho en que se soporta la hipótesis delictiva formulada por coautoría *impropia*.

Ahora, de cara al proferimiento de un fallo absolutorio en segunda instancia, dicha falencia, *en sí misma*, no fue determinante para el fracaso de la pretensión penal, pues esa

decisión, en estricto sentido, no es consecuencia de la conculcación del derecho a la prueba por “*impedírsele a la Fiscalía una valoración probatoria acorde con su teoría del caso*” ni de la “*ausencia de una valoración en conjunto de las pruebas*”.

En efecto, el juez de primera instancia, quien apreció y valoró el plurimencionado testimonio con inmediación en la audiencia de juicio oral, señaló que el técnico en balística Cagüeñas Suescún realizó la inspección al cadáver de Braulio Barrera y, en ese contexto, recreó la posible ubicación de los victimarios en la escena del crimen. Mas esto lo hizo con base en lo indicado por Nancy Omaira Fernández, víctima y testigo que declaró en juicio y relató la forma en que sus atacantes les dispararon.

Para el *a quo*, en síntesis, que la escuadra integrada por los soldados acusados *ingresó* al predio y a la casa de las víctimas *disparándoles indiscriminadamente* se declaró probado, principalmente, con lo testimoniado por la señora Fernández, William Ayonel Vargas, Julia Inés Barrera y el soldado JOHAN STIGUAR FEMAYOR MOSQUERA. Este último, se destaca en la sentencia de primera instancia, narró cómo el cabo RIVAS organizó al grupo para la operación, precisó quiénes ingresaron a la casa disparando y cómo fue herido por alguno de sus compañeros con un disparo de fusil.

El hecho concreto de “*la presencia de los militares en el lugar de los hechos y su actuar*”, para el *a quo*, se prueba con los referidos medios de conocimiento, sin alusión al testimonio de Christian Camilo Cagüeñas Suescún. Este última prueba fue apreciada y reseñada por el juez en punto de su objeto, a saber, la “*posible posición*” de los tiradores que ejecutaron al señor Braulio, mas, en punto de valoración, la conclusión de que los acusados actuaron con división de trabajo la soporta en el

testimonio del soldado FEMAYOR, puntualizando en que la herida causada a éste es el producto de disparos *indiscriminados* de la patrulla comandada por el cabo RIVAS, cuyos integrantes ingresaron a la finca y dispararon a las víctimas, desde las afueras y dentro de la casa.

De ahí que, si la atribución de responsabilidad acogida en primera instancia deriva de la irrupción en el predio y un ataque a los civiles mediante disparos *indiscriminados*, como lo sostuvo la acusación, la trayectoria de los disparos es irrelevante para soportar tal hipótesis, en la que no se individualizó a los tiradores.

En este punto cabe destacar, además, que en la audiencia preparatoria¹², a la hora de justificar la pertinencia del testimonio del balístico Cagüeñas Suescún, el fiscal únicamente hizo mención del informe de investigador de campo suscrito por aquél, concerniente a “*la verificación de evidencias tendientes a establecer la trayectoria de los disparos*” que mataron a Braulio e hirieron a Nancy Omaira, no a la posibilidad de establecer *quiénes* efectuaron los disparos mortales -entre otras cosas, como se expondrá más adelante, por cuanto el balístico no presencié los hechos y Nancy Omaira no vio el rostro de sus agresores-.

Desde esa perspectiva fue que el *ad quem*, a la hora de referirse al testimonio del señor Cagüeñas Suescún, le restó mérito probatorio bajo el entendido que carece de aptitud para determinar la participación concreta de cada uno de los soldados en la emboscada a los civiles. Algo cierto si se tienen en cuenta las consideraciones del *a quo* en ese punto y el propio tema de prueba planteado por el fiscal en la audiencia preparatoria.

¹² Cfr. min. 01:08:42.

Ahora, las razones de la absolución dictada por el tribunal estriban, de un lado, en la supuesta falta de demostración de la intervención de cada uno de los procesados, su aporte común al propósito criminal y la trascendencia de éste; de otro, en una hipótesis de instrumentalización por su superior.

Bajo esa óptica, si, como lo señaló el fiscal en la audiencia preparatoria -y así se constata con la apreciación de la prueba reseñada en la sentencia de primera instancia-, el perito en balística no fue llamado al juicio para identificar quiénes dispararon, pues ello no le consta -y los testigos directos también están en incapacidad de hacerlo-, sino solo para recrear las “*posibles trayectorias de disparo*”, la repetición del testimonio para nada refutaría las premisas fijadas por el tribunal para justificar la absolución.

En ese mismo sentido, si el juez de primer grado consideró que para acreditar la hipótesis delictiva no era necesario identificar el comportamiento concreto de cada uno de los soldados acusados, especificando quiénes dispararon sus fusiles, pues el soldado FEMAYOR declaró que todos lo hicieron y, además, *de manera indiscriminada*, la trayectoria de los disparos se torna en un dato superfluo.

Por consiguiente, el alegado yerro carece de trascendencia porque, haciendo abstracción de aquél, el sentido de la decisión *impugnada* no cambiaría. Así mismo, por cuanto la apreciación incompleta (cercenamiento) del testimonio por el tribunal es inane, como quiera que la condena dictada por el juez se funda en una estructura probatoria en la que dicha prueba no juega un rol determinante.

Finalmente, ha de clarificarse que los precedentes citados por los censores son inaplicables al presente asunto, pues si bien

la jurisprudencia (CSJ SP5278-2018, rad. 51.608 y SP5054-2018, rad. 52.288) ha establecido que la falta de registro de la prueba testimonial practicada en el juicio oral constituye una irregularidad vulneradora del debido proceso, subsanable mediante la nulidad, ello tuvo lugar en supuestos de hecho diversos a los aquí analizados.

En dichos casos se acreditó la afectación del derecho a la prueba y a la contradicción porque, pese a que el juzgado y el tribunal, advertidos por las partes, *se percataron* de que los testimonios no quedaron registrados de manera adecuada, se abstuvieron de reconstruir las pruebas previo a dictar sentencia y anular la actuación con ese propósito, respectivamente. Mas en el asunto bajo examen, además de no haberse detectado el daño del archivo contentivo del interrogatorio directo en las instancias, no existió falta de valoración de la prueba concernida, sino una apreciación incompleta en segunda instancia, atribuible a una consulta insuficiente de todos los archivos de audio por el tribunal.

Además, el error deviene intrascendente, pues, por una parte, el tema de prueba del testimonio es impertinente para derruir las premisas en que se fundamente la sentencia absolutoria de segunda instancia; por otra, la condena proferida por el a quo, quien escuchó directamente al testigo por inmediatez, *tampoco* consideró relevante el testimonio del técnico balístico para declarar la responsabilidad penal.

Tales son las razones por las que el cargo común por nulidad no ha de prosperar.

4.2.2. Examen de los cargos formulados por violación indirecta de la ley sustancial.

4.2.2.1. Reconstrucción de la estructura probatoria del fallo *absolutorio* objeto de impugnación.

Pues bien, en criterio del *ad quem*, no están dados los presupuestos exigidos para condenar a los acusados como coautores impropios de homicidio en persona protegida, como quiera que no se especificó cuál fue la intervención de cada uno de ellos, su aporte dentro del acuerdo criminal ni la trascendencia de aquél. Tampoco, resalta, se estableció cuál fue el móvil del crimen y se desconoce con qué finalidad el suboficial llevó a sus hombres hasta la finca.

Lo único que se probó, prosigue, es que el cabo RIVAS VERGARA encaminó y ubicó a los soldados regulares alrededor de la casa de habitación de la familia Barrera, sin que alguna prueba indique que aquéllos sabían que se dirigían a ese lugar. Si la obediencia, puntualiza, se predica de quienes siguen la carrera militar, con mayor razón le es aplicable a soldados regulares, como los acusados, quienes prestaban el servicio militar obligatorio.

Tan solo, enfatiza, pudo determinarse que la salida de la escuadra fue autorizada para que los soldados se dirigieran a una misión y sitio diferentes. A su modo de ver, la Fiscalía no acreditó que los procesados estaban de acuerdo en ir a la casa de la familia Barrera para dar muerte a la pareja de esposos.

