



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION PENAL

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS
Magistrado ponente

SP19623-2017

Radicación N° 37638.

Aprobado acta No. 396.

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

V I S T O S

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de **CÉSAR ROMERO PRADILLA** y **JOHAN JIMÉNEZ VALENCIA**¹, y por la Procuradora 110 Judicial Penal II, contra la sentencia de segundo grado proferida el 15 de junio de 2011, por la Sala Penal del

¹ Militares activos adscritos a la Fuerza Aérea Colombiana en calidades de capitán y teniente, respectivamente, quienes se encuentran gozando de libertad.



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, que confirmó, revocó y aclaró la dictada el 24 de septiembre de 2009 por el Juzgado 12 Penal del Circuito de la misma ciudad.

HECHOS

Con base en información de inteligencia militar, se conoció que el sábado 12 de diciembre de 1998, la avioneta Cessna con matrícula HK-2659, afiliada a la empresa Saviare Ltda., aterrizaría en inmediaciones del caserío Santo Domingo, zona rural del municipio de Tame – Departamento de Arauca, cargada de dinero o armas para actividades de narcotráfico desarrolladas por la guerrilla.

Verificado en esa fecha el descenso de la aeronave en la carretera que de Tame conduce a Pueblo Nuevo – Arauca, las tropas de la Décima Octava Brigada del Ejército y del Batallón Contraguerrilla No. 36, iniciaron las operaciones militares denominadas «Relámpago I y II» y «Pantera», con el fin de obtener su inmovilización y la incautación de los elementos transportados, en cuyo desarrollo se suscitó el combate con al menos 250 miembros de los frentes 10 y 45 de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia –Farc- que se encontraban en el sector para favorecer el aterrizaje y posterior despegue de la aludida avioneta,



enfrentamiento que requirió del apoyo de la Fuerza Aérea y se prolongó por espacio de varios días.

El diseño de los operativos llevó a los pilotos del componente aéreo a realizar una reunión previa *-briefing-* en la mañana del domingo 13 de diciembre de 1998, en la que se concertó la participación de varias aeronaves, una de ellas cargada con un dispositivo *clúster* o munición de racimo AN-M1A2 de fabricación estadounidense, compuesto por 6 granadas o bombas de fragmentación, cada una de 20 libras, empleadas para atacar a personas o vehículos livianos; y se establecieron los blancos en el área de combate sobre los cuales podría lanzarse la misma.

Muy temprano ese día -13 de diciembre de 1998-, fueron 6 las naves que participaron en la acción conjunta: i) helicóptero Black Hawk UH 60L artillado -llamado "Arpía"-, al mando del Mayor Sergio Garzón; ii) helicóptero Hughes-500 artillado -"Cazador"-, conducido por el Teniente Lamilla Santos; iii) avión *Skymaster* -"Gavilán"-, tripulado por 2 extranjeros y el Capitán de la Fuerza Aérea Colombiana CÉSAR Gómez; iv) helicóptero UH 60 -"Spock"-, piloteado por el Capitán Raúl Gutiérrez; v) helicóptero MI 17 de la empresa Heliandes -"Pegasso"-, conducido por el civil Manuel A. Gnecco; y vi) helicóptero UH-1H 4407 -"Lechuza"-, que portaba la bomba *clúster*, cuya tripulación estaba conformada por el Teniente **CÉSAR ROMERO**



PRADILLA –piloto-, Teniente **JOHAN JIMÉNEZ VALENCIA**
–copiloto- y **HÉCTOR MARIO HERNÁNDEZ ACOSTA**
–técnico del helicóptero-.

Luego de varios sobrevuelos de reconocimiento en el área donde se llevaban a cabo las operaciones militares, la tripulación del avión *Skymaster*, en contacto con las demás aeronaves, informó de la movilización y desplazamiento de los subversivos desde la zona boscosa llamada «mata de monte», sitio en el que inicialmente ellos se resguardaban, hacia la vereda de Santo Domingo, lugar en el que buscaron refugio y se camuflaron entre sus habitantes.

Para impedir la fuga de los guerrilleros y después de mantener comunicación con el *Skymaster* y con el Hughes-500 artillado, piloteado por el Teniente Lamilla Santos, los tripulantes del helicóptero UH-1H 4407 decidieron, a eso de las 10:02 de la mañana, arrojar el dispositivo *clúster* AN-M1A2 justamente cuando la aeronave sobrevolaba dicho caserío, sin hacer distinción alguna entre los pobladores y los insurgentes en ese propósito. Dicho suceso produjo la muerte de 17 civiles y dejó heridos otros 21 más no combatientes, entre los que se hallaban mujeres y niños.

Por tales hechos se adelantaron varias investigaciones administrativas y penales; entre ellas, en cuanto ahora interesa, la presente, contra la tripulación del helicóptero



que lanzó el artefacto explosivo: **CÉSAR ROMERO PRADILLA**, en su condición de piloto, **JOHAN JIMÉNEZ VALENCIA**, como copiloto, y **HÉCTOR MARIO HERNÁNDEZ ACOSTA**, como técnico de la aeronave.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

En cuanto ahora interesa se iniciaron dos investigaciones. Una por parte de la Fiscalía 41 Seccional de Tame (Arauca), que ordenó adelantar la indagación previa por auto del 14 de diciembre de 1998²; la otra fue asumida por el Juzgado de Primera Instancia de Apiay (Meta), en cumplimiento de la orden impartida el día 15 de los mismos mes y año por el Comandante General de las Fuerzas Militares, para cuya indagación preliminar se comisionó al Juzgado 118 de Instrucción Penal Militar el 12 de enero de 1999³.

No obstante, el 20 de mayo de 1999, la Jurisdicción Penal Militar resolvió abstenerse de iniciar la instrucción contra los integrantes de la Fuerza Aérea que participaron en el procedimiento⁴, ordenando remitir copias de las diligencias a la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación.

² Folio 8, Cuaderno No. 8.

³ Folios 1 al 3, Cuaderno No. 1.



El 30 de mayo de 2000, la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación revocó el auto por el que el Juzgado Penal Militar se abstuvo de abrir investigación; en su lugar decretó la apertura de instrucción y devolvió el expediente a esa jurisdicción, considerando que los hechos correspondían a actos del servicio⁵.

En atención a una acción de tutela que interpuso **CÉSAR ROMERO PRADILLA**, el Tribunal Superior de Bogotá falló el 21 de septiembre de 2000 y, amparando el derecho al debido proceso del actor, declaró la nulidad del auto por el que la Fiscalía Especializada dejó sin vigencia la providencia inhibitoria de la jurisdicción penal militar⁶.

Con todo, el Comandante General de las Fuerzas Militares profirió una resolución el 21 de noviembre de 2000, disponiendo la conformación de una Unidad de Instrucción Penal Militar Especial para que investigara los hechos de Santo Domingo⁷, la que el 9 de febrero de 2001 ordenó revocar el auto inhibitorio dictado por su similar el 20 de mayo de 1999 y, asimismo, la iniciación formal del

⁴ Folios 211 al 261, Cuaderno No. 7; y 4 al 55, Cuaderno No. 13.

⁵ Folios 84 al 93, Cuaderno No. 15a.

⁶ Folios 15 al 21, Cuaderno No. 16.

⁷ Folio 248, Cuaderno No. 17.



proceso⁸ contra **CÉSAR ROMERO PRADILLA, JOHAN JIMÉNEZ VALENCIA** y HÉCTOR MARIO HERNÁNDEZ ACOSTA, a quienes, luego de su vinculación, se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva con beneficio de libertad provisional el 14 de junio siguiente⁹, por los delitos de homicidio culposo y lesiones personales culposas.

Por considerar que se habían allegado nuevas pruebas con las que se demostraba que los delitos cometidos por los procesados eran de lesa humanidad, el 14 de junio de 2001 la Fiscalía Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario le propuso conflicto positivo de competencia a la Justicia Penal Militar, que el 30 de julio del mismo año se negó a remitir las diligencias a la jurisdicción ordinaria¹⁰. El conflicto fue zanjado por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura el 18 de octubre siguiente, asignándoles el conocimiento a los jueces castrenses¹¹.

La señora Alba Janeth García Guevara, señalando su condición de víctima de los bombardeos, interpuso una acción de tutela contra el Consejo Superior de la Judicatura, por considerar que la providencia que resolvió

⁸ Folio 106 al 127, Cuaderno No. 18.

⁹ Folios 3 al 220, Cuaderno No. 21.

¹⁰ Folios 74 al 85 y 140 al 152, Cuaderno No. 22.

¹¹ Folios 253 al 332, Cuaderno No. 24.



asignarle la competencia para conocer a la jurisdicción penal militar le vulneraba sus derechos fundamentales al debido proceso e igualdad. El Juzgado 30 Penal del Circuito de Bogotá falló el 27 de noviembre de 2001, concediendo el amparo solicitado; empero, ese fallo fue revocado por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá el 12 de febrero de 2002; y, la Corte Constitucional, luego de someter a revisión las referidas sentencias, el 31 de octubre de 2002 resolvió revocar la del juez colegiado, confirmar la que profirió el Juzgado de Circuito y ordenarle al Consejo Superior de la Judicatura que resolviera nuevamente el conflicto positivo de competencia adjudicándole el conocimiento a la jurisdicción ordinaria¹².

Mediante providencia del 6 de febrero de 2003, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en cumplimiento de lo ordenado por la Corte Constitucional, dirimió el conflicto declarando que la investigación en el proceso penal le correspondía adelantarla a la Fiscalía Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos¹³, que avocó el conocimiento el 24 de febrero de 2003¹⁴, amplió las indagatorias de los procesados¹⁵, declaró cerrada la

¹² Folios 23 al 39, Cuaderno No. 30. Así lo expresó la Corte Constitucional en sentencia T-932 de 2002.

¹³ Folios 238 al 285, ibídem.

¹⁴ Folio 11, Cuaderno No. 31.

¹⁵ Folios 95 al 106, Cuaderno No. 32.



investigación el 9 de octubre de 2003¹⁶ y calificó el mérito del sumario el 19 de diciembre del citado año, con resolución de acusación contra **CÉSAR ROMERO PRADILLA, JOHAN JIMÉNEZ VALENCIA** y HÉCTOR MARIO HERNÁNDEZ ACOSTA por los delitos de homicidio culposo y lesiones personales culposas¹⁷.

El llamamiento a juicio fue recurrido en apelación. La Fiscalía 37 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, confirmó la decisión el 26 de agosto de 2004¹⁸.

Le correspondió al Juzgado Promiscuo del Circuito de Saravena (Arauca) adelantar la etapa del juicio. Esta autoridad avocó conocimiento de la actuación el 19 de octubre de 2004¹⁹ y ordenó que se dejara el expediente en traslado de los sujetos procesales por 15 días. Vencido ese plazo, los defensores de **CÉSAR ROMERO PRADILLA** y **JOHAN JIMÉNEZ VALENCIA**, solicitaron el cambio de radicación del proceso del Departamento de Arauca a la ciudad de Bogotá, debido a la grave alteración del orden público que subsistía, no sólo en el municipio de Saravena, sino en toda la región, ante la presencia de grupos armados ilegales, circunstancias de las cuales se podía predicar el estado de indefensión en que se hallaban los sujetos

¹⁶ Folio 111, ibídem.

¹⁷ Folios 1 al 87, Cuaderno No. 33.

¹⁸ Folios 33 al 63, Cuaderno de Segunda instancia.

¹⁹ Folio 9, Cuaderno No. 34.



procesales, especialmente los procesados, en su condición de militares²⁰.

El 17 de febrero de 2005, la Corte Suprema de Justicia dispuso el cambio de radicación del proceso a la ciudad de Bogotá²¹.

Se le asignó el trámite al Juzgado 12 Penal del Circuito de esta ciudad, que asumió el conocimiento el 28 de febrero de 2005²²; celebró la audiencia preparatoria el 20 de octubre siguiente²³; y, llevó a cabo la audiencia pública en varias sesiones, que se iniciaron el 30 de noviembre de 2005 y finalizaron el 22 de mayo de 2007²⁴.

La sentencia de primera instancia se profirió el 21 de septiembre de 2007²⁵, oportunidad en la que **CÉSAR ROMERO PRADILLA, JOHAN JIMÉNEZ VALENCIA** y **HÉCTOR MARIO HERNÁNDEZ ACOSTA**, fueron declarados autores penalmente responsables del concurso homogéneo de 17 homicidios culposos en concurso heterogéneo y simultáneo con 18 delitos de lesiones personales culposas, por lo que se les impuso a cada uno la pena principal de 72

²⁰ Folio 48 al 54, ibídem.

²¹ Folios 147 al 163, Cuaderno No. 3 –Cambio de Radicación–.

²² Folio 3, Cuaderno No. 35.

²³ Folios 84 al 97, ibídem.

²⁴ Folios 12 al 28, Cuaderno No. 36 (30 de noviembre de 2005); 39 al 43 (22 de febrero de 2006); 63 al 60 (13 de marzo de 2006); 81 (24 de abril de 2006); folios 15 al 22, Cuaderno No. 37, (23 de noviembre de 2006); 90 al 95 (16 de marzo de 2007); 102 al 141 (20 de abril de 2007); 142 al 161 (27 de abril de 2007); 185 al 207 (4 de mayo de 2007); 211 al 265 (16 de mayo de 2007); y, folios 78 al 93, Cuaderno No. 38, (22 de mayo de 2007).



meses de prisión y multa de \$270.000,00; la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la fijada para la privación de la libertad; la obligación de cancelar los perjuicios morales y materiales; se les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena; y se les otorgó la prisión domiciliaria.

El fallo fue impugnado tanto por el apoderado de la parte civil como por la defensa técnica de los procesados. El Tribunal Superior de Bogotá mediante auto del 30 de enero de 2009, acogió la censura formulada por el primero de los mencionados recurrentes y decretó la nulidad de lo actuado a partir *“...de la decisión que clausuró la etapa probatoria de la causa, en la audiencia signada el 16 de marzo de 2007...”*, considerando que, ante la prueba sobreviniente practicada durante la etapa del juicio, debía enmendarse la calificación jurídica provisional hecha por la fiscalía de homicidio y lesiones culposas, por homicidio y lesiones eventualmente dolosas, en acatamiento del artículo 404 del Código de Procedimiento Penal, pues, las evidencias enseñaban que no se trató de un accidente, sino de una operación planeada que se llevó a cabo por *«venganza»* debido a que los insurgentes habían dado de baja a miembros de la fuerza pública.