El testimonio de Nancy Omaira Fernández, destaca, no permite inferir las razones por las que ocurrieron los hechos, en la medida en que desconocía de amenazas en contra de ella y de su cónyuge. Además, no vio a las personas que les dispararon. Aquélla, enfatiza, solo escuchó y sintió disparos, por lo que, a su modo de ver, no se sigue que los militares fueron con la premeditada intención de matarlos.

Entretanto, adiciona, Julia Inés Barrera, vecina de la finca, refiere haber escuchado los disparos y, luego de algún tiempo, vio salir a los militares. Mas ese testimonio sirve apenas para corroborar la presencia de la patrulla en el lugar. Nada más.

Por su parte, añade, los agentes de policía de vigilancia y de policía judicial que arribaron a la escena del crimen no encontraron evidencia que permita establecer cuál fue la actuación de cada uno de los procesados, algo que a ellos tampoco les consta. Apenas, resalta, dan cuenta de que encontraron impactos de proyectiles y vainillas de fusil 5.56, una de ellas hallada en la casa de habitación.

En cambio, subraya, el testimonio del oficial del Ejército Miguel Alberto Alonso Galindo es sumamente importante, en la medida en que indica la *clase* de soldados al mando del cabo RIVAS VERGARA, quien dirigió el desplazamiento de la escuadra sin estar autorizado para ello, por su propia iniciativa. Según aquél, enfatiza, *“los soldados no tienen capacidad de decisión; solo obedecen”*.

En punto de valoración, el tribunal consideró que, contrario a los fundamentos de la acusación, es más creíble que los soldados acusados, dado su rango en el Ejército, solo hagan lo que les dice su comandante directo. Seguramente, destaca, por eso ocultaron lo que pasó en la finca, porque el cabo RIVAS VERGARA así se los ordenó. Adicionalmente, *“es de conocimiento público que los llamados soldados de mi pueblo son personas de extracción campesina que buscan solucionar su situación militar”*, distinto a los soldados profesionales, como lo indicó el mayor Juan Pablo Velandia Pachón.

A su turno, continúa, el soldado JOHAN STIGUAR FEMAYOR MOSQUERA, quien participó en los hechos materia de investigación y resultó herido, expuso que el cabo RIVAS los reunió y les dijo que iban a capturar a un tipo. Sostuvo que a la casa

entraron con el cabo los soldados BACARES, ANGULO y BUITRAGO, mientras los demás prestaron seguridad alrededor de ella. No obstante, no pudo darse cuenta de lo ocurrido al interior de la vivienda, porque estaba oscuro.

El testigo FEMAYOR, continúa, en ningún momento señaló que el cabo RIVAS les hubiera indicado el lugar y la razón del desplazamiento. Ya en el sitio, les dio a los soldados órdenes normales, como asegurar el lugar, sin que siquiera les hubiera ordenado disparar, lo que deja en el vacío una distribución de roles criminales y demuestra *“actuaciones normales ante cualquier situación”*.

Para el *ad quem*, ello confirma que los soldados fueron utilizados sin tener posibilidad de enterarse de lo que realmente iban a hacer, lo cual aún se desconoce. Se pregunta ¿qué habría ocurrido si los esposos Barrera hubieran permitido el ingreso de los militares y no hubieran tratado de escapar por la ventana, *“al parecer utilizando un revólver”*?

En criterio del tribunal, mal podría entonces afirmarse la coautoría impropia, porque el cabo RIVAS llevó a los soldados engañados al sitio, así como mintió a sus superiores, los oficiales de operaciones del batallón Javier Alfonso Quiroga Villalobos y Miguel Alberto Alonso Galindo, en relación con la misión a cumplir y la causa de la herida del soldado FEMAYOR: *“no hay ningún elemento que demuestre la existencia de un acuerdo previo en el que hubieran participado los procesados, que sus actuaciones se hubieran desarrollado en cumplimiento de aquél...ni la intervención de cada uno de ellos”*.

Como, según su entender, no había evidencia de la ilegalidad de las órdenes proferidas por el superior a los soldados acusados, no es dable que éstos estuvieran en posibilidad de incumplirlas. El

cabo RIVAS, subraya, “*sólo les ordenó ubicarse en sitios estratégicos y prestar seguridad*”, sin que se conozca lo ocurrido en el interior de la vivienda, pues lo que pasó allí “*no se sabe*”; ni la misma Nancy Omaira hace claridad al respecto. Además, se desconoce quiénes, “*aparte del suboficial*”, ingresaron a la casa; únicamente se sabe que el señor Barrera “*salió con el revólver empuñado*”.

Según el juicio del *ad quem*, no es sabido lo que pretendía el cabo RIVAS con el ingreso a la casa de la familia Barrera ni “*que tuviera la intención de asesinarlos y, mucho menos, razones para ello*”, que queda en el vacío el supuesto acuerdo criminal del que participaron los acusados -engañados por su comandante y limitados a seguir sus órdenes-. El “*solo hecho que los militares aquí procesados hubieran estado en el sitio y a la hora de los hechos o que hubieran mentido sobre lo que realmente hicieron, por órdenes del oficial RIVAS*”, considera, no son elementos que permitan señalarlos como coautores del homicidio ni de su tentativa. El cambio de fusiles, además, fue una situación administrativa sin incidencia en el compromiso penal de los acusados, dado que en el lugar de los hechos quedaron vainillas.

De suerte que, para el tribunal, no es posible atribuir a los acusados el haber actuado en coautoría impropia cuando se desconoce la ubicación concreta de ellos al momento de los hechos y lo que las pruebas muestran es que ni siquiera se enteraron en ese momento de lo ocurrido, porque “*no ingresaron*” a la casa de habitación. Por ello, estimó que la responsabilidad no se acreditó en un grado de conocimiento más allá de duda razonable y, en consecuencia, revocó la condena para absolverlos.

4.2.2.2. Errores de hecho en que incurrió el *ad quem* al apreciar y valorar las pruebas.

Examinados los fundamentos con base en los cuales se afirmó la insuficiencia probatoria para condenar a los acusados como coautores impropios de homicidio en persona protegida, la Sala detecta que, en efecto, se configuran varios yerros que afectan la legalidad del escrutinio probatorio.

Bajo la óptica de la *apreciación*, fase que corresponde al entendimiento genuino y fidedigno del contenido objetivo de las pruebas, saltan a la vista varias deficiencias por cercenamiento, constitutivas de *falso juicio de identidad*, así como falso juicio de *existencia* por omisión.

4.2.2.2.1. En efecto, a la hora de apreciar los testimonios de los superiores del cabo RIVAS VERGARA, el tribunal aplicó una observación que dista del *completo* dicho de aquéllos.

En primer lugar, el capitán **Miguel Alberto Alonso Galindo**, entonces comandante del Batallón Birno 44-Ramón Nonato Pérez, no solo testificó en punto de la autorización pedida por el cabo RIVAS VERGARA para desplazarse con la escuadra a Villa Carola, para supuestamente "*verificar la presencia*" de alias CHEJO MORA -en contra de quien el suboficial RIVAS aseguró que existía una orden de captura-. Tras relatar cómo el prenombrado suboficial incumplió lo ordenado, pues se dirigió con un pelotón de soldados ubicados en el Cerro del Porvenir a un sitio *distinto* al que se le autorizó -a 12 o 15 km. de Villa Carola, *por fuera* de la "*jurisdicción*" del batallón- y con un propósito también diferente, el capitán Alonso Galindo clarificó aspectos concernientes a *protocolos de actuación militar* que influyen en la valoración aplicada por el tribunal.

Entre otros asuntos, el prenombrado capitán, quien además cumplía funciones como director de escuadra en el batallón militar de Monterey, puso de presente sin que el *ad quem* lo

apreciara que, si bien los soldados son personas sin mando, ejecutantes de órdenes provenientes de sus superiores, también es verdad que, cuando un comandante de escuadra dirige una misión, aquéllos han de conocer lo ordenado y qué es lo que se va a ejecutar en ella.

Sobre este último particular, como acertadamente lo trajo a colación la procuradora impugnante, el testigo declaró: *“está estipulado que cuando se va a cumplir una misión, después de haber seguido la cadena de mando, uno reúne a los hombres antes de salir, habla con ellos y les dice qué misión se va a cumplir. Eso se debe hacer antes de salida a cumplir una misión...los soldados deben saber para dónde van”*.