²⁵ Folios 120 al 274, Cuaderno No. 38.



Estimó el *Ad-quem* que dada la cercanía del objetivo elegido (mata de monte ubicada a 70 metros del caserío), era previsible y tenía que representarse como posible (art. 36 Dto. Ley 100/1980) el resultado típico susceptible de producirse, circunstancia que fue consentida por los procesados, quienes la dejaron librada al azar, máxime porque el radio de acción de la bomba *clúster* (compuesta por 6 granadas cada una cargada con 20 kilogramos de explosivo y metralla) es de aproximadamente 150 metros, además del conocimiento que tenían los pilotos sobre el poder destructivo del artefacto y a sabiendas de la existencia de personal civil próximo a la zona de impacto²⁶.

El *A-quo*, en cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal Superior de Bogotá, el 13 de marzo de 2009 ordenó celebrar de nuevo la audiencia pública a partir de la culminación de la práctica de pruebas y consideró necesario variar la calificación jurídica provisional de la conducta por homicidio y lesiones personales en la modalidad de dolo eventual; y, al concederle la palabra a la representante de la fiscalía para que manifestara si aceptaba o rechazaba la variación introducida, la funcionaria pidió que se postergara la audiencia para estudiar a fondo el caso y presentar sus argumentos²⁷, los que expuso el 3 de abril de 2009, mostrándose de acuerdo con la imputación jurídica por los atentados contra la vida

²⁶ Folios 28 al 58, Cuaderno No. 40.



y la integridad personal, de conformidad con lo que habían expuesto, en su orden, el Tribunal Superior y el juez de conocimiento²⁸.

Acto seguido, el juez de primera instancia les corrió traslado de la nueva calificación a los sujetos procesales que se pronunciaron de la siguiente forma: 1. La representante del Ministerio Público pidió que se le concediera plazo para hacer su pronunciamiento; 2. Los apoderados de la parte civil informaron no tener reparos; 3. Y, los defensores de **CÉSAR ROMERO PRADILLA, JOHAN JIMÉNEZ VALENCIA** y HÉCTOR MARIO HERNÁNDEZ ACOSTA, pidieron que se suspendiera la audiencia. El Juez Penal del Circuito concedió un término común de 10 días para que el Ministerio Público y la defensa estudiaran la acusación y definieran si era su intención solicitar la práctica de pruebas²⁹.

El *A-quo* negó la práctica de los elementos de juicio solicitados, porque no tenían ninguna relación con la variación de la calificación jurídica, es decir, porque no eran necesarias ni pertinentes, con excepción de la ampliación del testimonio del Coronel Sergio Garzón Vélez³⁰. Contra esa decisión, el defensor de HÉCTOR MARIO HERNÁNDEZ ACOSTA, interpuso los recursos de

²⁷ Folios 26 al 31, Cuaderno No. 41.

²⁸ Folios 64 al 66, Cuaderno No. 41.

²⁹ Folios 66 al 71, *ibídem*.



reposición y, en subsidio, apelación. Negada la primera el 19 de mayo de 2009³¹, se concedió la alzada y el 22 de julio del mismo año, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá resolvió confirmar la providencia³².

La audiencia pública continuó durante los días 15 de mayo de 2009³³; 6, 11, 12 de agosto de 2009³⁴; y, 13 y 18 de agosto de 2009³⁵. La sentencia de primera instancia fue proferida por el Juzgado 12 Penal del Circuito de Bogotá el 24 de septiembre de 2009³⁶, y siendo apelada por la defensa de los acusados y el Representante del Ministerio Público, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante proveído del 15 de junio de 2011, la confirmó, aclaró y modificó, para imponerle finalmente a los inculcados la pena de 360 meses de prisión³⁷.

Tal determinación fue objeto del recurso extraordinario de casación; y a través de auto de fecha 7 de diciembre de 2012, la Sala admitió las demandas contentivas del mismo, presentadas por el defensor de los procesados y la Procuradora 110 Judicial Penal II.

³⁰ Folios 106 al 115, *ibídem*.

³¹ Folios 188 al 191, *ibídem*.

³² Folios 6 al 17, Cuaderno No. 42.

³³ Folios 165 al 185, Cuaderno No. 41.

³⁴ Folios 255 al 257; 281 al 285; y, 286 al 291, *ibídem*.

³⁵ Folios 27 al 31 y 32 al 35, Cuaderno No. 43.

³⁶ Folios 44 al 125, *ibídem*.

³⁷ Folios 191 al 287, Cuaderno No. 1 de S.I.



LAS DEMANDAS

1. Demanda presentada por el defensor de CÉSAR ROMERO PRADILLA y JOHAN JIMÉNEZ VALENCIA.

Cuatro cargos postula el demandante contra el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, uno con fundamento en la causal tercera (nulidad) y tres en la primera de casación (violación directa e indirecta de la ley sustancial), previstas en artículo 207 de la Ley 600 de 2000.

1. Primer cargo. Nulidad

Aduce el demandante que el Tribunal decretó la invalidez de lo actuado, para que se variara la calificación jurídica provisional en el juicio, conforme al artículo 404 de la Ley 600 de 2000, norma que –según el actor– se aplicó retroactivamente, ya que por favorabilidad debió acogerse el Decreto 2700 de 1991, vigente para la época de los hechos, debido a que no consagraba la figura de la variación jurídica provisional de la conducta punible.

Afirma que con la aplicación de la Ley 600 de 2000, se vulneraron los principios de legalidad, irretroactividad de la ley penal, favorabilidad e *in dubio pro reo*, pues al variar la calificación, a los procesados «...se les incrementó inmensamente la pena y de tal manera se evitó que se produjera el fenómeno de la



prescripción de la acción, que en ese momento estaba a punto de operar por el paso del tiempo».

Invoca como causal de nulidad el artículo 304 del Decreto 2700 de 1991, reproducido por el artículo 306-2° de la Ley 600 de 2000, es decir *«La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso».*

Expone lo que debe entenderse por legalidad; se refiere a su regulación constitucional e importancia; transcribe las definiciones que de ese principio hace Cabanellas en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Hace referencia a su aplicación y alcance dentro del proceso penal y cita, *in extenso*, doctrina de varios autores; también alude a su consagración en tratados internacionales.

Al referirse al principio de irretroactividad de la ley penal, explica que no sólo opera respecto a las normas sustantivas, sino que se aplica a las procedimentales, dejando a salvo el precepto de la favorabilidad y cita como fundamento de sus premisas varias providencias de esta Corporación que se refieren al tema, de las cuales omite referir los radicados.

La ley procesal aplicable –añade– es la vigente para la época de los hechos y no la que rige al momento de la actuación.



Por ello considera que el artículo 6 de la Ley 600 de 2000, es contrario al artículo 29 de la Constitución Nacional que impone investigar de acuerdo con la ley procesal vigente al momento de los hechos, y establece que la ley permisiva o favorable se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, lo cual constituye una excepción a los principios de irretroactividad y ultractividad.

Reproduce apartes de la sentencia C-200 de 2002, por la que la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de los artículos 40³⁸ y 43³⁹ de la Ley 153 de 1887.

Señala que el principio de legalidad hace expresa referencia a las normas procesales de efectos sustanciales.

Cita como ejemplo, para sustentar la violación, que podría afirmarse que se le impondrá al infractor la pena prevista en la ley vigente al tiempo de la actuación procesal.

Para el demandante, existe incongruencia entre los artículos 6 y 11 de la Ley 600 de 2000, porque este último, referido al juez natural, sí alude a la norma preexistente al acto que se imputa.

³⁸ ARTÍCULO 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

³⁹ ARTÍCULO 43. La ley preexistente prefiere a la ley ex post facto en materia penal. Nadie podrá ser juzgado ó penado sino por ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. Esta regla solo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no



Menciona las sentencias C-252 de 2001, por la que se declaró la inexecutable parcial de la Ley 553 de 2000 y una de casación que dice se profirió por esta Sala el 19 de enero de 1994, sobre la norma que debe tenerse en cuenta en trámite del recurso extraordinario de casación, por favorabilidad.

La invalidación de lo actuado –asevera– sólo es posible cuando se presenta un yerro en relación con el género delictivo, conforme lo ha sostenido esta Corporación.

Afirma que la regulación de la variación jurídica provisional es una norma de contenido sustancial, porque conlleva perjuicios o beneficios para el procesado.

Esa variación, en su sentir, únicamente admite dos posibilidades que *«...se haga para imputarle un delito de menos gravedad o para hacerle imputaciones más graves.»*

Por ello, no está de acuerdo con que la variación de la calificación jurídica provisional *«...sea un mero acto de trámite o de impulso procesal»*, puesto que la acusación es el acto final de la investigación y determina las pruebas que se solicitarían en la etapa del juicio, aparte de que debe dictarse sentencia en consonancia con esos cargos. Aspectos que fundamenta en los salvamentos de voto del

a aquellas que establecen los tribunales y determinan el procedimiento, las cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40.



29 de junio de 1988 y del 12 de julio del mismo año (Rdo. 1514, 1985 y 2514) de la Sala de Casación Penal.

Al quedar ejecutoriada la resolución de acusación –afirma–, el procesado y el defensor tienen la certeza de hacia dónde orientar la defensa, por lo que su variación no puede considerarse un acto de mero trámite.

Por lo tanto, contrario a lo que afirma la sentencia de segunda instancia, el principio de favorabilidad se aplica tanto en relación con las normas materiales como procesales de efectos sustanciales.

Se muestra en desacuerdo con que los asuntos en trámite deben someterse al procedimiento que establece la nueva ley.

Cree que lo que hizo el Tribunal fue evitar a toda costa la prescripción de la acción penal.

Tampoco está de acuerdo con que si el trámite se inició en vigencia del Decreto 2700 de 1991, debiera continuarse al amparo del nuevo estatuto procesal (Ley 600 de 2000), porque aún no había culminado el proceso con sentencia en firme. Empero, admite que comprende lo relativo a la aplicación inmediata de este último



ordenamiento, de acuerdo con lo que dispone el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

Hace un recuento del origen de la variación de la calificación, su consagración legal y su justificación, para concluir que no era procedente la aplicación de esta figura en vigencia del Decreto 2700 de 1991.

Aduce que la derogada legislación obligaba al funcionario a calificar la conducta señalando el capítulo dentro del título correspondiente, por lo que no podía anularse lo actuado para variar la calificación jurídica provisional, en tanto, hubiese bastado con proponer que el homicidio se cometió en la modalidad de dolo eventual y no de culpa.

En sustento de esa premisa, remite a una providencia de la Sala de Casación Penal del 27 de octubre de 1977, sin más referencias; así como a las decisiones proferidas en los procesos radicados No. 11.923 y 14.918.

Concluye que como en este caso no hubo equivocación con respecto al género delictivo, en tanto, se profirió acusación por homicidio culposo, no era posible que en vigencia del Decreto 2700 de 1991, se decretara la nulidad por errónea calificación, para variarla a la modalidad de homicidio doloso, la que además fue extemporánea, porque



la norma establece que debe hacerse en la audiencia pública, y esa actuación ya había concluido.

Solicita a la Sala que *«...decrete la nulidad de todo el proceso, a partir del auto de segunda instancia dictado por el Tribunal de Bogotá el 30 de enero de 2009, al haber decretado una nulidad inexistente.»*

En consecuencia, que se declare la prescripción de la acción penal, porque la resolución de acusación data del 19 de diciembre de 2003 y, desde entonces, *«...han transcurrido 7 años, ocho meses y si se tiene en cuenta que el homicidio culposo tiene una pena máxima de 6 años ha de concluirse que la acción penal se encuentra prescrita.»*

2. Segundo cargo. Violación indirecta de la ley sustancial. Errores de hecho por falsos juicios de existencia, identidad y raciocinio; y, de derecho por falsos juicios de legalidad.

A juicio del demandante, se violó indirectamente la ley sustancial *«...por falta de aplicación de la norma que dispone que en caso de duda probatoria, la misma debe ser resuelta a favor del procesado».*



Se refiere a los hechos que, en su sentir, se demostraron y generan las dudas en este caso, mismos que identifica de la siguiente manera:

A) LA CERCANÍA DEL CASERÍO, A LA MATA DE MONTE, LUGAR DONDE DEBÍA DE SER COLOCADO EL DISPOSITIVO CLÚSTER; ASPECTO QUE HA DEBIDO LLEVAR A LOS PILOTOS A TOMAR LA DECISIÓN DE ABORTAR LA MISIÓN.

Para el actor, los combates se desarrollaban en la llamada mata de monte. Sin embargo, a pesar de que en la sentencia se ubican las casas a unos 20 metros en el lugar más cercano y a 70 metros en el más lejano, dice que no existe ninguna evidencia de que hubiesen medido las distancias *«...un ingeniero, topógrafo, planimetrista o experto en aerofotografía...»*. Además, nunca se llevó a cabo una inspección judicial para determinar la distancia desde el caserío hasta la mata de monte ni la ubicación del sitio de impacto, porque tampoco hay certeza de que la bomba *clúster* explotara en el lugar más próximo al poblado, *«...pero sin hacer alusión al radio de alcance destructivo de ésta arma y resulta que éste hecho si está probado dentro del proceso y los sentenciadores omitieron considerar ésta prueba, incurriendo en un error in iudicando por falso juicio de existencia, por omisión probatoria, porque resulta que el poder destructor del dispositivo es muy escaso, en todo caso, menor de 30 metros a la redonda...»*.

Sin ubicarlos en el expediente, cita segmentos de las indagatorias de **CÉSAR ROMERO PRADILLA y JOHAN**



JIMÉNEZ VALENCIA, el testimonio del Mayor Garzón; el Teniente Lamilla; el Teniente Guillermo Olaya; el Técnico *Jorge Alberto Castaño*; el Teniente Jershey Medina Rubiano; el Cabo Porfirio Pérez; el Soldado Carlos Julio Parra; el Capitán Raúl Eduardo Gutiérrez; y, de los señores Luis Enrique Carrillo Mora y Roberto Marín Vera, que según el actor, sitúan los combates y la explosión del dispositivo *clúster* a una distancia que oscila entre 200 metros y un kilómetro y medio del caserío, en la mata de monte.

Le resta credibilidad al informe de balística y explosivos, que fija la mata de monte a «*escasos 100 metros al norte del pueblo*», porque en su sentir esa medida se tomó sin la utilización de instrumentos. Además, el informe de operaciones del área de Santo Domingo del 17 de diciembre de 1998 indica que la bomba *clúster* se lanzó en una mata de monte aproximadamente a 500 metros de la periferia de la población.

Se trata de una suposición interesadamente sesgada que no corresponde a la realidad, si nos atenemos a las leyes de la lógica y de la experiencia, porque es claro que si los subversivos habían buscado refugio en dicha zona boscosa, lo más probable es que se hubieran internado en su espesura, precisamente para evitar ser avistados por las tripulaciones de los aviones y helicópteros que participaban en ese operativo contra-guerrilla.



Afirma que la longitud entre la mata de monte y el caserío la supuso el *Ad-quem* a partir de la observación de las imágenes del sector, lo cual, en su sentir, evidencia un falso raciocinio.

Se duele también de que el Tribunal descartara las versiones de los pilotos y desconociera «...*el testimonio de otros testigos, entre ellos los de varios pobladores del caserío que hacen mención a distancias diferentes...*», por lo que incurre en falso juicio de existencia por omisión.

Los jueces no debieron dar por demostrada la distancia de 70 metros existente entre el caserío y la mata de monte, con sustento en una conversación que sostuvieron los tripulantes del avión *Skymaster* y el helicóptero, quienes ubicaron el sitio de impacto como «...*LA PRIMERA MATA DE MONTE ESTÁ COMO A UNOS SETENTA METROS...*», puesto que otras versiones indican una extensión distinta.

Además, supone el actor que si la guerrilla se ubicó en la mata de monte, «...*las leyes de la experiencia y de la lógica indican (...), que si habían buscado refugio en la mata de monte era para que no pudieran ser ubicados por la fuerzas del Estado...*», razón por la cual su posición no podía estar cerca al caserío.



Cuando se dio la orden de iniciar el apoyo aéreo en la margen de la mata de monte más o menos 30 o 40 metros adentro –aduce–, debe entenderse que no se trataba del punto señalado por las instancias, es decir a 70 metros del caserío, sino en otro punto, al extremo opuesto. Sin embargo, admite el censor que en las conversaciones por radio ubicaron la mata de monte como la que queda «...bien pegadita al pueblo, ubique el pueblo y hacia el lado Whisky de la carretera sale una mata de monte, es esa mata de monte, PERO A DONDE ESTA TERMINANDO HACIA EL NORMA, ahí».

Censura que el Tribunal asegurara que la bomba estalló sobre un camión rojo estacionado en el caserío, porque el diámetro de la perforación ocasionada al vehículo –1,20 metros X 1,50 metros– según lo dictaminó Medicina Legal, constituye un falso raciocinio que atenta contra la geometría y la ciencia.

Concluye que si la bomba se arrojó sobre la mata de monte, la intención no era atacar a la población civil.

B) EL HECHO DE HABERSE DEPOSITADO EL DISPOSITIVO CLÚSTER, EN LA ÚNICA CALLE DEL CASERÍO, PESE A EVIDENCIARSE DENTRO DE LA MISMA, LA PRESENCIA DE POBLACIÓN CIVIL.

Argumenta que no se demostró el sitio exacto en donde cayó el artefacto *clúster* y descarta que hubiese sido en el caserío, porque los peritos encontraron rastros de



metralla en el camión y ese elemento es utilizado por la guerrilla en las bombas caseras. Además, los cráteres hallados en el suelo se proyectan en diferentes direcciones, por lo que de acuerdo con las leyes de la física, refiriéndose a la inercia, fueron ocasionados por diversos artefactos. *«La inercia como una de las leyes que regulan la física, es una cualidad que tiene la materia, “....que hace que los cuerpos no puedan modificar por sí mismos su estado de reposo o de movimiento “y que lleva al principio de la inercia, según el cual “....todo punto material que no está sometido a ninguna fuerza permanece en reposo o está animado por un movimiento rectilíneo uniforme».* Concluye que los agujeros tuvieron que haber sido iguales, porque las bombas eran iguales.

Esos agujeros –argumenta– no se ocasionaron el día de los hechos, sino que aparecieron durante la inspección judicial realizada el 11 de febrero de 2000, y ello es así porque el avión *Skymaster* no los registró inmediatamente después de la explosión.

Les resta credibilidad a los diálogos de los pilotos, cuando se refieren al ingreso de los guerrilleros al poblado; y, al argumento consistente en que fue por esa situación – ingreso de la subversión a Santo Domingo– que arrojaron la bomba cerca a la cabecera norte, porque debe atenderse a lo informado por algunos de los pobladores que declararon no haber visto ingresar la guerrilla al caserío.



Plantea la existencia de la duda a partir de que la primera instancia afirmó que la bomba en su totalidad cayó en el caserío, mientras que el Tribunal dijo que sólo una parte de las seis granadas que la conformaban impactó en el poblado.

C) EL HECHO DE TRATARSE DE UN BOMBARDEO, MISIÓN QUE REQUERÍA LA AUTORIZACIÓN DEL COMANDANTE GENERAL DE LAS FUERZAS ARMADAS Y HABER ACTUADO SIN DICHA AUTORIZACIÓN, OMISIÓN DE AUTORIZACIÓN QUE CONVIERTE LA MISIÓN EN ILEGAL.

La afirmación del Tribunal en el sentido que el Comandante General de las Fuerzas Armadas Héctor Fabio Velasco no autorizó el bombardeo de Santo Domingo, es producto –aduce el actor– de un falso juicio de identidad, porque la declaración de ese oficial en su contexto real sostiene que se trató de una operación “*BETA*”; además, por falso juicio de existencia, porque los documentos de la Fuerza Aérea dicen que la utilización de cohetes es una operación «*CHARLIE*» y las bombas *clúster* se asimilan a los cohetes, por lo que no se requería autorización del Comandante General de las Fuerzas Armadas, error éste que predica en relación con varios testimonios de miembros de la F.A.C.



Advierte que mediante oficio se le informó a la juez 121 de Instrucción Penal Militar que desde los helicópteros UH-1H se podían lanzar cohetes y bombas *clúster*, y, añade que para lanzar ese tipo de artefactos únicamente se requería la autorización del Comandante de Brigada, como ocurrió en este caso.

Señala que tal aserto fue corroborado por el General Héctor Fabio Velasco, cuando declaró que las operaciones «CHARLIE», eran autorizadas por los Comandantes de División.

Entonces –continúa– de haberse tenido en cuenta ese testimonio se habría concluido que la misión fue legal, porque fue debidamente autorizada. *«Al citar y comentar parcialmente este medio de prueba se termina deformando por incurrirse en falso juicio de identidad, porque finalmente se pone a decir a la prueba lo que la misma no asevera».*

Agrega que en el mismo sentido declaró el Capitán Guillermo Olaya, lo cual tampoco fue analizado ni valorado.

**D) LA INMENSA CAPACIDAD DESTRUCTIVA DEL
DISPOSITIVO CLÚSTER Y EL GRAN ALCANCE MORTIFERO
DEL MISMO.**



Advierte que en la sentencia se dijo que el poder destructivo del dispositivo *clúster* superaba los 150 metros, a partir del punto de impacto.

Asimismo, en la sentencia se afirmó sobre el poder destructivo del artefacto, que el Comandante de la Base Aérea de Apiay se opuso a un nuevo lanzamiento programado para el año 2000, atendiendo a que *«La composición de cada bomba del racimo clúster es de 20 libras entre explosivo y metralla, que puede generar un rango de acción teórica de 150 metros dependiendo de la dispersión, por lo tanto se convierte en riesgo latente y sumamente letal»*, agregando los jueces que la precisión de esos explosivos es limitada, conforme pudo constatarlo el C.T.I. durante la prueba realizada el 12 de agosto de 2003.

Sin embargo, critica el censor que, acudiéndose a una definición obtenida de *Wikipedia*, se le atribuyera un poder destructor mayor del que realmente tiene, lo cual constituye un falso juicio de existencia por suposición, porque esa información no existe en el proceso ni pudo ser controvertida. Y, el tipo de bombas que describe *Wikipedia* no existían para la época de los hechos. No obstante, el Tribunal utilizó esa definición para introducir la idea de un artefacto de más potencia y agravar así la situación de los procesados.



Además, omitió el *Ad-quem* tener en cuenta los manuales de la *clúster*, que refieren un radio de acción no superior a los 30 metros, así como los testimonios que aluden al verdadero alcance destructor.

E) EL HECHO DE HABER INGRESADO LA GUERRILLA AL CASERIO Y HABERSE CONFUNDIDO CON LA POBLACIÓN CIVIL, SITUACIÓN QUE LLEVÓ A LOS PILOTOS A VIOLAR EL PRINCIPIO DE DISTINCIÓN QUE IMPERA EN LA NORMATIVIDAD INTERNACIONAL DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.

Admite que los tripulantes del avión *Skymaster* sí informaron que los sediciosos habían ingresado al caserío, pero descarta que ello hubiese sido cierto, porque los militares volaban a 3.000 pies de altura y a más de 180 kilómetros por hora; y, los habitantes de Santo Domingo declararon que estaban solos cuando cayó la bomba. Entonces, se pregunta a cuál de esas dos versiones debe dársele crédito, y responde:

Es evidente que al dar por ciertos los comentarios realizados por la tripulación del Sky Master, el juzgador de segunda instancia incurre en un falso juicio de raciocinio, porque las leyes de la ciencia, de la lógica y de la experiencia nos indican que la percepción que en este sentido tuvieron los pobladores de Santo Domingo, por el conocimiento que tenían los unos de los otros, respecto del no ingreso de la guerrilla al caserío no deja lugar a dudas, no así las afirmaciones que en sentido contrario hacen los miembros de la tripulación del Sky Master en condiciones de percepción bastante difíciles si se tienen en cuenta las



condiciones en que las mismas se produjeron y que antes se han destacado.

Expone el actor que algunos habitantes de Santo Domingo como Luis Murillo Villamizar, Carmen Edilia González, Amalio Neite, María Panqueva, Marcos Neite González, Mónica Bello Tilano y Adán Piñeros, negaron la presencia de guerrilleros en esa población y afirmaron que desde el helicóptero militar lanzaron las bombas contra la villa, en donde únicamente permanecían los civiles atacados por la fuerza pública, la que incluso los ametralló mientras transportaban los heridos hacia Tame.

Es importante destacar la inmensa trascendencia que tiene el falso juicio de raciocinio cometido por el Tribunal y que con anterioridad se demostró, porque al dar por probado la presencia guerrillera con la población civil es la que lleva al sentenciador de segunda instancia, a deducir el dolo de nuestros representados, puesto que afirma que con el ánimo de combatir a los subversivos, no tuvieron ningún inconveniente en depositar el dispositivo clúster sobre la única calle del caserío, sabiendo que iban a ocasionar bajas dentro de la población civil.

Aduce que tergiversando la prueba, el Tribunal concluyó que los insurgentes estaban sitiados por las fuerzas armadas, a cargo del Capitán **Sergio Alberto Carreño**, al tiempo que sostiene haberse llegado a esa conclusión sin sustento probatorio ninguno.



Entonces, como quiera que el Teniente Jeshey Medina Rubiano declaró que a las 10:02 a.m. (hora del bombardeo), iba con la compañía cascabel por el costado izquierdo de la vía que conduce a Santo Domingo y que la compañía Dragón al mando del Capitán Sergio Alberto Carreño, se desplazaba por el lado derecho de la misma vía, no es posible creer lo declarado por este último, que dijo haber estado en la mata de monte a la hora señalada y que por estar ahí no requirió el apoyo aéreo, pues, a juicio del censor, de la declaración del Teniente Medina se deduce que ambas compañías estaban en el mismo sitio, diferente a la mata de monte, y por ello se podía arrojar allí el artefacto *clúster* sin peligro para las tropas, contrario a lo que afirmó el Tribunal, puesto que en sentir del juez colegiado no podía lanzarse ahí la bomba por el peligro que corrían los militares.

No obstante, el actor admite que para las 9:42 a.m., la tropa se había internado unos 40 metros en la mata de monte y, a pesar de ello, destaca que el juez se equivocó al concluir que de lanzarse la *clúster* en ese específico punto, habría lesionado a los soldados, habiendo sido precisamente ante la presión de éstos que la guerrilla se refugió en el caserío.

F) EL HECHO DE PRESUNTAMENTE HABER TOMADO LA DETERMINACIÓN DE BOMBARDEAR EN ESE SITIO, COMO



*UNA RETALIACIÓN, VENGANZA O MOTIVO VINDICATIVO
DE LOS PILOTOS, POR LA GRAN CANTIDAD DE BAJAS
SUFRIDAS POR EL EJÉRCITO.*

Cita un aparte de la sentencia impugnada y, desde su particular perspectiva, afirma que la Corte Constitucional dejó en claro en la sentencia C-291 de 2007, que lo ocurrido en Santo Domingo se enmarcaba en lo que se denomina conflicto armado interno *«Por lo cual era absolutamente legítimo atacar el lugar donde los subversivos lanzaban sus ataques contra las tropas legítimas del Estado, asesinando a los soldados del Ejército Nacional, de ninguna manera esto constituye un ánimo vindicativo, y su legitimidad está consagrada en el artículo 52 de los Convenios de Ginebra...»*.

Critica al *Ad-quem* por afirmar que cuando los procesados lanzaron la bomba en la mata de monte, ya no existía una situación de peligro para la fuerza pública y por ello la utilización del artefacto se constituía en un acto de venganza.