No obstante, el *ad quem* hizo abstracción de tales apartes del testimonio del oficial Alonso Galindo y únicamente reseñó lo que aquél declaró en punto i) de la autorización dada para el desplazamiento a Villa Carola, dada con el propósito de verificar información de alias CHEJO MORA; ii) del informe rendido al día siguiente sobre la herida causada al soldado FEMAYOR, producto de un supuesto accidente ocurrido entre El Porvenir y Villa Carola; iii) de la ausencia de reporte de combate por el cabo RIVAS VERGARA y iv) del informe dado por el mayor Velandia, en el sentido de que el soldado FEMAYOR reconoció que fue herido en una operación, en una casa ubicada en Villanueva.

Con esa base, extrajo una premisa fundamental para concluir la falta de responsabilidad de los procesados, a saber, que la escuadra estaba conformada por *“soldados de mi pueblo”* que *“sólo obedecen”*, descartando de plano que tengan alguna capacidad de discernimiento y oposición a cumplir órdenes que implicaran la comisión de delitos.

Del contraste del entendimiento del testimonio por el tribunal y el contenido objetivo de aquél, entonces, salta a la vista una afectación de su identidad por *cercenamiento*. Ese recorte de información suministrada por el testigo, como se expondrá más adelante, es del todo trascendente, como quiera que, articulado con otros yerros de apreciación, altera las premisas tenidas en cuenta para valorar en conjunto las pruebas y, consecuentemente, las conclusiones probatorias, traducidas en proposiciones fácticas a partir de las cuales se valoró la responsabilidad.

En esa dirección, en segundo término, la reseña del testimonio del **capitán Javier Alfonso Quiroga Villalobos**, oficial de operaciones del Batallón BIRNO 44 hecha por el *ad quem* tampoco es fidedigna, por cercenamiento de apartes del todo relevantes para verificar si los acusados participaron, con división de tareas, de un actuar ilegal del cual tenían conocimiento.

De lo expuesto en el juicio por el prenombrado oficial, el tribunal se limitó a resaltar que aquél se enteró a las 4:00 a.m. de que había un soldado herido y que el cabo RIVAS lo atribuyó a un accidente, para nada relacionado con un combate, cuya existencia fue negada. Mas el juez colegiado de segunda instancia pasó por alto cuestiones alusivas a i) la forma en que los soldados acusados, en respuesta a sus requerimientos, mintieron sobre la causa y las circunstancias en las que fue herido FEMAYOR; ii) la formación con la que cuentan los acusados, en tanto miembros del Ejército Nacional; iii) la necesidad de que el Ejército esté acompañado de la policía judicial para ingresar a inmuebles y practicar capturas y iv) la manera en que se instruye a los soldados cuando se planea y ejecuta una operación.

En concreto, en la apreciación de la prueba, nada observó el tribunal sobre los siguientes dichos del testigo:

a) *“Sobre las tres o cuatro de la mañana, le informaron que había llegado un soldado herido al dispensario, que lo había dejado el cabo RIVAS, quien dijo que se había cortado. Vio una radiografía y se veía una ojiva, que es muy diferente a una cortada, como le habían informado. Le informó eso al mayor Velandia y se fue al COT -Centro de Operación de Unidades Tácticas- a tomar contacto con la Base El Porvenir, para preguntarle a RIVAS qué había pasado...Se dirigió a Monterrey y habló con el suboficial y los soldados; todos se sostuvieron en que había sido un accidente autoinfligido y que el lugar del patrullaje había sido en Villa Carola”.*

b) *“Cualquier tipo de soldado tiene la misma capacitación, la misma instrucción y entrenamiento. El nivel de instrucción básico de escuadra y pelotón es el mismo para todos los soldados, regulares, profesionales, campesinos o bachilleres”.*

c) *“Al personal, antes de salir a una misión, se le hace una descripción de lo que van a hacer. No siempre se dice el sitio, pero sí se dice qué **tipo de maniobra** van a realizar. Eso se debe informar. Si es un control militar, un registro o una infiltración, eso lo deben tener claro los soldados al momento de cumplir una misión”.*

d) *“Un soldado, cuando sale a cumplir una misión, sabe qué es lo que va a hacer...**La maniobra** como tal la debe conocer la unidad...Los soldados no están autorizados para ingresar a los inmuebles ni realizar capturas. Esto debe hacerse en compañía de la policía judicial y orden de autoridad competente...Los soldados deben conocer la maniobra”.*

e) *“La maniobra, lo que van a hacer, lo debe conocer todo el personal: qué es lo que van a hacer, si es una emboscada, una interdicción, un punto de control, eso lo debe saber la unidad. De acuerdo con los protocolos, al comandante debe informarse de todo, debe informarse al COT y en el COT no está registrada esta operación”.*

Aunado a lo anterior, el *ad quem* incurrió en falso juicio de existencia por omisión, como quiera que se abstuvo de apreciar un documento incorporado como prueba N° 13 por intermedio del testigo Quiroga Villalobos, consistente en el informe rendido por éste al comandante del Batallón de Infantería N° 44 sobre las irregularidades detectadas en la madrugada del 5 de octubre de 2009 (fl. 46-47 Cuaderno de pruebas). Allí, en efecto, puede leerse

que la misión autorizada tenía el objetivo de *verificar la ubicación* de alias CHEJO MORA. En el oficio, el capitán Quiroga Villalobos indicó:

De manera inmediata me comuniqué con la base El Porvenir, donde permanece el CP RIVAS, para preguntarle cuál había sido la situación en la cual resultó herido el soldado...el suboficial en mención me manifestó que el soldado se había cortado con una lata y que él se encontraba autorizado por el Comando del Batallón para realizar una *patrulla de verificación* sobre el sector de la vereda Villa Carola, ya que estaba manejando información de la presencia de un sujeto ELÍAS MORA, alias CHEMO, quien al parecer estaba adelantando robos y abigeato en la región.

Como tercera medida, también en punto de la inobservancia de lineamientos y directrices de la milicia en la ejecución de la operación materia de investigación, el tribunal omitió apreciar detalles ofrecidos por varios testigos directos de los hechos. En concreto, el *ad quem* inobservó lo expuesto en punto de la *ausencia de proclamas* al arribo de la escuadra a la finca de la familia Barrera.

En esa dirección, del testimonio del **Juez Penal Militar Óscar Nelson Guerra** el *ad quem* se abstuvo de apreciar la mayoría de su exposición en juicio por tratarse de prueba de referencia inadmisibles (consistente en la lectura e “*incorporación*” de las declaraciones por él tomadas a los acusados en el proceso penal militar que, inicialmente, se tramitó por los hechos aquí investigados). Sin embargo, habiendo tenido conocimiento del informe del batallón de infantería sobre lo sucedido en la finca de los Barrera, en respuesta a pregunta de una de las defensoras explicó en qué consiste una *proclama*, cuestión que, siendo admisible, fue omitida por el tribunal, incurriendo en otro falso juicio de identidad por cercenamiento.

Al respecto, el prenombrado funcionario expuso¹³ que la proclama es un procedimiento que deben ejecutar los militares en una operación, consistente en una voz de advertencia que hace la unidad militar, antes de proceder con armas de fuego, para que las personas u otra fuerza armada, no reaccionen contra la tropa.

Tal omisión de apreciación fue determinante para que, a la hora de reseñar lo declarado por tres testigos directos de los hechos (**Nancy Omaira Fernández, William Ayonel Vargas Alfonso y Julia Inés Barrera Vega**), igualmente fueran cercenados y tergiversados aspectos de su dicho que permiten afirmar que la escuadra conformada por los acusados irrumpió a la finca *sin elevar las proclamas* de rigor.

La señora Julia Inés, reseñó el tribunal, refirió haber escuchado los disparos y, luego de algún tiempo, vio salir a los militares. Por otra parte, destacó el *ad quem*, William Ayonel Vargas, residente de la casa de Braulio Barrera y Nancy Omaira Fernández, aseveró que se encontraba durmiendo en la habitación siguiente a la de la pareja Barrera Fernández y se escondió debajo de la cama porque le hicieron varios disparos.

A la hora de consignar la comprensión del testimonio de Nancy Omaira Fernández, el tribunal sostuvo que ésta “*sólo escuchó y sintió disparos*” y que no vio a quienes les dispararon, porque estaba oscuro.

Sobre este último particular, salta a la vista una tergiversación del dicho de la señora Fernández, ya que, cotejado lo reseñado en la sentencia impugnada con el contenido objetivo de su testimonio, no es cierto que su percepción auditiva se hubiera limitado a los disparos. No. La testigo escuchó y percibió más cosas, inobservadas por el tribunal, a saber, las *palabras*

¹³ Cfr. Sesión de juicio del 18 de septiembre de 2012 (video _01, min. 01:11:53).

pronunciadas por la tropa cuando entró a su predio y casa, así como el momento en que, desde el exterior de la vivienda, vio cuando les apuntaban con armas largas, percepción visual posible por la luminosidad de la luna.

En su testimonio¹⁴, la señora Nancy Omaira narró que quienes irrumpieron en la propiedad nunca invocaron una orden judicial de captura o allanamiento, no preguntaron por nadie y lo único que dijeron, en varias ocasiones, fue “*patrón abra la puerta*”. Nunca escuchó voces de alto ni órdenes para detenerse¹⁵. Mas ellos no se atrevieron a abrir la puerta, menos cuando vieron que *les apuntaban con armas largas* desde el exterior. Por ello, dijo, su esposo sacó el revólver, pero nunca se enfrentó a los atacantes, pues la tomó de la mano para escapar por la ventana. Los primeros tiros, resaltó, se los hicieron a ella; ambos salieron por la parte posterior de la casa y como a 5 o 6 metros de su recámara fue impactada en la espalda; luego escuchó cuando alguien de acento costeño le dijo a su esposo “*estese quieto o le vuelo la porra*”.

Se trató, según la testigo, de “*una balacera grave, no sé de dónde salían tantos tiros...hasta la habitación entraron las balas*”. La luna, sostuvo, estaba muy clara y se veía “*casi de día*”.

A su turno, William Ayonel Vargas Alfonso,¹⁶ a quien según el tribunal le hicieron varios disparos, expuso que Omaira lo despertó y, cuando ella saltó por la ventana, “*fue que comenzaron a volar plomo*”. No escuchó que los hombres se identificaran, sino únicamente la frase de “*le volamos la porra*”. Resguardado debajo de la cama no escuchó más. Braulio lo llamaba, pero él por miedo no salió. Apenas lo hizo 10 minutos después, pero aquél ya no

¹⁴ Cfr. sesión de juicio del 10 de mayo de 2010, video _02, min. 01:02:55-01:03:53.

¹⁵ Ídem min. 01:07:50 y 01:09:53.

¹⁶ Cfr. sesión de juicio del 10 de mayo de 2010, video _03, min. 06:03 y ss.

tenía signos vitales. La noche, aseveró, estaba clara, porque había luna llena.

Adicionalmente, el señor Vargas Alfonso, al ser interrogado sobre quiénes estaban en la casa cuando sucedieron los hechos, respondió, sin que el tribunal lo observara, que estaban don Braulio, doña Omaira, Olga y él. Al lado de la cocina, doña Imelda, dos muchachos que trabajan ahí, obreros, y CHEJO MORA.

Ello deja en evidencia, entonces, que el *único* suceso narrado por el señor Vargas no fue el esconderse debajo de la cama, como se consignó en la sentencia impugnada. El tribunal cercenó los antedichos *detalles* ofrecidos por aquél en su relato, como también sucedió con el testimonio de Julia Inés Barrera Vega, vecina de la finca de la familia Barrera y prima de Braulio.

La testigo¹⁷ dijo algo más que haber “*escuchado disparos*”, ver salir a unos militares del predio y conocer a CHEJO o CHEJITO MORA como un trabajador encargado de negociar el ganado de Braulio. En su declaración aludió a “*ráfagas de fusil*”, fuertes gritos y un “*tropel*”. Los disparos eran ráfagas, aclaró a la defensa¹⁸, “*porque eran cantidades muy rápidas*”. Así mismo, puso de presente que, después de los disparos, observó pasar personas uniformadas y armadas con fusiles¹⁹. La visibilidad²⁰ era buena, pues “*había una luna esplendorosa y se veía claramente*”.

En cuarto lugar, siguiendo con los yerros de identidad en que incurrió el *ad quem*, en el testimonio del **soldado JOHAN STIGUAR FEMAYOR MOSQUERA** también se detectan falencias

¹⁷ Cfr. sesión de juicio del 26 de julio de 2010, min. 47:42 y ss.

¹⁸ Ídem. Min. 57:20.

¹⁹ Ídem. Min. 01:04:25.

²⁰ Ídem. Min. 52:28.

de apreciación por cercenamiento del contenido objetivo de su dicho.

En el fallo de segundo grado simplemente se reseñó que aquél participó en los hechos y resultó lesionado. *“Dice que el cabo los reunió y les dijo que iban a capturar un tipo que estaba robando ganado. Para efectos de credibilidad, es importante señalar que, al igual que lo hizo Nancy Omaira, se refiere a los dos tipos en moto que estaban en la finca. Igualmente, a las mentiras que dijo el cabo sobre su herida y el interrogatorio de este sobre si ya había contado. No sabe quiénes eran los de la moto ni los que vivían en la finca. Dice que a la casa entraron BACARES, ANGULO y BUITRAGO con el cabo. Los demás prestaron seguridad alrededor de la misma. No obstante, dada la oscuridad, no pudo darse cuenta de lo ocurrido al interior de la casa”*.

Empero, en la apreciación del testimonio el tribunal nuevamente mutiló apartes del todo relevantes, los cuales, además de tener incidencia en la valoración conjunta de las pruebas, permitió -como enseguida se expondrá- que se fijaran erróneamente premisas de hecho carentes de soporte probatorio.

De la incompleta apreciación del dicho del soldado FEMAYOR importa traer a colación, por una parte, que éste no recuerda con precisión si, al ingresar al predio de la familia Barrera, se identificaron o no como miembros del Ejército Nacional; por otra, que no le consta que Braulio Barrera hubiera disparado. Además, el *ad quem* también pasó por alto que el soldado no sólo reveló que fue herido con *munición de fusil 5.56*, sino la *forma en que se organizaron* para emprender el operativo y la *magnitud de la balacera* desatada en el lugar por sus compañeros.

Sobre tales aspectos, en sesión de juicio oral del 9 de mayo de 2017²¹, el soldado regular FEMAYOR, perteneciente a la escuadra del BIRNO 44 dirigida esa noche por el cabo RIVAS, declaró que, al arribar a las afueras de la finca, este último habló con dos civiles que le dieron instrucciones para adentrarse en ella -personas que Nancy Omaira había visto, junto a una moto, dos horas antes de entrar a su casa- y reunió a los soldados -dotados de fusil, cinco proveedores, chaleco y munición de reserva- haciendo un diagrama del lugar y la forma en que lo acordonarían, a la vez que instruyó quienes ingresarían a la casa y quienes conformarían un anillo de seguridad.

En ese contexto, el testigo sostuvo, entre otras cosas, que BACARES, ANGULO PAI, BUITRAGO y otro compañero de apodo “*El Panadero*” ingresaron a la casa por orden del cabo RIVAS y los demás se quedaron en el cordón externo de seguridad, como a 300 m. “*de los hechos*”. Él se ubicó junto a ÁLVAREZ y VILLAMARÍN. Cree haber escuchado “*algo de que somos del Ejército Nacional, venimos a hacer una captura*”, pero aclaró al fiscal que *no se acordaba muy bien*.

Todos los soldados, dijo, dispararon sus armas. Él lo hizo en una oportunidad, haciendo un tiro “*de distracción*” al aire. Aparte del grupo de militares, destacó, no había gente armada: “*Que sepa, no señor, pues íbamos nosotros no más, pues lo único que salió fue el señor que supuestamente llevaba un revólver, porque yo no me acerqué por allá ni nada*”. Para ese lado por donde corría el señor hacia “*el palo de mango*”, enfatizó, “*estaban disparando mucho, llovían muchas balas y miraba las trazadoras cómo nos cruzaban, nos tocó tirarnos al piso bien agachados... se miró cruzar mucha trazadora por esos lados*”. En esas circunstancias, aclaró, fue herido en el codo con una bala de calibre 5.56 -que pudo observar en la radiografía que después le sacaron-, tipo

²¹ Min. 32:36 y ss.

de munición que ellos llevaban, sin que hubiera alguien más con ese tipo de armamento. No vio quién le disparó.