El testimonio del copiloto **JIMÉNEZ VALENCIA**, quien declaró *«...Surgió una misión adicional dada en el briefing la cual era utilizar un dispositivo clúster en el lugar en el cual la tropa había sufrido la totalidad de las bajas...»*, fue interpretado contrariando la sana crítica, para deducir el ánimo vindicativo de las fuerzas militares, lo cual cree que *«...riñe con las reglas de la ciencia histórica, la experiencia y de la lógica, el derecho Internacional*



Humanitario y lo manifestado por la Corte Constitucional como ya se ha demostrado, porque el derecho de la guerra permite atacar y destruir las posiciones enemigas y dar de baja a sus adversarios y los militares son entrenados para cumplir estas misiones a través de la disciplina y la obediencia»

Recalca que «No está probado que la decisión de contraatacar (sic), haya sido con la intención de afectar directamente a personas civiles, y ello no se infiere del dicho del teniente Jiménez pues este solo señaló (sic) lo que surgió del briefing como una misión adicional de atacar el lugar en el cual la tropa había sufrido la totalidad de las bajas, testimonio que muestra que se escogió un objetivo militar necesario de atacar, no se desprende de ello un acto revanchista y de venganza, manifestar ello es falsear el contenido material de la prueba constituyéndose su valoración en un error de hecho por falso juicio de identidad, pues llegar a la conclusión del fallador es desconocer que los hechos se dieron en medio de un combate consecuencia de la existencia de un conflicto armado».

G) EL HABERSE DESCARTADO LA UTILIZACIÓN DE OTROS ARTEFACTOS EXPLOSIVOS AL INTERIOR DEL CASERÍO.

Se muestra en desacuerdo con que las instancias hubiesen descartado que las esquirlas recuperadas procedieran de aparatos diferentes al clúster.

El *A-quo* –agrega– admitió la explosión de otros artefactos, aparte de la bomba clúster. Además, fue encontrada una granada de 40 mm accionada por el



ejército y vainillas de munición marca *CAVIN*, y durante la inspección de balística y explosivos realizada el 18 de diciembre de 1998, se hallaron rastros de la explosión de proyectiles de los que utiliza la guerrilla.

Sostiene que durante la inspección judicial no se recolectaron fragmentos metálicos en el camión rojo y en los que se recuperaron de los cadáveres se hallaron rastros de nitritos y nitratos, pero no de TNT.

Luego asegura que la fiscalía, en una especie de colusión fraguada para perjudicar a los procesados, elaboró la prueba de que la bomba *clúster* explotó en el caserío, refiriéndose a la inspección judicial realizada el 11 de febrero de 2000, en curso de la cual se ubicaron los sitios donde quedaron los cadáveres y se recogieron, en compañía de un asesor y un técnico en criminalística, ambos del C.T.I., otras evidencias que el ente investigador ordenó analizar.

Entonces, tacha de ilegal la inspección judicial realizada el 11 de febrero de 2000 porque, en su sentir, no se consignó en el acta todo lo que sucedió en curso de la diligencia, especialmente se omitió dejar constancia de las manifestaciones que hicieron algunas personas, en contravención del artículo 244 de la Ley 600 de 2000.



Se refiere también al dictamen del D.A.S., No. 0060 de marzo 29 de 1999, en el que los peritos informaron que «*De lo anterior podemos concluir que no se encontró diferencia entre los veintidós (22) fragmentos en total que se analizaron por esta técnica*», refiriéndose a las esquirlas recuperadas alrededor del sitio de los hechos, en algunas viviendas, en el camión y en las necropsias, para advertir que ese concepto debe entenderse como que «*...todos los fragmentos son de HIERRO y hay diferencia entre ellos. Es decir que los fragmentos recuperados de los occisos guardan correspondencia con los fragmentos recuperados del camión y sus alrededores, pero en ningún momento se afirma que los fragmentos metálicos correspondan a un dispositivo CLÚSTER.*»

H) EL HABERSE ACEPTADO QUE LAS EVIDENCIAS ENCONTRADAS Y SOMETIDAS A EXAMEN PERICIAL GUARDARON LA NECESARIA CADENA DE CUSTODIA.

Parte de la base de que la cadena de custodia no existía para la época de los hechos, porque esa figura apenas se introdujo en la Ley 600 de 2000. Sin embargo, señala que el Decreto 2700 de 1991 consagraba en el artículo 256 la obligación del funcionario judicial de asegurar la prueba.

Censura que los levantamientos de los cadáveres no se hubiesen realizado en el sitio en donde resultaron impactados, así como que no se registró la forma en que quedaron los cuerpos, porque tales diligencias, conforme se



reconoció en la sentencia, tuvieron lugar en la caseta comunal de la vereda Caño Limón, en la morgue del cementerio de Tame y en la morgue del hospital de San Vicente de Arauca.

Por esa razón, la ubicación de los cuerpos se estableció mediante la diligencia de inspección judicial llevada a cabo el 11 de febrero de 2000, por información que suministró un habitante del caserío.

En relación con los pobladores que dieron información sobre la ubicación de los cadáveres bien se puede hablar de un falso juicio de raciocinio por contradecir esa valoración las reglas de la experiencia y de la lógica. Se rinde un año y dos meses después y la percepción en el momento de los hechos fue traumático (sic) y lo normal es que la persona busque refugio por el fuego cruzado que se desarrolla en ese momento, o busque el camino de la huida.

Agrega que muchas de las esquirlas que supuestamente son parte de los restos del dispositivo *clúster*, fueron entregadas a las autoridades por los pobladores de Santo Domingo. La cola y la espoleta del dispositivo que aparecieron en la escena, pudieron ser colocadas por los guerrilleros, lo cual demuestra la total ausencia de cadena de custodia. Tampoco se sabe de dónde obtuvo la señora María Panqueva de Molina las 55 esquirlas que puso a disposición de la fiscalía.



Objeta la inspección realizada por la Procuraduría General de la Nación al lugar de los hechos, porque *«Lo que se consigna en la diligencia es lo que dicen los moradores de Santo Domingo, pero al no haber existido cadena de custodia, este es el momento en que no se puede saber si las evidencias encontradas corresponden al dispositivo clúster, (...), o por el contrario corresponden a esquirlas de los muchos artefactos que fueron lanzados dentro del caserío (...).»*

Sostiene que esos elementos no existían antes de las inspecciones judiciales realizadas durante los días 17, 18 y 28 de diciembre de 1998, porque de haber existido, la experiencia enseña que los habrían entregado a los funcionarios en esas oportunidades y no habrían esperado seis meses para hacerlo.

A juicio del demandante, los médicos les entregaron a los familiares de las víctimas las esquirlas recuperadas durante las autopsias.

Advierte que en la sentencia de primera instancia se admitió que la escena pudo haber sido manipulada entregando elementos que incriminaran a los autores o que las evidencias fueron colocadas en el sitio. Aunque acepta el censor que en esa misma providencia el *A-quo* resaltó que muchos de esos objetos fueron recuperados del camión, de



las casas, las cercas y los cuerpos de las víctimas, «...deviniendo insostenible que todo elemento carece de valor probatorio porque no se acordonó y aseguró la escena desde el mismo momento de los hechos, porque de aceptarse tal afirmación todos los acontecimientos ocurridos en zona rural, por más abundante en evidencia que sea, se vería en imposibilidad de ser esclarecido, lo cual se ofrece absurdo».

3. Tercer cargo. Violación directa de la ley sustancial.

Al amparo de la causal primera consagrada en el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, reprocha la sentencia de segunda instancia por haber «...incurrido en una violación directa de la ley sustancial, como consecuencia de haberse incurrido en un error in iudicando, al dejar de aplicarse el numeral 4° del artículo 32 del C.P., que contempla la eximente de responsabilidad, cuando el sujeto activo de la conducta actúa en estricto cumplimiento de una orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales y los delitos por los que se procede no sean de genocidio, tortura, ni desaparición forzada».

Advierte que se trata de oficiales de la Fuerza Aérea que actuaron en una operación dirigida por el Comandante de la Brigada 18 del Ejército y el lanzamiento del dispositivo *clúster* se hizo en cumplimiento de una orden militar emitida con las formalidades legales.



Transcribe varias definiciones de obediencia debida y destaca que toda organización pública o privada tiene una estructura jerárquica que funciona mediante la obediencia. Los superiores imparten órdenes y los inferiores las cumplen. Pero, en caso de que los efectos sean dañinos, la responsabilidad recae en quien dio la orden, aspecto que en su sentir es esencial en las estructuras castrenses, cuyos mandatos no se pueden discutir en el campo de batalla. Sin embargo, admite que *«...es apenas natural que si la orden impartida comporta con claridad un mandato antijurídico, el que la cumple asume una responsabilidad compartida con quien le dio la orden»*, puesto que no pueden cumplirse *«...órdenes ciegamente impartidas, y de igual manera cumplidas, sin responsabilidad para el que las ejecuta, conllevaría a la quiebra de toda la organización jerárquica...»*.

Agrega que los requisitos esenciales de la obediencia debida son:

A) Debe ser impartida por un superior jerárquico;

B) Ese superior jerárquico debe ser competente para impartir la orden, lo que nos indica, que lo ordenado debe estar dentro del marco legal o reglamentario de sus funciones oficiales;

C) La orden debe ser impartida con el lleno de las formalidades legales o reglamentarias dispuestas para esa clase de órdenes;



D) El cumplimiento de la orden debe estar dentro del marco funcional impuesto por la ley o el reglamento en relación con la órbita funcional del accionar del subordinado y;

E) Que el cumplimiento de la orden no conlleve a la realización de un acto contrario a la normatividad vigente, que no esté teñido de antijuridicidad, que no comprenda la vulneración de derechos fundamentales de los ciudadanos y que su realización en definitiva no comporte la realización de un acto atroz...

Señala, que debe entenderse por jerarquía la «...relación personal obligatoria (naturalmente de índole pública) que se establece entre los titulares de dos oficios jerárquicamente ordenados, en cuanto a tales, teniendo como contenido una relación de subordinación del inferior frente a la voluntad del superior, es decir una potestad de mando del superior, que tiene por objeto la determinación de la conducta del inferior y frente a cuya potestad exige el correlativo deber de obediencia por parte del inferior».

Pide tener en cuenta que todo acto administrativo se presume legal o legítimo.

Sobre la naturaleza de la obediencia debida expone varias teorías, entre las que se cuentan la de la ausencia de acción; la que la trata como eximente de culpabilidad; y, otras que la refieren como causal de justificación. Esta última –afirma– es la tesis de mayor aceptación y para que se configure como tal es necesario el cumplimiento de las siguientes condiciones:



La orden debe hallarse dentro de la competencia del superior y referirse a un acto del servicio. (...). Que la orden se halle revestida de las formas exigidas por la ley. (...). Que el contenido de la orden no sea manifiestamente delictivo. Íntimamente unido con el tema de los mandatos antijurídicos obligatorios está el de poder de inspección de la orden por parte del subordinado.

Evoca conceptos genéricos de la teoría general del Estado, indicando cuáles son sus elementos estructurales (nación, territorio y poder); cuáles de ellos son reales u objetivos; cuáles son instrumentales; y, se refiere a los fines esenciales del Estado, mismos que resume en la orientación humanística de acuerdo con nuestra Carta Política.

Alude a las circunstancias excepcionales creadas para combatir a los enemigos de la institucionalidad, haciendo referencia específica a los denominados estados de sitio, su duración en Colombia y a las normas que se promulgaban durante esos períodos, con las que se desconocían los derechos fundamentales.

También menciona las jurisdicciones especiales, como la militar para el juzgamiento de civiles y la de orden público, las que actualmente han desaparecido, sin que por ello hubiese dejado de responderse a la violencia con violencia institucional, omitiendo atacar las causas de la delincuencia. Así, ensaya una disertación sobre la brecha



nociva entre ricos y pobres y su influencia en el proceder criminal.

Critica la redacción del artículo 91 de la Constitución Nacional, por ser una reproducción exacta del 219 de la misma obra, advirtiendo que su tenor literal permite concluir que los militares están exentos de responsabilidad en la ejecución de conductas antijurídicas, cuando se llevan a cabo en cumplimiento de órdenes jerárquicamente impartidas. No obstante, de inmediato niega que ese sea el sentido de la norma.

Cuando se afirma que la fuerza pública no es deliberante (art. 219 C.N.) –argumenta– lo que la norma dice es que los militares están obligados a cumplir las órdenes sin cuestionarlas.

Concluye que tanto el superior que imparte la orden como el inferior que la acata, están llamados a responder cuando la ejecución del mandato implica la comisión de una conducta antijurídica.

Ubicados en el caso concreto (sic) que convoca nuestra atención, la orden recibida por nuestros representados no representaba vistos (sic) de antijuridicidad de ninguna naturaleza porque como ya se ha destacado con anterioridad, se trataba de combatir a los subversivos y al (sic) orden emanada fue clara, en la mata de monte, que queda en la cercanías de Santo Domingo se ha refugiado



la guerrilla, desde allí están disparando contra la tropa, en tales circunstancias debe lanzarse un dispositivo clúster sobre la misma, para de tal manera anular el poder ofensivo de los subversivos que hasta ese momento ya habían ocasionado numerosas bajas en las tropas del Ejército e incluso impactaron a dos de los helicópteros que participaban en el operativo.

En las circunstancias precedentes los oficiales Romero y Jiménez no podían desobedecer las órdenes recibidas so pena de incurrir (sic) en un delito de desobediencia militar.

Solicita de la Sala que «...al casar la sentencia, se dicte fallo de reemplazo absolutorio, por haber actuado los procesados bajo el amparo de una de las causales que eximen de la responsabilidad penal».

4. Cuarto cargo. Violación indirecta de la ley sustancial. Errores de hecho por falsos juicios de existencia, identidad y raciocinio; y, de derecho por falsos juicios de legalidad.

Considera que el Tribunal incurrió en múltiples errores de apreciación probatoria por falsos juicios de existencia por omisión; falsos juicios de identidad por deformación de la prueba; falsos raciocinios por desconocimiento de las leyes de la ciencia, de la lógica y de la experiencia; y, falsos juicios de legalidad.

La norma sustancial que considera vulnerada es el artículo 103 del Código Penal.



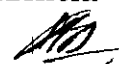
En desarrollo del cargo reproduce de manera textual e íntegra los argumentos que expuso en la segunda censura, también por errores de hecho y de derecho, razón por la cual se remite a los mismos para evitar innecesarias reiteraciones.

Resumidos los reproches, finalmente solicita el demandante, de la Corte, en relación con ellos:

Respecto del primer cargo, que se case la sentencia y como consecuencia declare la nulidad del proceso a partir del auto del 30 de enero de 2009, por el que se decretó la nulidad del proceso para que se variara la calificación jurídica provisional.