Luego de ello fue auxiliado y la tropa se retiró sin prestarle primeros auxilios a nadie más, en el camión de la base, que los esperaba afuera. *“Cuándo a usted lo retiran para llevarlo a que le presten los primeros auxilios, ¿cuánto personal militar lo acompañó? – Me acompañaron todas las personas que iban ese día en el camión, o sea las diez personas y yo”*.

Adicionalmente, expuso que luego de los hechos el cabo RIVAS lo instruyó para que dijera que se había cortado con una lata, pero él le dijo a la médica del Hospital de Monterrey que lo atendió que era mentira. En Tauramena, el mayor que fue a esclarecer el caso lo indagó por la herida de bala que recibió en el codo. Él, puntualizó, dijo la verdad, pero sus compañeros dijeron otra cosa influenciados por el cabo RIVAS:

Hablé con ÁLVAREZ. Yo le dije ¿qué pasó, por qué están diciendo mentiras, que supuestamente yo me había pegado un tiro? Entonces, él dijo no, que él iba a decir la verdad también...entonces, solamente con esa persona es que he dialogado así, es quien estuvo al lado cuando me pegaron el tiro a mí, fue el que me auxilió.

...cuando hicieron la primera interrogación a ellos, no sé qué pasaría, se dejaron convencer del cabo o algo así...no sé la versión, yo hablé con él y le dije que iba a decir la verdad, yo le dije, pues yo ya di mi versión, lo que es la verdad, porque nadie sabía del caso, yo fui quien dio a esclarecer el caso para que siguieran el proceso.

Al llegar a la base El Porvenir, al otro día, sostuvo, les fue asignado otro armamento que ya estaba *“improntado”*: *“los fusiles que nosotros llevábamos, ellos nos los cogieron y nosotros cogimos los que estaban en la base...el cambio de armamento fue por el sargento de la base”*. El cambio de fusiles, subrayó, se hizo sin acta y desconoce a quién le asignaron su fusil, que recogió el cabo RIVAS.

De otro lado, al referirse al inicio del operativo, el soldado FEMAYOR MOSQUERA expuso, sin que el tribunal tampoco lo observara: *“ese día estaba en el puesto 7, al lado del COT, entonces hicieron una reunión como a las siete u ocho, me mandaron a llamar a mí del puesto y me relevaron. Me dijeron que tenía que ir a ayudar...después el cabo dijo que tenía una orden de captura para un señor que estaba robando ganado”*.

En quinto lugar, la apreciación de los testimonios de **Arnobis Arias** y **Albert Yamid Vargas Coronado**, agentes de policía judicial y de vigilancia, respectivamente, están asimismo afectados en su identidad.

El señor Arias, para el tribunal, *“tampoco relata nada que permita determinar cuál fue la actuación de cada uno de los procesados. Encontró, sí, dos vainillas de fusil. El occiso se encontraba en ropa interior y la señora en bata de dormir. No encontró el revólver”*. Mientras que de Albert Yamid Vargas refirió que *“coincide en que en el sitio fueron encontradas vainillas de fusil 5.56, así como varios impactos de proyectiles que indicaban haberse realizado desde el exterior”*.

Mas contrastada esa comprensión con lo dicho por los testigos, tras procesar la evidencia física y elaborar conexiones forenses, hay detalles cercenados, importantes para comprender cómo procedieron los soldados al interior del predio y de la casa.

Arnobis Arias dijo algo importante, inobservado por el tribunal, esto es, el lugar *exacto* donde encontró las vainillas de fusil y la impresión que tuvo, como primer respondiente, al arribar a la escena del crimen. En el camino, dijo, vio dos vainillas de fusil en el piso. *“Me di cuenta de la magnitud del problema, pensé que era un enemigo mayor. Sentí temor”*. Omaira estaba herida en una

habitación, cerca de la que encontró dos vainillas de fusil, en la sala.

A su turno, el agente de policía judicial Vargas Coronado describió con detalles, omitidos por el tribunal, el estado de la escena del crimen tanto al interior como al exterior de la casa. Observó impactos de proyectiles *en los árboles y en el camarote* dentro de una de las habitaciones. Los disparos, aclaró, provenían de la parte exterior, de un salón que se encuentra en el centro de la vivienda hacia dentro, entrando por una ventana de la habitación. En las habitaciones y en el camarote se encontraron huellas de impactos de proyectiles, en total, seis vainillas: en la casa encontró dos y en el maizal cuatro, distantes la una de la otra. Las que estaban en el cultivo de maíz, aclaró, estaban a diez metros de la casa.

Por último, los testimonios de los médicos legistas que, en su orden, practicaron la necropsia a Braulio Barrera y el examen médico legal a Nancy Omaira Fernández, fueron reseñados muy superficialmente por el tribunal, cercenando su identidad.

De la **doctora Vivian Isleny Becerra Rivera** apenas consignó que el proyectil que causó la muerte a Braulio fue encontrado en su cuerpo y embalado para su análisis, al tiempo que el disparo se hizo a 10 o 15 metros, mas ocultó datos importantes del protocolo de necropsia incorporado mediante la médica forense (prueba N° 2, fl. 9-13). De un lado, que la trayectoria de la lesión por proyectil de arma de fuego fue **postero-anterior**, de derecha a izquierda, en el plano horizontal. El proyectil recuperado, resaltó, es “*de tipo largo alcance, de arma fusil*”.

En cuanto al dicho del **doctor Johnny Currea Angarita**, tan solo reseñó el *ad quem* que declaró sobre el reconocimiento realizado a la señora Fernández, “*quien presentaba heridas de*

fusil”, mutilando, entre otros detalles relevantes, que en la anamnesis aquélla manifestó que “*los tiros eran desde atrás*”, lo cual corroboró el galeno legista al diagnosticar “*hemoneumotórax izquierdo por herida con proyectil de arma de fuego en **tórax posterior***” (fl. 23-24).

4.2.2.2.2. Ahora, la Sala destaca que el juez de primera instancia, pese a la insistente oposición del defensor, permitió la incorporación de pruebas inadmisibles, como si se trataran de “*prueba trasladada*” del proceso penal instruido por el Juez Penal Militar de Yopal. Considerándolas erróneamente como “*pruebas documentales*”, el *a quo* permitió la aducción de las actas de declaraciones rendidas por los aquí acusados en el marco de dicho trámite, antes de que el proceso fuera remitido a la justicia ordinaria, por tratarse de posibles crímenes contra el D.I.H.

Dicho yerro fue identificado y sancionado por el tribunal, que expresamente *se pronunció* sobre la imposibilidad de apreciar tales declaraciones. No obstante, veladamente extrajo rezagos de información derivada de éstas, incluyendo en la valoración una premisa fáctica que carece por completo de soporte probatorio, a saber, que la pareja Barrera Fernández trató de escapar, “*al parecer, utilizando el revólver*”.

Según lo expuesto, ninguno de los testigos presentes en la casa al momento del asalto de la unidad militar afirmó que el señor Barrera hubiera disparado, como tampoco lo aseguró el soldado FEMAYOR MOSQUERA, quien fue herido con munición de fusil 5.56, no de revólver. Además, según se verá más adelante, en la escena del crimen no se halló evidencia física indicativa de que se disparó un arma de corto alcance y el disparo mortal fue propinado a Braulio *por la espalda*, no en una posición de ataque a la tropa con arma de fuego.

De ahí que el tribunal también haya incurrido en una infracción de derecho por falso juicio de legalidad, al acudir *veladamente* a prueba inadmisibles (declaraciones rendidas por los acusados en la instrucción del proceso penal militar y reseñadas en el fallo de primer grado) para sugerir que los soldados fueron atacados con disparos de arma de fuego desde el interior de la casa.

Tales medios de conocimiento, que para nada son de naturaleza documental, sino que constituyen *declaraciones* (evidencia testimonial) anteriores al juicio, dadas por los acusados en el contexto de un proceso penal militar -sin tratarse, por ello, de manifestaciones espontáneas extraprocesales-, en manera alguna podrían considerarse como prueba, debido a que los aquí acusados optaron por su derecho a guardar silencio y se abstuvieron de declarar en el juicio. Además, revisadas las actas de las diligencias de declaración rendidas por los soldados procesados, tomadas por el Juez 13 de Instrucción Penal Militar, aquéllos declararon, pese a existir sindicaciones en su contra, sin la asistencia de un defensor (cfr. fl. 25-41 cuad. pruebas).

En conclusión, de la estructura probatoria ha de removerse la proposición consistente en que Braulio Barrera usó o pudo haber usado el revólver. No es dable insinuar que aquél disparó a los soldados ni que “*empuñó*” el arma para amenazarlos. Lo narrado por Nancy Omaira es que, si bien su esposo tomó el revólver, quizás con la *inicial* intención de protegerse, optó por escapar con ella, pues fácilmente vieron que se trataba de varias personas que les apuntaban desde el exterior de la casa con armas *largas*, quienes, ya dentro de ella, siguieron disparándoles hacia el exterior, por la espalda.

4.2.2.2.3. Pues bien, las advertidas falencias de *apreciación*, sin dudarlo, tienen trascendencia porque son aptas, tanto cualitativa como cuantitativamente, para alterar la valoración y

las conclusiones probatorias en que se basa la absolución. Pero antes de abordar ese análisis, la Sala ha de poner de manifiesto un *error adicional*, que en sí mismo afecta la corrección del escrutinio probatorio, por constituir un *falso raciocinio*.

En efecto, la hipótesis cifrada en que los soldados acusados desconocían la ilegalidad de su proceder y estaban en incapacidad de desobedecer órdenes ilegítimas es la base en que el tribunal edifica la ausencia de responsabilidad de aquéllos. A ese aserto, como bien lo destaca la impugnante, *subyace* una premisa consistente en que un soldado de extracción campesina carece de cualquier discernimiento y obedece irrestrictamente lo que se le ordena, así sea cometer crímenes.

No obstante, tal postulado lejos está de constituir una regla de experiencia apta para valorar las circunstancias en que acaecieron los hechos investigados. Con ocasión del extenso conflicto armado que se ha desarrollado por más de cinco décadas en Colombia, la formación e instrucción militar en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario ha incluido desde las tropas de rango más bajo hasta oficiales de alto nivel. De ahí que sea dable sostener algo opuesto, esto es, *por lo general*, cualquier soldado está en capacidad de distinguir entre órdenes legítimas y directrices prohibidas, por constituir ataques a la *población civil*.

Pregonar que todo soldado regular es incapaz de identificar órdenes ilegítimas -por constituir acciones delictivas- no puede ser una regla de experiencia y, por lo tanto, implica un falso raciocinio.

Y es que no sólo dicho aserto entraña un desconocimiento de las máximas del ordinario devenir de la vida en sociedad, sino que resulta *contraevidente* a lo probado en la actuación sobre la

instrucción con la que contaban los integrantes del Batallón *contra guerrilla* BIRNO 44-Ramón Nonato Pérez, según lo dio a conocer el capitán Javier Alfonso Quiroga. Mas, como se puso de presente con anterioridad, la apreciación del testimonio de éste fue incompleta.

El prenombrado oficial, al declarar sobre la instrucción de los hombres bajo su mando, manifestó que *“cualquier tipo de soldado tiene la misma capacitación, la misma instrucción y el mismo entrenamiento. El nivel de instrucción básico de escuadra y pelotón es el mismo para todos los soldados, regulares, profesionales, campesinos o bachilleres”*.

Aunado a lo anterior, reitérese, el *ad quem* también pasó por alto que, según el prenombrado capitán, cuando se sale a una misión los soldados deben conocer *la maniobra* que va a efectuar la unidad, es decir, *qué es lo que van a hacer* -control militar, registro, emboscada, interdicción, infiltración, etc.-, al margen de que en la planeación de la misión desconozcan *el sitio* concreto.

Ello, en punto de valoración, es del todo razonable, pues si algo caracteriza una operación militar es la planeación, la táctica y la estrategia, principios aplicables en la milicia, que para nada suele operar, por la naturaleza y nivel de riesgo de sus actividades, regida por la improvisación o el azar. Es más: si de prestar colaboración en una captura se trata, la descripción del sujeto a aprehender es un dato infaltable en la maniobra.

Siguiendo esa línea de pensamiento, así como lo aclarado por el capitán Javier Alfonso Quiroga, si todo soldado cuenta con una formación básica-común, ha de saber que no están autorizados para ingresar a inmuebles, practicar registros o efectuar capturas sin orden de autoridad judicial competente *y en compañía de miembros de policía judicial*.

4.2.3. Así las cosas, la *conjunción* de los referidos yerros de apreciación y valoración probatoria es de tal *magnitud* que trastoca la estructura probatoria en que se sustenta la absolución. La debida y suficiente observación de los medios de prueba cercenados, la inclusión de la prueba omitida, la exclusión de proposiciones fácticas extraídas de pruebas de referencia inadmisibles y la adecuada fijación de reglas de experiencia conduce a remover las conclusiones e inferencias probatorias, así como los enunciados de hecho en los que el *ad quem* planteó que los soldados acusados desconocían la ilegalidad de su actuar y que fueron ajenos a un acuerdo criminal ejecutado con división de funciones.

El primer aserto que decae es aquél consistente en que la hipótesis delictiva no especificó “*cuál fue la intervención de cada uno de los acusados, su aporte dentro del acuerdo criminal ni la trascendencia de aquél*”. Este equivocado planteamiento del *ad quem*, a su vez, se soporta en otras dos erróneas consideraciones, por una parte, la supuesta falta de conocimiento sobre “*la ubicación concreta*” de los soldados “*al momento*” de los hechos; por otra, que “*no se conoce lo ocurrido al interior de la vivienda*”.

Esto último, más que infundado, es contrario a toda evidencia. Las pruebas practicadas sí acreditan qué fue lo ocurrido al interior de la vivienda de la familia Barrera Fernández: que los soldados pertenecientes a la escuadra dirigida por el cabo RIVAS irrumpieron en el predio, *sin identificarse* como integrantes del Ejército Nacional, apuntando sus armas contra los moradores, a quienes dispararon indiscriminadamente, tanto desde el exterior de la casa como al interior de ésta. Mataron a don Braulio e hirieron de gravedad a Nancy Omaira.

La ubicación de los procesados también se conoció. El soldado FEMAYOR relató que, por órdenes del cabo RIVAS, a la vivienda ingresaron BACARES, ANGULO PAI y BUITRAGO, mientras que él y los demás se quedaron afuera en el cordón de seguridad. Todos los presentes percibieron qué fue lo que pasó, esto es, que los soldados dispararon a los moradores desde el exterior de la casa y en el interior de ella. El soldado FEMAYOR hizo alusión a que “*estaban disparando mucho, llovían balas*” y sintió cómo las “*trazadoras*” les pasaban por el lado, siendo herido -necesariamente por alguno de sus compañeros, dado que nadie más portaba ese tipo de armamento-; William Ayonel Vargas percibió que “*voleaban plomo*”; Julia Inés Barrera escuchó “*ráfagas de fusil*” y Nancy Omaira Fernández describió “*una balacera grave*”, sin saber “*de dónde salían tantos tiros, que hasta la habitación entraron las balas*”.

Ello permite dar por probado, entonces, que no existió combate alguno sino *una emboscada* contra los moradores de la finca, a quienes los soldados dispararon desde el exterior y el interior de la casa, pues se hallaron vainillas de fusil 5.56 en ambos lugares. Los disparos fueron, incluso, indiscriminados, y de ellos quedó evidencia en las paredes, los árboles, un camarote y el propio cuerpo de uno de los integrantes de la escuadra, el soldado FEMAYOR.