En relación con el segundo, pide *«...que se case el fallo impugnado y en su lugar se dicte fallo de reemplazo absolutorio, por recogimiento de la existencia de dudas sustanciales que impiden que los procesados puedan ser condenados, dándose de ésta manera aplicación al in dubio pro reo»*.

En cuanto al tercer cargo, demanda *«...que se case la sentencia y como consecuencia se dicte fallo de reemplazo de carácter absolutorio a favor del Capitán César Romero Pradilla y del Tte. Johan Jiménez Valencia.»*



Finalmente, refiriéndose a la cuarta censura, reclama de la Sala *«...que case la sentencia y como consecuencia dicte fallo de reemplazo absolutorio a favor del Capitán César Romero Pradilla y del Tte. Johan Jiménez Valencia, por no haber sido autores de los homicidios que se les han venido imputando»*.

2. Demanda presentada por la Procuradora 110 Judicial Penal II.

Un cargo formula la delegada del Ministerio Público contra el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, con fundamento en la causal tercera prevista en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000.

1. Cargo único. Nulidad.

Asegura la demandante que el fallo se dictó en un juicio viciado de nulidad, por violación del debido proceso.

En sustento del reproche, señala que en el trámite del proceso se incurrió en una irregularidad sustancial que vulnera los derechos y las garantías fundamentales de los procesados, por haberse decretado la nulidad del proceso aplicando retroactivamente una norma desfavorable, ante la supuesta calificación jurídica errónea.



A partir de esa decisión, se acogió la preceptiva del artículo 404 de la Ley 600 de 2000, que consagra una figura no prevista en el Decreto 2700 de 1991, que era el ordenamiento procesal aplicable al caso, porque los hechos ocurrieron durante su vigencia.

Afirma la recurrente que el citado artículo 404, tiene efectos sustanciales y su aplicación resultó desfavorable para los procesados, porque permite que la Fiscalía haga más gravosa la calificación de la conducta, con posterioridad a la resolución de acusación.

Tales actuaciones, de paso, afectaron el principio de legalidad de las formas, lo que constituye un vicio de garantía.

Entendiéndose por irregularidad sustancial la que compromete derechos y garantías fundamentales, no cabe duda que el vicio de trámite denunciado reviste tal calidad. En efecto anular el proceso para ordenar al fiscal variar la calificación jurídica mediante la imputación de conductas punibles dolosas y no culposas, se afectaron derechos fundamentales de los procesados, ocasionándoseles un daño procesal trascendente, materializado en el incremento de la pena producto de la variación de la calificación de las conductas por la que se acusó.

Señala que la nulidad en la que fundamenta el cargo está consagrada en los artículos 304 del Decreto 2700 de



1991 y 306 de la Ley 600 de 2000, sin especificar a cuál se refiere.

El Tribunal, al incurrir en el error denunciado vulneró el principio de favorabilidad. Tal violación se materializó al aplicar retroactivamente una ley procesal penal de efectos sustanciales desfavorables para los procesados. En otras palabras, se vulneró el derecho fundamental al debido proceso, por desconocimiento de los principios de favorabilidad e irretroactividad de la ley penal.

Agrega que no era posible modificar, en este caso, la calificación jurídica de culpa a dolo. Entonces, explica que no debe anularse el trámite sino dictarse fallo de remplazo para condenar por los delitos imputados en la modalidad culposa, sin que ello atente contra el principio de congruencia, ya que se estaría degradando la responsabilidad penal de los implicados. Sin embargo, cree que por el paso del tiempo habría operado el fenómeno jurídico de la prescripción, tratándose de conductas culposas, por lo que sería viable que en esta sede se extinguiera la acción penal por ese motivo.

Opina que no debió el Tribunal decretar la nulidad del proceso para que se variara la calificación de la conducta, porque había precluido la oportunidad, que de acuerdo con el artículo 404 de la Ley 600 de 2000 solo era viable al concluir la práctica de las pruebas en la etapa del juicio y en el presente evento los únicos legitimados para introducir



la modificación eran el fiscal y el juez de primera instancia, que no consideraron esa posibilidad.

Es que –añade–, incluso la unidad de fiscalía delegada ante el Tribunal Superior confirmó la acusación en los términos en que fue proferida inicialmente.

Las nulidades están instituidas para que el juez invalide las actuaciones únicamente *«...cuando advierta irregularidad sustancial objetiva y no cuando pretende imponer su criterio, fundado o no, acerca de la calificación jurídica de la conducta objeto de juzgamiento»*.

A su juicio, contraviniendo la preceptiva del artículo 404 de la Ley 600 de 2000, el fiscal fue obligado a variar la acusación, porque así lo ordenó el Tribunal.

Para la representante del Ministerio Público esa disposición no es una simple norma instrumental, asegura que es sustancial, porque regula derechos y garantías de rango constitucional que *«...comportan el reconocimiento de manera general de circunstancias o condiciones más favorables o desfavorables en relación con la ley anterior»*.

Entonces, al aplicarse esa norma por considerarla instrumental, se les ocasionó a los procesados un daño



trascendente *«...puesto que con el cambio de calificación jurídica, se les incrementó inmensamente la pena finalmente impuesta».*

El principio de legalidad –continúa– se debe observar en relación con las normas penales sustantivas y penales procesales, conforme lo destacó la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la exequibilidad de los artículos 40 y 43 de la Ley 153 de 1887.

Por su parte, el principio de favorabilidad está consagrado en el artículo 6° del Código de Procedimiento Penal y alude a las normas procesales de efectos sustanciales. En razón de ello, es necesario determinar cuáles son esas normas y, para el efecto, cree que debe acudirse al criterio de la Corte Suprema de Justicia, fijado en una sentencia del 19 de enero de 1994, cuyo aparte transcribe: *«¿Qué se entiende por ley más favorable? bien puede la Sala responder con el tratadista ya citado, que en consideración a “que los efectos de la justicia penal consisten a aplicar o no aplicar una pena, o imponer ésta en vez de otra, ha de estimarse como ley más benigna la que haga imposible la penalidad del acusado o dé lugar a una pena menos grave».*

Igualmente, señala que el Tribunal consideró que los principios de legalidad y favorabilidad únicamente tendrían cabida con respecto a las normas sustanciales, no a las procesales, y que el artículo 404 es una norma de simple



trámite, pues la segunda instancia explicó que *«...de elemental hermenéutica es que las leyes por regla general gobiernan los hechos y situaciones de conducta humana que se produzcan a partir y durante su vigencia, pero que en tratándose de las concernientes al trámite y ritualidad de los procesos, «...prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir».»*

Sin embargo, considera la libelista que el artículo 404 es norma procesal de efectos sustanciales y su aplicación ultractiva o retroactiva debe obedecer al reconocimiento del principio de favorabilidad.

Así mismo, estima equivocado el criterio del juez colegiado, según el cual los procesos penales en curso deben someterse a los ritos establecidos en la nueva ley, con excepción de los términos que hubiesen empezado a correr, las actuaciones y diligencias que ya estuviesen iniciadas, que se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación. Al igual que desacertó cuando justificó la aplicación del artículo 404 de la Ley 600 de 2000, porque la fecha de iniciación del proceso no determina la normatividad procesal que se debe aplicar al caso.

En su sentir, no *«...es cierto que por ser provisional la calificación jurídica de la conducta la solución que de todas formas había de impartirse al presente asunto era la declaratoria de la*



nulidad de la resolución de acusación. Tal criterio no tiene en cuenta que la nulidad, para la época de la vigencia del Decreto 2700 de 1991 se fundamentaba, según reiterado criterio jurisprudencial, sólo en la equivocación respecto del género de la conducta delictiva y no en la especie, como en el presente caso ocurrió. De ahí que el Decreto 2700 de 1991 establecía en el artículo 442, entre los requisitos formales de acusación, el de delimitar y ubicar el delito dentro del correspondiente capítulo y título».

En consecuencia, no tiene razón el Tribunal al asegurar que si se hubiese calificado el sumario en vigencia del Decreto 2700, igualmente tendría que haberse decretado la nulidad de la calificación jurídica provisional para que se corrigiera. Cita en sustento de sus asertos apartes de varias decisiones de la Sala de Casación Penal, adoptadas dentro de los radicados 11923, 14918, 19526, 14699 y 21340.

Con fundamento en esos argumentos, solicita de la Corte que *«...ante la imposibilidad de dictar fallo sustitutivo por sustracción de materia, al haber operado el fenómeno jurídico de la prescripción de las conductas endilgadas bajo la modalidad de comisión culposa, se case la sentencia de segundo grado ordenando la extinción de la acción penal».*



CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Luego de resumir los hechos, la actuación procesal y los cargos formulados por los demandantes, el Ministerio Público se opuso a estos, con las razones que se exponen a resumidamente a continuación.

Frente al primer cargo planteado por la defensa, el cual comparte unidad de criterio con el de la procuradora demandante, por medio del cual deprecian la invalidación de todo lo actuado por irregularidades en el procedimiento de variación de la calificación jurídica efectuada en el proceso, el Ministerio Público considera que el canon 404 de la Ley 600 de 2000, carece de contenido sustantivo, por lo que, a su juicio, no es dable, como lo pretenden los reclamantes, exigir la aplicación del principio de favorabilidad a disposiciones meramente instrumentales de la codificación penal.

A su vez, revisando el trámite cuestionado -aduce- no se lesionaron los derechos y garantías de los procesados, porque al momento en que se varió la calificación jurídica la fiscalía lo hizo conforme a la prueba sobreviniente, y fue en virtud de ello que el juez dispuso el trámite legal para que aquéllos tuvieran la oportunidad de actualizar su defensa.



En relación a los cargos segundo y cuarto formulados por el defensor de los sentenciados, entiende el delegado de la Procuraduría que, por la riqueza de elementos comunes, deben ser respondidos de manera conjunta.

Señala que si lo pretendido por el libelista era proponer un falso juicio de existencia por la omisión no practicarse inspección judicial que ayudara a determinar las medidas entre la mata de monte, el caserío y, en lo posible, el sitio exacto del impacto de la bomba arrojada, un yerro de esa magnitud no tiene asidero en este caso, pues al revisarse el fallo queda claro que el supuesto vacío probatorio que el libelista denuncia fue suplido por las instancias ampliamente al otorgar crédito a otros elementos distintos al que extraña el censor, descartando con ello la potencial utilidad de la diligencia reclamada.

El error consistente en que las instancias desecharon algunos dictámenes que le favorecían a su tesis exculpatoria, sin elementos de peso para ello, lo encuentra descartado la Procuraduría con la transcripción de varios apartes del fallo de segundo grado, donde se aprecian explícitas las razones para distanciarse de las conclusiones ofrecidas por las pericias iniciales que, al conceptuar en relación con el impacto de la bomba, se limitaban a hablar de orificios de salidas, omitiendo referirse a los de entrada que se generaron con el artefacto explosivo y, con los



cuales, se desecha la hipótesis de una explosión de adentro hacia afuera, como lo propuso la defensa, afianzándose la teoría de un dispositivo *clúster* que cayó desde el aire.

Señala el casacionista que debió probarse el sitio exacto en el que cayó la bomba, porque los elementos indican que el camión, en donde se dice fue a dar el explosivo, pudo explotar por causa de otro artefacto. Frente a ello, considera el Ministerio Público que la sentencia impugnada permite verificar que tal manifestación carece de la capacidad de variar el sentido del fallo, toda vez que en éste se explicaron las razones que llevaron concluir, con base en dictámenes periciales, que fue en dicho vehículo que impactó el artefacto. Además el censor tampoco logra acreditar el principio de la lógica o experiencia violentado.

Estima el delegado que el tema de que la misión realizada requería la autorización del Comandante General de las Fuerzas Armadas, por tratarse de un bombardeo, no fue evocado por el *ad-quem* para sustentar la condena, en tanto la mención de un permiso para llevar a cabo esa actividad, únicamente fue usada como una referencia explicativa de cómo dicho explosivo puede ser solo utilizado con el consentimiento de dicho directivo y de que, en la actualidad, su uso está prohibido por tratados internacionales, de modo que su queja carece de trascendencia.



A su vez, en el fallo impugnado se relaciona la normativa que limita y regula la función de las aeronaves en el marco de las operaciones bélicas, como lo fue expresado también por el general Héctor Fabio Velasco, quien sostuvo no haber autorizado el lanzamiento de la bomba materia de investigación y ni siquiera ser enterado de su utilización. Razones que le permitieron al *ad-quem* concluir que en el *sub examine* se violaron las normas que prohibían operativos aéreos en condiciones de riesgo para la población civil y los mismos militares.

Cuestiona el demandante que los fallos de instancia pregonaran una inmensa capacidad destructiva del dispositivo *clúster*, superior a los 150 metros de distancia a partir del punto de impacto. Sin embargo, para la Procuraduría es claro que si bien el *ad-quem* utilizó una cita de internet para conceptualizar en torno al significado y alcance de la bomba *clúster*, ello fue algo adicional que en todo caso ya se encontraba documentado en el expediente con las manifestaciones del comandante de la base aérea de Apiay, quien indica que se trata de una bomba de racimo que puede generar un rango de acción teórica de 150 metros dependiendo de la dispersión. Por lo cual, carece de sustento el pretendido error denunciado ante la contundencia de las pruebas destacadas.



Respecto del cuestionamiento que hace el recurrente a la conclusión de las instancias concerniente a que la guerrilla ingresó al caserío y se confundió con la población civil, situación que llevó a los pilotos a violar el principio de distinción que impera en el derecho internacional humanitario, el Ministerio Público señala que tal queja en el fondo se reduce a atacar el valor probatorio que le fue otorgado por los jueces a la versión de **Johan Jiménez Valencia**, en cuyo caso es insuficiente la alegación del libelista tendiente a infirmarlo, porque el fallo lo respalda con una pluralidad de manifestaciones que le permiten consolidar su valor suasorio, entre ellos, la del capitán Carreño Estupiñán, quien refiere que los insurgentes, al verse sitiados, sí buscaron refugio en las casa del poblado, de donde también se deriva que había coordinación entre las tropas de a pie y la aeronave y, por ello, a las 10 a.m. el objetivo ya no era la mata de monte, tanto, que allí no fue lanzado el artefacto explosivo.