En tales circunstancias, en las que los militares, en el más preciso sentido del vocablo, *emboscaron* a los civiles, mal podría el tribunal sostener que, por no haberse reconstruido la ubicación exacta de cada uno de los tiradores cuando dispararon sus armas, no es posible afirmar su responsabilidad penal. El contexto del ataque, recuérdese, no fue en un combate, sino en un predio privado en el que soldados ubicados en la parte externa y otros que irrumpieron en la casa, abrieron contra los civiles una “*lluvia de balas*”, ataque que, incluso, se inició contra una anciana en bata de dormir, no contra el supuesto “*tipo con orden de captura*”.

Nancy Omaira, contrario a lo aseverado por el tribunal, sí conoció lo ocurrido en el interior de la vivienda, esto es, que los soldados entraron al predio *sin efectuar proclamas* o identificarse como miembros del Ejército Nacional y, sin efectuar requerimiento alguno, salvo “*patrón, abra la puerta*”, apuntaron sus fusiles desde el exterior de la casa, por lo que ella y su esposo, en pijama y ropa interior, respectivamente, intentaron huir por la parte posterior del predio, sin atacar en ningún momento a la tropa, pero en el camino fueron heridos por los soldados. No es el simple dicho de aquella. FEMAYOR corrobora que “*el señor corrió hacia el palo de mango*” y, en efecto, Braulio cayó herido en el exterior de la casa tras recibir un disparo *por la espalda*, seguramente efectuado desde el interior de la vivienda, en la que quedaron vainillas de fusil 5.56.

Cabe destacar que, según el soldado FEMAYOR, tuvo la percepción que todos los soldados dispararon, algo que resulta creíble si se tienen en cuenta las descripciones de los testigos sobre la balacera desatada en el lugar y la evidencia de disparos de fusil recogida de la escena del delito.

De otro lado, por la forma en que procedieron los soldados al arribar al predio, al disparar indiscriminadamente, el estado en que se encontraban las víctimas y la manera en que la tropa se retiró del lugar, puede ciertamente inferirse que la emboscada tenía el propósito de matar a quienes se encontraran en la casa.

Al margen de la inexistencia de la orden de captura en contra de alias CHEJO MORA, pues el cabo RIVAS engañó a ese respecto a sus superiores para obtener autorización de salida de la escuadra, los soldados debían saber que no desplegarían una maniobra de esa naturaleza. Primero, porque, estando instruidos en procedimientos básicos de operación, debieron notar que no

estaban acompañados de agentes de policía judicial, sin los que les es prohibido practicar registros, allanamientos y capturas; segundo, debido a que irrumpieron en el predio -por fuera de la “jurisdicción” del Batallón- e ingresaron a la casa sin elevar proclama alguna, como lo ordenan los reglamentos militares; tercero, por cuanto, pese a no haber sido agredidos por nadie, abrieron fuego contra todos los moradores del lugar (Braulio, Omaira y Ayonel); cuarto, ya que si querían capturar a alguien, habrían de perseguirlo e identificarlo, mas optaron por disparar a William Ayonel Vargas, resguardado bajo una cama, y por la espalda a dos adultos mayores que querían salir del lugar en prendas menores, sin representar peligro alguno; quinto, considerando que, estando en el deber de custodiar la escena, auxiliar a los heridos y aprehender al sujeto supuestamente buscado, se retiraron del lugar. Y no solo eso, con posterioridad, desplegaron conductas tendientes a ocultar lo sucedido.

Tales hechos, adicionalmente, para nada son compatibles con la supuesta instrucción que, en la base, el cabo RIVAS VERGARA les dio a los soldados para capturar a un hombre. Además de no haberle dicho a los integrantes de la escuadra las características la persona buscada, hay aspectos indicativos de que los soldados sabían quienes estaban en la casa; no de otra manera habrían dicho “*patrón, abra la puerta*”. Recuérdese que Braulio Barrera era ganadero. Ahora, la intención de matar a quien se atravesara, antes que de buscar a alguien para capturarlo, sale a la luz si se tiene en cuenta que los primeros disparos se hicieron a Nancy Omaira, quien vestía una bata de dormir. De otro lado, Si Braulio tenía a disposición un arma de fuego, que se abstuvo de utilizar ante el entendimiento de la superioridad de su enemigo, tanto en número como en armamento, optando por cuidar a su esposa y escapar con ella, es plausible pensar que se habría detenido ante la instrucción de “*estese quieto o le vuelo la porra*”. Sin embargo, el fatal desenlace

muestra que en la tropa no hubo propósito de reducción, sino de matar.

Esos macabros sucesos fueron comprendidos por el policial Arnobis Arias, quien al inspeccionar la escena entendió que se trataba “*de un enemigo mayor*” y que, por ello, “*sintió miedo*”.

Ahora bien, tanto *a quo* como *ad quem* declararon probado que el cabo RIVAS VERGARA y los soldados, salvo FEMAYOR, mintieron a sus superiores para ocultar el contexto en que aquél fue herido con fusiles de dotación. No solo quiso atribuirse la herida a una cortada, sino que la tropa insistió en que ello tuvo lugar en Villa Carola, sitio autorizado para realizar la “*verificación de información*” sobre alias CHEJO MORA. A esto ha de añadirse que, cuando arribaron a la base, a los soldados sospechosamente les fue reemplazado el armamento. Ese curso de conductas, sin dudarlo, muestra una intención de encubrimiento que, en línea de principio, apunta a acreditar la responsabilidad de los acusados.

Salta a la vista, además de los múltiples errores de apreciación y valoración probatorias en que incurrió el *ad quem*, que éste tampoco aplicó una valoración conjunta de la prueba, sino un escrutinio insular y precario de los medios de conocimiento.

Que los soldados emboscaron con la intención de matar es inobjetable, acorde con las consideraciones hasta aquí efectuadas. Cuestión distinta es que no se hubiera establecido el motivo por el cual querían matar a los moradores de la casa. Mas esto no es un ingrediente requerido por el art. 135 del C.P. para declarar la responsabilidad penal. Una cosa es el dolo, definido por la cognición y voluntad de realizar el verbo rector y otra auscultar las motivaciones internas para actuar de esa manera.

Con todo, lo cierto es que, como lo alega la impugnante, sí había un motivo para acudir a la finca de los Barrera Fernández, desbordando el ámbito de “*jurisdicción*” del Batallón Birno 44 y no es otro distinto a la ejecución extrajudicial de alguien conocido como CHEJO MORA, a quien el cabo RIVAS atribuía la comisión de hurto de ganado.

Se probó la existencia de dicho personaje, que al parecer trabajaba en la finca al servicio de don Braulio, a quien asistía en la negociación de ganado. Mas estando descartada la supuesta orden de captura a la que se refirió el cabo RIVAS frente a sus superiores, es dable inferir que se dirigió a ese lugar -distinto al indicado en el Batallón- con su tropa para matarlo, no con el propósito de “*verificar información*” de él. Y en la ejecución del ilegal propósito, la tropa abrió fuego contra toda persona allí presente, recuérdese, una mujer mayor en pijama, un anciano que pretendía salir de la casa, en pantaloncillos, protegiendo a su esposa y un hombre asustado que se escondía debajo de un camarote.

Que los soldados supieran de antemano a dónde se dirigían es indiferente, pues lo trascendental es que, *en el sitio*, desplegaron una emboscada sabiendo que disparaban a civiles sin justificación alguna, algo muy distante de desplegar actuaciones “*normales*”, como increíblemente lo consideró el tribunal. El cabo RIVAS VERGARA organizó la escuadra en el terreno para ejecutar acciones criminales y el comportamiento de los soldados acusados es consecuente con ello. En ese sentido, es absolutamente infundado sostener que el mencionado suboficial sólo ordenó a sus hombres “*ubicarse en sitios estratégicos y prestar seguridad*”.

Adicionalmente, en el escrutinio probatorio aplicado por el tribunal se identifica otro falso raciocinio por quebrantamiento de las reglas de la lógica; en concreto, del principio de no contradicción. Es absolutamente inconsecuente sostener, por una parte, que los soldados fueron “*utilizados*” por el cabo RIVAS para cometer *un crimen* de su interés; por otra, que no hay evidencia de la ilegalidad de las órdenes por él proferidas.