Por último, en cuanto al planteamiento relativo a que el bombardeo por el que se acusa a los procesados obedeció a una retaliación o venganza, la Procuraduría enfatiza en que esta censura obedece, una vez más, al deseo del libelista de hacer prevalecer su opinión personal del caso, desconociendo que la sentencia atacada, con suficiencia de detalles, motiva la condena ponderando todos los factores probatorios que le permitieron arribar a su decisión.



En cuanto al tercer cargo, destacó el delegado que no toda orden castrense deben ser cumplida irrazonablemente, tal y como se desprende del artículo 18 de la C. P y tratados internacionales, de los cuales se extrae que en determinados eventualidades un subalterno puede sustraerse al cumplimiento de una directriz superior, y un ejemplo de ello es cuando el mandato lleva inmerso una violación a derechos humanos o un desobedecimiento de la constitución.

Así, en el presente caso, considera que aun de aceptarse que el comandante de brigada hubiera dado la orden del lanzamiento de la bomba *clúster*, jamás ello podría justificar una violación a derechos fundamentales de los habitantes de la región, menos cuando configura conductas punibles contra la vida e integridad personal. Por lo tanto, no es aplicable la causal eximente de responsabilidad por ausencia del elemento orden legal o legítima que pregonan el recurrente.

Finalmente, el Ministerio Público se ocupa de la casación oficiosa, en cuyo aparte, luego de realizar una serie de disquisiciones conceptuales en relación con el dolo y la culpa, considera que debe casarse parcialmente el fallo dado que el *ad-quem* no logró demostrar que el elemento volitivo propio del dolo eventual -representarse el resultado



o conocimiento anticipado del resultado-, que antecede a dejarlo librado al azar, se hubiera configurado, por lo cual la condena debe reposar en los territorios de la culpa y no en el dolo como erradamente se decidió.

CONSIDERACIONES

Inicialmente conviene recordar que es criterio constante de esta Sala, que admitida la demanda de casación, se entienden superados los defectos formales que ella evidencie, por lo cual se impone resolver de fondo los cuestionamientos que por su conducto se le hayan formulado a la sentencia de segundo grado⁴⁰.

1. Nulidad por violación al debido proceso.

Este reproche corresponde al primer cargo de la demanda presentada por el defensor de los procesados y al único cargo de la demanda formulada por la representante del Ministerio Público, por lo que al ser coincidentes se analizarán conjuntamente.

Estiman los demandantes que la sentencia de segunda instancia se profirió en un juicio viciado de

⁴⁰ En este sentido, CSJ SP, 25 May. 2006, Rad. 21213; CSJ SP, 22 Ago. 2008, Rad. 29258; CSJ SP, 2 Dic. 2008, Rad. 25787 y; CSJ SP, 11 Mar. 2009, Rad. 25355, entre muchas otras.



nulidad por violación al debido proceso, en consideración a que la normatividad procesal aplicable al caso, por ser la que estaba vigente para el momento de los hechos, era el Decreto 2700 de 1991, bajo cuya égida no era posible variar la calificación jurídica provisional, figura consagrada en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000 que, siendo una norma procesal de efectos sustanciales, se aplicó de forma retroactiva violando los principios de favorabilidad e irretroactividad. Además, porque en este caso no era procedente la variación de la calificación que, en sentir de los recurrentes, impuso el Tribunal al conocer del recurso de apelación incoado contra la sentencia de primera instancia –advirtiendo el defensor que se hizo para evitar la prescripción de la acción penal–, sin tener en cuenta que la oportunidad de hacer tal modificación había precluido, la cual se extiende hasta la culminación de la práctica de pruebas en la etapa del juicio, según la norma.

Señalan los actores que la trascendencia del yerro radica en que a los procesados se les impusieron penas ostensiblemente superiores a las que se hubiesen derivado de la acusación inicial, que se dedujo por la modalidad culposa.

Para dar respuesta a esa queja, encuentra la Sala que la actuación procesal revela que mediante auto del 30 de enero de 2009, el Tribunal Superior de Bogotá, a donde se



había remitido el expediente para desatar la apelación de la sentencia de primer grado, decretó la nulidad de lo actuado a partir *«...de la decisión que clausuró la etapa probatoria de la causa, en la audiencia signada el 16 de marzo de 2007...»*, por considerar que, ante prueba sobreviniente practicada durante la etapa del juicio, debía enmendarse la calificación jurídica provisional hecha por la fiscalía de homicidio y lesiones culposas, por homicidio y lesiones eventualmente dolosas, en acatamiento del artículo 404 de la Ley 600 de 2000.

Los cargos por nulidad que en este acápite se analizan, no tienen vocación de prosperidad si se tiene en cuenta que parten de equívocos postulados, como son la invocación de normas procesales derogadas, el reconocimiento de efectos sustanciales a una norma de trámite y la supuesta imposibilidad de variar la calificación jurídica provisional.

El artículo 40 de la Ley 153 de 1887, regula lo concerniente a la vigencia de las disposiciones procesales al señalar que *«Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.»*



Este precepto claramente prevé, contrario a lo que señalan los impugnantes, que la ley procesal se aplica inmediatamente después de que se promulga, salvo lo previsto para algunos eventos, es decir, cuando hubiesen comenzado a correr algunos términos o iniciado diligencias o actuaciones, casos en los que se aplica la ley vigente al tiempo de su iniciación. Además el artículo 43⁴¹ de la misma ley -153 de 1887- reitera, en relación con la aplicación de las leyes en el tiempo, que determinan el procedimiento, entre otras, «...prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir...»,

*La ley preexistente prefiere a la ley ex post facto en materia penal. Nadie podrá ser juzgado ó penado sino por ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. Esta regla solo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, **pero no a aquellas que establecen los tribunales y determinan el procedimiento, las cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40.** (Se destaca)*

Esa regulación se aviene perfectamente al ordenamiento Superior, porque el artículo 29 de la Carta Política distingue sobre la vigencia en el tiempo de las normas penales sustantivas y las penales adjetivas. A las primeras se refiere expresamente cuando señala que «Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa...». A las otras alude cuando relaciona que el juzgamiento se debe adelantar «...ante juez o tribunal

⁴¹ Declarado exequible mediante sentencia C-200 de 19 de marzo de 2002, C. Constitucional.



competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio».


Ahora bien, la ley procesal aplicable, es decir la que se refiere a la competencia, al juez natural y a las formas propias de cada juicio, es la que esté rigiendo al momento de la actuación procesal, excepto cuando se trate de normas adjetivas de efectos sustanciales, que deben aplicarse cuando son permisivas o favorables, puesto que es con respecto a la leyes sustanciales que nuestra normatividad constitucional exige su preexistencia al acto que se imputa.

La Fiscalía Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos asumió efectivamente el conocimiento de la investigación en este proceso el 24 de febrero de 2003, luego de que la Corte Constitucional, por fallo del 31 de octubre de 2002, le ordenó a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que le adjudicara la competencia a la jurisdicción ordinaria⁴², decisión ésta que se produjo el 6 de febrero de 2003⁴³.

Para ese momento estaba rigiendo la Ley 600 de 2000, que entró en vigencia el 25 de julio de 2001. Esa codificación se debía aplicar a todos los procesos penales

⁴² Folios 23 al 39, Cuaderno No. 30.

⁴³ Folios 238 al 285, ibídem.



que estuvieran en curso, incluso a los que se hubiesen iniciado al amparo del anterior Código de Procedimiento Penal –Decreto 2700 de 1991–, en acatamiento de la Ley 153 de 1887 y porque el artículo 535 de la Ley 600 expresamente había derogado el citado Decreto 2700, circunstancia que impide aseverar que la variación a la calificación jurídica provisional introducida en este proceso genera nulidad.

Es cierto que el Decreto 2700 de 1991 no consagraba la variación de la calificación jurídica de la conducta en la etapa del juicio, que sí reguló la Ley 600 de 2000 en el artículo 404, en apego del cual se consideró que ante prueba sobreviniente las conductas punibles por las que debía procederse en este evento no eran homicidio y lesiones personales culposas, sino las mismas pero eventualmente dolosas, atendiendo a que ante la cercanía del objetivo elegido para arrojar el explosivo era previsible y tenía que representarse como posible el resultado típico, circunstancia que fue consentida por los procesados, quienes la dejaron librada al azar, máxime porque el radio de acción de la bomba *clúster* es de aproximadamente 150 metros, siendo del conocimiento de los pilotos el poder destructivo del artefacto y la existencia de personal civil próximo a la zona de impacto.



A partir de esa circunstancia es que los demandantes consideran que el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, es una norma procesal de efectos sustanciales restrictiva o desfavorable que no debió haberse aplicado, porque los hechos ocurrieron cuando aún regía el derogado Decreto 2700 de 1991.

Sin embargo, el principio de favorabilidad cuyo reconocimiento demandan los libelistas, implica un juicio comparativo que debe realizarse entre dos o más disposiciones cuando hay tránsito de legislación o concurrencia de ordenamientos, para deducir cuál regula de manera más benigna una situación sustancial o procesal con efectos sustanciales.

En razón de ello, se hace necesario dilucidar cuáles son las normas que tienen efectos sustanciales.

No tuvieron en cuenta los demandantes que, según ha precisado la Sala, deben considerarse normas sustanciales en el ámbito penal, sin consideración al ordenamiento del que formen parte –procesal o sustantivo–, las que describen las conductas punibles y atribuyen la sanción, las circunstancias que modifican los extremos de la pena, las que establecen causales de ausencia de responsabilidad, motivos de extinción de la acción penal o causales de



procedibilidad, entre otras⁴⁴, criterio reiterado por la Corporación:

De frente a los lineamientos anteriores, surge nítido que el razonamiento que ofrece el libelista a través del primer cargo contiene varios yerros: en primer lugar, no atina a identificar la norma sustancial vulnerada, pues asegura que lo fueron los artículos 232 y 238 de la Ley 600 de 2000 (necesidad y apreciación de la prueba), normas que por su contenido son de naturaleza procesal. De allí que resulte claro que el impugnante desconoce la definición de los conceptos de ley sustancial y procesal que de antaño ha fijado la Corporación y que conviene recordar enseguida:

“Sin importar la especialidad del ordenamiento en el cual hayan sido ubicadas, esa naturaleza sustancial es predicable de las normas que describen los delitos, las que se refieren a condiciones de punibilidad y a la responsabilidad del procesado, como las que establecen condiciones genéricas o específicas de agravación o atenuación punitiva y las que recogen axiomas del derecho penal como el in dubio pro reo. Por su parte, aquellas que tienden a lograr o definir los elementos contenidos en las primeras son instrumentales.”⁴⁵

Es que, como acertadamente lo dedujo el Tribunal en la sentencia impugnada y lo ha señalado la Sala (CSJ SP 8 de sep. 2004, rad. 20602⁴⁶ y AP 16 ago. 2011, rad.

⁴⁴ Cfr. CSJ AP 9 feb 2006, rad. 24046 y CSJ AP 24 oct 2007, rad 21815.

⁴⁵ CSJ AP 15 sep 2010, rad. 32463.

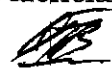
⁴⁶ «En efecto, el artículo 404 es una norma de naturaleza instrumental en la que se prevé el procedimiento a seguir en el desarrollo de la audiencia pública cuando surja la necesidad de variar la calificación jurídica por error en su denominación jurídica o por prueba sobreviniente que modifique un elemento básico estructural del tipo, la forma de coparticipación o de imputación subjetiva, o que conduzca a desconocer una atenuante o a reconocer una agravante que varíe los límites punitivos.»



36718⁴⁷), el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, que consideran los impugnantes norma de naturaleza restrictiva y desfavorable, carece del carácter sustancial que exige nuestro ordenamiento procesal (art. 6, inc. 2º). En cambio, sí se trata de una de una disposición de naturaleza instrumental, que consagra el trámite que debe observarse en curso de la audiencia pública, cuando se advierta la necesidad de variar la calificación jurídica provisional por error en la denominación o por prueba sobreviniente respecto de un elemento básico estructural del tipo, la forma de coparticipación o de imputación subjetiva, desconocimiento de una circunstancia atenuante o reconocimiento de una agravante que modifiquen los límites punitivos.

El citado artículo 404, en fin, no describe conductas que se estiman punibles, no fija las consecuencias del delito, no señala las condiciones de punibilidad y las de responsabilidad del procesado, no establece los presupuestos genéricos y específicos de agravación o atenuación punitivas, ni recoge principios del derecho penal como la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo*, la favorabilidad o la prohibición de reforma en peor, porque únicamente se refiere al método para variar la calificación

⁴⁷ «Súmase al segundo reproche la carencia de sustancialidad de la norma (artículo 404 del C.P.P) que se dice transgredida pues la aducida se refiere no al delito y a sus consecuencias, sino a un aspecto meramente procesal como es el mecanismo de la variación de la calificación jurídica.»



jurídica provisional en la etapa del juicio, lo que descarta la aplicación del principio de favorabilidad que entronizan los impugnantes como sustento de la censura.

Igualmente, debe destacarse que el *Ad-quem* advirtió la necesidad de que se variara la calificación jurídica provisional por considerar que había prueba sobreviniente respecto de un elemento básico estructural de los tipos, lo que agravaba la situación de los procesados y, en esas condiciones, no podía corregirse sino anulando la actuación, dado que la errada calificación afecta el principio de legalidad, violando, además, los de tipicidad, igualdad y sujeción a la ley. Entonces, adoptada la decisión, es claro que las determinaciones a las que se extendieron sus efectos perdieron toda validez, es decir, dejaron de existir jurídicamente.

Así, queda rebatido el argumento presentado por la representante del Ministerio Público, quien afirma haberse variado la calificación jurídica provisional de forma extemporánea, porque en su particular criterio, se hizo luego de concluida la práctica de pruebas en el juicio y concretamente en sede de la segunda instancia.

Empero, no pasa de ser esa una premisa engañosa, precisamente porque la nulidad decretada por el Tribunal iba hasta «...la decisión que clausuró la etapa probatoria de la



causa, en la audiencia signada el 16 de marzo de 2007...», lo cual significa que las actuaciones que se habían realizado perdieron toda validez y dejaron de existir jurídicamente.

Luego, oportunamente, esto es, concluida la práctica de pruebas, en cumplimiento de lo ordenado por el juez colegiado, y ciñéndose al trámite previsto en el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal, la primera instancia advirtió sobre la necesidad de variar la calificación jurídica provisional de la conducta por homicidio y lesiones personales en la modalidad de dolo eventual. Le concedió la palabra a la fiscal delegada para que manifestara si aceptaba o rechazaba la variación introducida. La funcionaria pidió que se postergara la audiencia para estudiar a fondo el caso y la representante del ente acusador cambió la imputación jurídica por los atentados contra la vida y la integridad personal, en la modalidad de dolo eventual.

Ese desarrollo procesal descarta que a la fiscalía se le hubiese impuesto la obligación de variar la acusación, como erradamente lo señala la Procuradora Judicial.

El juez de primera instancia les corrió traslado de la nueva calificación a los sujetos procesales, a quienes se les concedió un término común de 10 días para que estudiaran la acusación y definieran si solicitarían la práctica de



pruebas. Pero, sus pretensiones se rechazaron porque no tenían ninguna relación con la variación de la calificación jurídica, excepto la ampliación de un testimonio. Contra esa decisión, el defensor de Héctor Mario Hernández Acosta, interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación, habiéndose confirmado la providencia.

Finalmente, debe resaltarse que no es cierto –como sin ningún sustento lo asegura el defensor– que la decisión del Tribunal Superior de Bogotá de decretar la nulidad ante la necesidad de variar la calificación por prueba sobreviniente, obedeciera a la obligación de sortear una inminente prescripción de la acción penal, puesto que la resolución de acusación quedó ejecutoriada el 26 de agosto de 2004. No obstante, el término de prescripción para los delitos cometidos por empleado oficial⁴⁸ se aumenta en una tercera parte⁴⁹.

En consecuencia, interrumpida la prescripción por el auto de proceder⁵⁰, el plazo corría de nuevo sin que fuese inferior a 80 meses (6 años y 8 meses), por tratarse de servidores públicos, lapso que, en el peor de los casos, vencía el 26 de abril de 2011 y, como quiera que el *Ad-quem* invalidó el trámite por auto del 30 de enero de 2009,

⁴⁸ De acuerdo con el artículo 63 del Decreto Ley 100 de 1980 –art. 20 de la Ley 599 de 2000– son empleados oficiales o servidores públicos, los miembros de la fuerza pública.

⁴⁹ Decreto Ley 100 de 1980, art. 82

⁵⁰ Ídem, art. 84



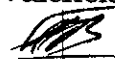
aún faltaban más de 26 meses para que pudiera predicarse el aludido fenómeno jurídico.

En este caso, resulta evidente para la Sala que los actores no demostraron ninguna irregularidad en el trámite de la variación jurídica provisional.

2. Violación indirecta de la ley sustancial.

Estas censuras corresponden a los cargos segundo y cuarto de la demanda presentada por el defensor de los procesados y en ellas se refiere el libelista a numerosos errores de hecho por falsos juicios de existencia, identidad y raciocinio, así como de derecho por falsos juicios de legalidad.

A pesar de que en el segundo cargo considera vulnerada *«...por falta de aplicación (...) la norma que dispone que en caso de duda probatoria, la misma debe ser resuelta a favor del procesado»*, y en el cuarto alude a la violación del artículo 103 de la Ley 599 de 2000 –sin precisar si es por exclusión evidente o indebida aplicación–, considera la Sala que deben responderse en un mismo capítulo, porque los reparos se refieren a los mismos hechos y denuncian los mismos errores.



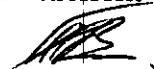
De entrada se advierte que ninguno de los desatinos denunciados tuvo ocurrencia. El defensor asegura que los procesados no arrojaron el dispositivo *clúster* en el caserío ni en sus inmediaciones, porque el objetivo se centró en el punto donde se desarrollaban los combates, entre la vegetación, muy distante de la parte urbana; también afirma que en el sitio se arrojaron varias clases de explosivos; asimismo, que uno de los artefactos fue instalado por la guerrilla; al igual que argumenta el bajo poder destructivo de la bomba de racimo arrojada, contrario a lo que –según él– quieren atribuirle las instancias; y, finalmente, que algunos de los elementos materiales hallados en el poblado fueron plantados allí por los habitantes de Santo Domingo o por los guerrilleros, y otros fueron supuestos por los investigadores, en todo caso con la única intención de perjudicar a sus asistidos.

Sin embargo, las instancias desvirtuaron la presunción de inocencia; en ningún caso reconocieron el *in dubio pro reo*; y, en cambio, concluyeron que las pruebas conducían a la certeza sobre las conductas punibles y la responsabilidad de los procesados, conforme pasa a analizarse, en el mismo orden de presentación de las censuras segunda y cuarta, pero –se itera– en conjunto ante la incuestionable identidad de los argumentos.



1. Expone el demandante que no se demostró que la distancia entre el caserío y la mata de monte fuese de entre 20 y 70 metros, porque no se hicieron mediciones. Asegura que los jueces supusieron ese intervalo violando las leyes de la lógica y la experiencia. Asimismo, argumenta que conjeturar sobre la longitud a partir de la observación de imágenes y videos, constituye falso raciocinio, porque los jueces no son ingenieros, topógrafos, planimetristas ni expertos en aerofotografía. Pero, paradójicamente reseña que ese intervalo lo determinaron los falladores con fundamento en los registros de las conversaciones sostenidas con los pilotos del avión *Skymaster*, quienes lo fijaron en 70 metros, evidencia que –a su juicio– contradice las demás pruebas.

Con respecto a este reparo, debe destacarse que no es posible vislumbrar el error en que supuestamente incurrió el Tribunal, porque el demandante, primero afirma que la prueba sobre la distancia entre el caserío y la mata de monte fue supuesta y de inmediato asegura que la evidencia a partir de la cual pudo determinarse esa extensión, fue valorada contrariando la sana crítica; al tiempo que resalta la imposibilidad de darle credibilidad a los diálogos de los militares que en ese sentido se refirieron a una longitud de 70 metros, olvidando que esta Sala tiene decantado en relación con este último tema, que la *credibilidad* no es de suyo censurable en casación,



habiéndose ya abolido el sistema de la tarifa legal, pues la tarea de valoración probatoria la realiza el juez con sujeción a los principios de la sana crítica o libre persuasión racional, como se colige de los preceptos consagrados en los artículos 238 y 277 del Código de Procedimiento Penal.

Además, es claro que las instancias no improvisaron ese tema, porque no sólo se apoyaron en el material fotográfico y filmico que sí tuvieron en cuenta para corroborar lo dicho por los pilotos sobre la distancia, sino en las mismas aseveraciones de uno de los procesados (**César Romero Pradilla**) quien con la ayuda del programa ERDAS informó al menos una de esas distancias. Así lo explicó el A-quo:

Acto seguido, el piloto del Arpia pregunta si el cohete cayó en la mata de monte señalada, obteniendo como respuesta: "no, una que está bien pegada al pueblo, ubique el pueblo y al lado whisky de la carretera" (fl. 74; 9:52 a.m.).

Manifiesta Garzón "OK., la carretera... está el pueblito... Sale hacia el whisky, ahí hay una mata de monte, la primera mata de monte está como a unos setenta metros, ¿ahí hacia el norte?" y le responde Gómez: "afirma, afirma, esa mata de monte que sale hacia el norte del pueblo, pegado al pueblo" y acto seguido dice Garzón "OK, listo. Ahí va un cohetillo" (fl. 75). En este instante sor. las 9:53 a.m. y no hay vista hacia el caserío.

De lo anterior se concluye sin lugar a dubitación alguna, que la operación aérea se concentraba a esta hora a menos de setenta metros del caserío, toda vez que la tripulación del Skymaster le indicó al piloto del artillado



que disparara a la primera mata de monte ubicada al norte de Santo Domingo, la cual ciertamente no está a más de 70 metros de las viviendas, como lo corroboran el propio video y las distintas fotografías obrantes en el expediente (entre muchas otras las fotos originales 1 a 6 visibles en fls. 121 - 123, c. 3).

Estas consideraciones de la primera instancia fueron objeto del recurso de apelación y la inconformidad planteada por la defensa fue analizada por el Tribunal, que sobre el punto concluyó que no tenía trascendencia determinar si el blanco estaba ubicado en la fracción de la mata de monte que quedaba más cercana o más alejada al poblado, porque, en últimas, la bomba *clúster* fue lanzada sobre el propio caserío, como fue reconocido por el *ad-quem*:

La mata de monte como objetivo teórico que se acordó en el briefing no se controvierte. Era el lugar donde se encontraban los insurgentes desde un principio y en donde según la ya comentada afirmación del acusado Jiménez Valencia en la vista pública, debía depositarse el artefacto por haberse ocasionado las bajas al Ejército. Su ubicación respecto del poblado de Santo Domingo cobraría importancia fáctica y jurídica de probarse que fue sobre ese concreto lugar que se lanzó el artefacto explosivo, pero la realidad procesal muestra todo lo contrario.

Empero, cabe decir que dicho lugar no se separa integralmente del poblado a una misma distancia, sino que con una extensión de unos dos o tres kilómetros de largo, comporta dos extremos que sirven de referente para visualizar ese escenario, según el juzgado, uno menor en la dirección oriente-occidente, ubicado a unos 20 metros de las casas más próximas al poblado y otro mayor por la separación que la vegetación va cobrando y que



igualmente se calcula en 70 metros⁵¹, en la dirección nororiental del poblado, tal como se puede apreciar de manera clara en las fotografías⁵² donde la mata de monte se va separando de manera gradual de las primeras casas que asoman en ese costado nororiental, y por ello pugnaba con la realidad la versión inicial de que el artefacto explosivo se lanzó a varios kilómetros del poblado y dentro de la tan mencionada y recurrente mata de monte.

En este sentido el defensor del acusado Johan Jiménez Valencia en su libelo de apelación hace ver que según el piloto César Romero, "...en su intervención del día 11, con la ayuda del programa ERDAS, que la distancia real de un extremo del borde de la mata de monte con relación al caserío es de 76 metros y, respecto del otro, 132 metros, añadiendo que dicha mata de monte se extiende hacia el norte de Santo Domingo con una distancia de 2 o 3 kilómetros.

El juez colegiado constató que el objetivo fijado en teoría ya no podía ser la mata de monte, porque así lo mostraban las pruebas, específicamente el testimonio del Comandante de la operación «Relámpago II» de la Décima Octava Brigada del Ejército, Sergio Alberto Carreño Estupiñán y los diálogos de la tripulación del avión *Skymaster*. Con el primero verificó que existía comunicación entre los militares que operaban en tierra y los pilotos, a quienes para el momento en que se lanzaron las granadas ya les habían avisado sobre la presencia militar entre la vegetación, rehusando por ello la ayuda aérea; y con los segundos, confirmó que los guerrilleros se habían desplazado al casco urbano constituyéndose todas

⁵¹ Folio 83, Cuaderno No. 43.

⁵² Folio 123, Cuaderno No. 3 -parte inferior-.



esas en razones suficientes para que el artefacto explosivo no fuera arrojado en la parte boscosa, sino sobre Santo Domingo:

*El Capitán Carreño Estupiñán refiere en su testimonio sobre el particular que a dicha hora con sus hombres ya había superado el puente Cubiloto y estaba dentro de la vegetación, "...de ahí en adelante yo iba a cubierta, me iba desplazando a cubierta por dentro de la mata de monte y no requerí apoyo (...) no lo requerí porque las condiciones de la vegetación no lo permitían."*⁵³

*Destáquese bien esto último, el apoyo aéreo "no lo requerí porque las condiciones de la vegetación no lo permitían" de lo que se desprende que sí había sincronización de comunicación entre la tropa de a pie y las aeronaves oficiales, la mata de monte a las diez de la mañana ya no era el objetivo que previamente se había seleccionado para depositar el artefacto explosivo y que allí realmente no fue lanzado como lo ratifica la afirmación clara y puntual de dicho militar por dos razones puntuales: a) No percibió la explosión de una bomba cluster en la mata de monte a esa hora, y b) De haberse arrojado en la mata de monte, su resultado habría sido catastrófico para sus hombres que se encontraban allí, considerado el alto poder destructor del artefacto.*⁵⁴

Esta importante precisión no fue rebatida o neutralizada a lo largo del proceso y cobra sustento en la grabación de los diálogos de la tripulación del avión Sky Master, que como se anotó antes, la acción aérea desplegada se centraba en el caserío donde los insurgentes se habían mezclado con la población civil que ya comenzaba a desplazarse por la carretera y ello se constituyó en motivo de frustración y completamente inútil resultaba en ese momento ejecutar en

⁵³ Folio 278, Cuaderno No. 1; Folio 98, Cuaderno No.19 y Folio 210 Cuaderno No. 20.

⁵⁴ "Si el dispositivo es lanzado sobre el sitio por el cual yo me voy desplazando en hilera con distancias lo cual abarco una cantidad amplia de terreno necesariamente me hubiera afectado en un gran número mis tropas porque estos dispositivos con los que se utiliza el apoyo aéreo son de un gran poder explosivo y tienen un radio de acción muy amplio".



la mata de monte una misión "Beta" (bombardeo),⁵⁵ y menos si allí ya se encontraba la tropa de la Compañía Dragón.

No sin razón y correspondiendo a esta verdad histórica de lo acontecido, la providencia que ordenó la detención precautelar de los tres acusados por parte de la justicia penal militar aunque por un delito culposo, desechó que la bomba clúster se haya descargado sobre la mata de monte⁵⁶, y ello sirve de paso para rechazar la infundada tesis que guerrilleros muertos en ese lugar y por efectos del armamento explosivo fueron llevados al caserío como lo plantea el defensor de Romero Pradilla.

Esta evidencia procesal hace inútil y sofisticado el cuestionamiento de la representante del Ministerio Público de no haberse establecido con exactitud el distanciamiento de la mata de monte respecto del poblado de Santo Domingo. Para qué, si se tiene probado que no fue allí donde se depositó la bomba, y por el contrario, las muertes, heridos y daños materiales que se ocasionaron dentro del poblado señalan el blanco del artefacto.