En ese sentido, como se estableció en la sentencia de primera instancia, no es plausible entender que aquél, habiendo desplegado maniobras fraudulentas para sacar a la tropa del batallón, simplemente se limitó a ordenar a sus soldados que se organizaran para prestar seguridad al exterior de la casa. Ello es absolutamente inverosímil, no solo porque de él era de quien provenía la información sobre CHEJO MORA, quien efectivamente tenía nexos con la finca de los Barrera y tenía nexos con ganado, sino debido a que no existía orden de captura a practicar y el cabo los reunió en el batallón para instruirlos sobre la maniobra a practicar. Además, si el propio *ad quem* basa la absolución en la “*obediencia debida*” por los soldados, a quienes considera ejecutantes sin capacidad de decisión alguna, es inconsecuente concluir que aquéllos emboscaron a los civiles y les dispararon por iniciativa propia, *incumpliendo* lo ordenado por su comandante en el terreno.

Más allá de ello, la valoración articulada y en un solo tejido del comportamiento desplegado por los soldados acusados de manera previa, concomitante y posterior a los hechos investigados permite *inferir* más allá de dudas que actuaron coordinadamente, en ejecución de un plan concebido por el cabo RIVAS y con división del trabajo criminal para ejecutar a CHEJO MORA y a quienes se encontraran en el lugar, pese a tratarse de civiles que para nada representaban un peligro y que tampoco propiciaron un combate.

La obediencia militar es debida siempre y cuando se trate de órdenes legítimas, no para la comisión de crímenes contra el D.I.H., en los que tal figura no tiene cabida. Y estando instruidos los acusados en operaciones militares básicas, como todo miembro de la milicia, estaban en capacidad de entender que emprendían una operación ilícita.

No obstante, actuaron con división de trabajo atendiendo lo dispuesto por el cabo RIVAS y, en ese contexto, dieron muerte a Braulio Barrera e hirieron de gravedad a Nancy Omaira Fernández. Es decir, dolosamente mataron a aquél e intentaron dar muerte a su esposa. Y esa conclusión no sólo deriva, en abstracto, del conocimiento que los soldados deben tener sobre los límites de las órdenes de sus superiores y la prohibición de atacar a la población civil. En concreto, hay varios hechos que, valorados conexamente, apuntan a confirmar que ellos sabían de la ilegalidad de la maniobra y, pese a ello, la ejecutaron.

En efecto, el tribunal reconoce que “*los soldados escucharon cuando se dio la orden al cabo RIVAS VERGARA*”. ¿Cuál orden?, pues desplazarse a *Villa Carola* para *verificar información* sobre un sujeto conocido como CHEJO MORA. Empero, fácilmente pudieron percatarse de que su comandante inmediato, desobedeciendo lo ordenado por un superior de mayor rango, se dirigió con ellos i) a un lugar no sólo diferente al señalado por el capitán Miguel Alfonso Galindo -en su condición de director de escuadra-, sino ubicado por fuera de su ámbito territorial de actuación; ii) a fin de ejecutar una actividad del todo ajena a *verificar información*, pues los acusados ingresaron al predio sin autorización para ello y iii) en ese proceder, además, violaron protocolos militares que naturalmente les permitía entender la ilegalidad de su actuar, pues entraron tanto a la finca como a la casa de las víctimas sin efectuar las consignas para identificarse como miembros del Ejército Nacional y

dispararon contra civiles que para nada los atacaban; antes bien, pretendían resguardarse.

Es más: evaluando dicho curso de conducta, es claro que el *ocultamiento posterior* de los hechos, más que un acto de obediencia al cabo RIVAS, consistió en una manera de encubrir fraudulentamente su propia actuación ilegal, compatible con lo irregular de su comportamiento en la escena del crimen, pues, reitérese, i) la escuadra no tenía jurisdicción en ese lugar, distinto y distante al autorizado por los superiores en presencia de los soldados; ii) no iban a capturar a nadie, pues no existió orden de captura ni de registro; iii) por sustracción de materia, tales documentos no fueron exhibidos; iv) hubo ausencia de acompañamiento de la policía judicial; v) no efectuaron proclamas; vi) las víctimas no atacaron a la tropa; vii) los disparos fueron indiscriminados; viii) era evidente la condición de civiles de las víctimas; ix) no auxiliaron a los heridos ni procedieron a custodiar el lugar, sino que se retiraron sin informar de lo sucedido; x) mintieron para atribuir la herida del soldado FEMAYOR a otras circunstancias y xi) se presentó un intempestivo cambio de armamento al arribar a la base al otro día.

Bien se ve, entonces, que no es cierto, como lo pregona el *ad quem*, que la responsabilidad de los procesados se declaró en primera instancia por “*el solo hecho que los militares hubieran estado en el sitio y a la hora de los hechos o que hubieran mentado sobre lo que realmente habían hecho, por órdenes del suboficial RIVAS*”. No. Son múltiples y convergentes los hechos indicadores que, articulados y valorados con respeto de las reglas de la sana crítica, apuntan a una sola conclusión, esta es, la responsabilidad de los acusados como coautores de homicidio en persona protegida, como acertadamente lo declaró el *a quo* en un grado de conocimiento más allá de toda duda.

4.3. En consecuencia, habiéndose verificado que el tribunal incurrió en violación *indirecta* de la ley sustancial (por falta de aplicación de los arts. 135, 27 inc. 1° y 31 inc. 1° del C.P.), derivada de trascendentes errores *de hecho* y *de derecho* en la apreciación y valoración de las pruebas, que conllevaron a la equivocada revocatoria del fallo condenatorio de primera instancia, la Corte deberá casar la sentencia, para que esta última decisión recobre vigencia.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: romper la unidad procesal respecto de ÉDGAR ORLEY BUITRAGO MARTÍNEZ, cuyo procesamiento está atribuido a la Jurisdicción Especial para la Paz. En consecuencia, se ordena remitir inmediatamente a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de esa jurisdicción copia digital integral del expediente, para los fines de su competencia.

SEGUNDO: casar la sentencia impugnada, por cuyo medio se absolvió a los acusados. En consecuencia, la condena dictada en primera instancia contra CELIO HÉCTOR JESÚS MORENO ROJAS, ÁLVARO JAVIER ROMERO CORTÉS, LUIS ALBERTO BACARES PÉREZ, LUIS ALBERTO ÁLVAREZ ORTEGA, LUIS ARIEL TORRES AGUILAR, JESÚS ANTONIO VARGAS AMAYA, GERSON YIBER VILLAMARÍN CORRALES y LUIS ÓSCAR ANGULO PAI, como coautores de homicidio en persona protegida, consumado y en grado de tentativa, recobra vigencia.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

Cúmplase.

Permiso

FABIO OSPITIA GARZÓN



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Sala Cas-



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

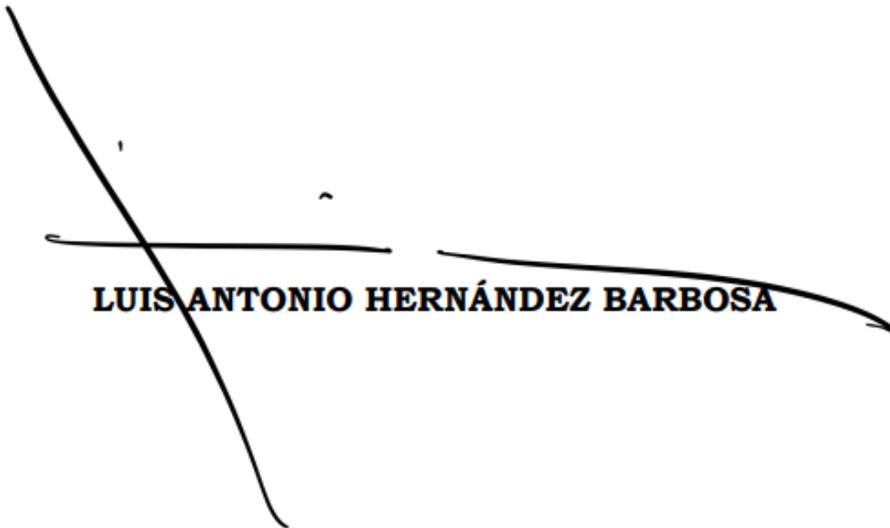


GERSON CHAVERRA CASTRO



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

la Casa



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



HUGO QUINTERO BERNATE



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

Sala Casación Penal@2022