Circunstancia a partir de la cual también comienza a enervarse la hipótesis del defensor, en el sentido que no se determinó el sitio exacto donde impactó la *clúster*, porque en la sentencia de primera instancia se dijo que fue en la

⁵⁵ Folio 70, Cuaderno No. 3 Reservado. "...Esa gente (las aeronaves militares) se demora demasiado para coordinar las cosas, para ponerse en acción. Ahí en la curva, se fueron todos? Sí se fueron todos. Mierda, les tomó demasiado tiempo hacer esto. Los únicos camiones que quedan, son esos dos camiones rojos, viejos, destartalados. Hay movimiento hacia el lado izquierdo del pueblo, hay como una docena de personas moviéndose (Español). Ellos no tienen nadie en el (sic) mata monte. Todos están replegados sobre la carretera. Okey explíqueme eso al Hughes...".

⁵⁶ Folio 210, Cuaderno No. 21: "De los testimonios allegados al Proceso se evidencia hasta éste Estadio de la Instrucción, que el Dispositivo no fue entregado en la mata de monte ubicada al Norte del Caserío, puesto que a la hora en que afirman los Oficiales ROMERO PRADILLA y JIMENEZ VALENCIA haber lanzado el citado Artefacto se hallaban a cubierta Tropas del Ejército que avanzaban hacia el Caserío... por entre las matas de monte (...) Sumado a lo anterior, se allegaron pruebas técnicas que indican para este momento de la investigación, el hallazgo de componente químico en los fragmentos metálicos recuperados por personal técnico del CTI en el Caserío de Santo Domingo y el fragmento encontrado a la occisa TERESA MOJICA DE GALVIS por parte del Instituto de Medicina Legal...".



mata de monte y en la de segundo grado se afirma que fue en el caserío.

Sin embargo, se empeña el demandante en desvirtuar que la bomba *clúster* hubiese sido lanzada en el caserío, porque –según afirma el recurrente– en las indagatorias de **CÉSAR ROMERO PRADILLA** y **JOHAN JIMÉNEZ VALENCIA**, y en las declaraciones del Mayor Garzón; el Teniente Lamilla; el Teniente Guillermo Olaya; el Técnico Jorge Alberto Castaño; el Teniente Jershey Medina Rubiano; el Cabo Porfirio Pérez; el Soldado Carlos Julio Parra; el Capitán Raúl Eduardo Gutiérrez; y, de los señores Luís Enrique Carrillo Mora y Roberto Marín Vera, se ubicaron los combates y la explosión del dispositivo a una distancia que oscila entre los 200 metros y un kilómetro y medio de Santo domingo, pero en la mata de monte.

Pero omite explicar el actor de qué forma midieron los procesados y los testigos esas distancias; por qué los cálculos arrojaron resultados tan disímiles; y, si quienes reportaron esos datos eran ingenieros, topógrafos o planimetristas, y cómo, sin contarse con esos datos, no se incurriría en un falso raciocinio por dársele credibilidad a unos cálculos realizados sin sustento de ninguna índole; ello sin tener en cuenta –como se verá más adelante– que fue al interior de Santo Domingo en donde resultaron mortalmente heridas las víctimas y en donde se recogieron



las esquirlas que formaban parte de la bomba, partículas que no se desenterraron en la mata de monte y mucho menos a 200 metros ni a un kilómetro y medio de la población.

En consecuencia, es incomprensible por qué no se les puede dar credibilidad a las pruebas tenidas en cuenta por los jueces en las instancias, para señalar el punto de impacto, y sí debe dárseles crédito a los testigos que aseguran que la distancia era superior, cuando la misma evidencia física demarcó el lugar de explosión del artefacto militar. Así las cosas, el error denunciado es inexistente.

2. Señala el actor que se incurrió en falso juicio de existencia, porque se dejaron de apreciar las pruebas que demuestran que el radio de acción del dispositivo *clúster* no era de 150 metros a partir del sitio de impacto, como erróneamente lo consideró el Tribunal, sino de 30 metros como lo explican los manuales de la bomba y lo corroboraron varios testigos, lo que constituye un falso juicio de existencia.

Empero, no tiene en cuenta el defensor que esos 30 metros a que hace referencia, se consideran de forma individual, es decir, para cada una de las granadas que conforman el racimo y no para todo el artefacto, acorde con



lo que se explicó en el informe de balística del 10 de marzo de 2000:

...dispositivo (...) compuesto por seis (6) granadas o bombas de fragmentación de 20 libras cada una, (...) mide 46.6 pulgadas, pesa 128 libras (...) están cargadas con explosivo TNT (...) y el radio de acción de cada una es de 30 metros según catálogos, (...).

Esa es la razón para que el Brigadier General Ricardo Rubianogroot Román, para entonces comandante de la base aérea de Apiay, confirmara –así lo admite el libelista– que “...cada bomba del racimo Clúster es de 20 libras entre explosivo y metralla, **que puede generar un rango de acción teórica de 150 metros dependiendo de la dispersión**, por lo tanto se convierte en un riesgo latente y sumamente letal...”⁵⁷ (Destaca la Sala)

En efecto, cada una de las seis granadas se activa de forma independiente, se dispersan a una distancia de 20 a 30 metros entre ellas y tienen una efectividad (que es diferente de alcance) de entre 10 y 25 yardas a la redonda, conforme lo establecieron los expertos en balística forense de la fiscalía, luego de realizar dos lanzamientos de dispositivos tipo *clúster*, como consta en el dictamen No. 128288 del 3 de septiembre de 2003⁵⁸, en el que se reveló:

Descripción del Racimo AN-M1A2 (CLUSTER): Es el conjunto de 6 Granadas de fragmentación de 20 libras tipo AN-M-41A1, 6 espoletas AN-M158 tipo veleta, un

⁵⁷ Folios 105 y 106, Cuaderno No. 28.

⁵⁸ Folios 1 al 20, Cuaderno No. 32.



adaptador de desprendimiento rápido tipo M1-A3, orejas de suspensión, alambre de armado, adaptadores con cables, ganchos, cintas metálicas y muelles. El armazón esta provisto de una barra la cual frena simultáneamente las espoletas de las 6 granadas y previene a que estas se armen antes de que el adaptador expulse las granadas por medio de unos muelles.

Las cintas metálicas están sujetas por medio de grapas que se desprenden al retirar el alambre armador lo cual ocurre en un tiempo determinado al ser lanzado de un avión o helicóptero, los muelles actúan e impulsan las seis bombas hacia los lados que dando (sic) separadas del adaptador que las mantiene en racimo, las espoletas AN-M158 se arman después de que la veleta ha girado de 375 a 512 revoluciones y su recorrido en el aire para armado es de aproximadamente 600 a 725 pies. Las seis granadas caen aproximadamente entre 20 y 30 metros de dispersión entre ellas, los fragmentos salen a gran velocidad y por consiguiente las esquirlas o fragmentos en un 80% saldrán impulsadas hacia adelante ya que la granada tiene un determinado ángulo de caída, el cual lo da la velocidad de la aeronave y altura con que se lanzó, la efectividad es de 10 a 25 yardas a la redonda. Asimismo en caso de lanzamiento de un racimo cluster todas las granadas caen en un radio muy cercano entre ellas, la espoleta es de impacto la cual detona la bomba al contacto con la superficie.

Entonces, es claro que los jueces no dejaron de apreciar las evidencias a que alude el demandante. Precisamente, fueron esas pruebas las que les permitieron concluir que la bomba *clúster* es un artefacto altamente peligroso, inexacto y con un amplio radio de acción y, aunque el *Ad-quem* no hizo alusión a este evento en particular, sí ratificó de forma implícita las consideraciones del juez individual, quien refiriéndose al tema había señalado:



En primer lugar, la prueba realizada en la base aérea de Apiay el 12 de agosto de 2003 por el CTI de la Fiscalía General de la Nación en la que se efectuó un lanzamiento dirigido de dos dispositivos clúster que quedó registrado en el video No. 26 del expediente, permitió establecer: i) que la precisión de estos artefactos es limitada, dado que solo una de las granadas que los componían impactó sobre la carretera pavimentada, el objetivo preestablecido, cayendo las restantes a ambos lados de la vía, e incluso una a muchos metros de las demás; y ii) que tienen un gran poder antipersonal, lo que se evidenció cuando al caer, levantando una espesa humareda negra, las granadas se fragmentaron en un sinnúmero de esquirlas que se esparcieron en todas las direcciones atravesando las estructuras de madera y aún los mojones metálicos, dejando cráteres en el terreno y colas oxidadas similares a lo hallado en la inspección judicial del 17 de diciembre de 1998 al caserío de Santo Domingo.

Esto último explica por qué otro lanzamiento programado para el año 2000 no fue realizado, toda vez que el entonces comandante de la misma base indicó que desde determinada altura no podía hacerse la entrega dirigida de la clúster, por el riesgo que representaba para los inmuebles y vías ubicados en sus inmediaciones, en los siguientes términos: "la composición de cada bomba del racimo clúster es de 20 libras entre explosivo y metralla, que puede generar un rango de acción teórica de 150 metros dependiendo de la dispersión, por lo tanto se convierte en riesgo latente y sumamente letal" (fl. 105 - 106, c. 28), así como "por encontrarse ubicado muy cerca de la carretera y zona residencial, no ofrece la seguridad necesaria para este tipo de pruebas" (fl. 121, c 11).

No se advierte en este caso el desprecio por la prueba, porque lo que denuncia el defensor es la ausencia de invocación formal de los manuales técnicos de los dispositivos *clúster* y de unos testimonios que el mismo censor omitió reseñar. El contenido probatorio fue traído a



colación en la sentencia, pero el libelista no está de acuerdo con su valoración y pretende anteponer sus apreciaciones como sustento de mejor criterio, tratando de hacerle creer a la Corte que si cada una de las seis granadas que conforman el artefacto explosivo tiene un radio de acción de 30 metros, esa es el área sobre la que se extenderán los efectos de todo el racimo.

3. En todo caso –afirma el defensor– la bomba no pudo haber estallado sobre el camión rojo, porque el diámetro de la perforación es de 1,20 metros por 1,50 metros, lo que atenta contra las leyes de la geometría y de la ciencia, porque *«...es el único foramen que conozco en el universo que tiene dos diámetros...»*.

Además, está seguro de que en el camión rojo se encontraron restos de metralla, nitritos y nitratos que son elementos usados por la guerrilla, y el afirmar que la *clúster* impactó ese automotor constituye un falso raciocinio *«al desconocerse las leyes que regulan las reacciones químicas, porque con determinados reactivos se prueba la presencia de determinadas sustancias químicas»*.

A partir de esas premisas, sugiere que sobre el camión rojo explotó un artefacto dejado por los subversivos, ya que las bombas *clúster* detonan al contacto con otro objeto y, en tal evento, las esquirlas se hubiesen proyectado de afuera



hacia adentro del camión y considerar lo contrario se opone a las «...leyes de la ciencia y de la técnica...».

Sin embargo, el demandante omitió señalar cuál fue la ley de la geometría o ciencia que violó el Tribunal, al admitir que el agujero hallado en el vehículo rojo medía 1,20 metros por 1,50 metros, de acuerdo con lo que directamente constataron los peritos de medicina legal, ni cómo operarían esas leyes cuando un artefacto explosivo impacta sobre el capó de un automotor, para concluir que el orificio ocasionado debe ser absolutamente simétrico, proporcionado y armonioso.

Tampoco compagina con la realidad que en las esquirlas recuperadas del aludido automotor se hubiesen hallado rastros de nitritos o nitratos, porque los elementos no sólo fueron analizados con esa finalidad por el CTI, sino también por los expertos del DAS, y en ambos casos concluyeron que no contenían ningún residuo de sustancias químicas, conforme lo explicó el *Ad-quem* en la sentencia:

*El CTI se apoyó en otra opinión pericial y en este sentido solicitó la colaboración del DAS, que al intervenir y examinar uno de los tres grupos de fragmentos que le fueron remitidos y caracterizados por su forma irregular y calcinados, informó que **no se hallaron sustancias químicas de explosivos**, a la vez que consideró insuficientes las muestras de los restantes grupos del*



material para emitir pronunciamiento en uno u otro sentido.
(Subrayas originales)

Es evidente que el defensor supone, sin estar demostradas, las conclusiones de unos peritajes que favorecerían a sus defendidos. Por ello considera que cuando el Tribunal coligió, apoyándose en las verdaderas experticias, que no se trataba de una bomba de fabricación casera la que explotó en el camión, porque no se encontraron rastros de nitritos o nitratos, se desconocieron «...las leyes que regulan las reacciones químicas, porque con determinados reactivos se prueba la presencia de determinadas sustancias químicas», tesis que debió orientar en su momento a la aclaración, ampliación e incluso a la objeción de los dictámenes.

Ahora bien, si en gracia de discusión se admitiera que en el camión rojo explotaron elementos dejados por la guerrilla, no sería ese un argumento válido para contradecir que la bomba *clúster* fue arrojada en el caserío, porque de haber sido así tampoco hubiese impedido que el dispositivo lanzado desde el helicóptero comandado por los procesados hubiese impactado contra el vehículo. Tal circunstancia no descarta la detonación de ambas cargas.

Además, si no se probó –como lo afirma el casacionista– que la guerrilla hubiese ingresado al caserío antes de que



se lanzara la bomba desde la aeronave y, mucho menos, que durante su permanencia allí se arrojó la bomba *clúster*, entonces tampoco podría afirmarse que los insurrectos tuvieron la oportunidad de instalar un artefacto casero en el mismo camión en el que las instancias aseguran que impactó una de las seis granadas que componían el racimo.

Esa hipótesis resulta contraria a los mismos argumentos del censor, que sustenta sus particulares apreciaciones en unos dictámenes del C.T.I. y de Medicina Legal, a los que el Tribunal restó credibilidad por considerarlos inexactos y contrarios a lo que posteriormente pudo establecerse mediante otras experticias, pues el primero (del C.T.I.) se elaboró con fundamento en las observaciones y en los elementos recolectados durante una inspección judicial que se llevó a cabo en escasos 90 minutos, en curso de la cual y con posterioridad bajo la gravedad del juramento los peritos informaron que habían sido víctimas de hostigamientos por parte de la guerrilla y por ello no pudieron observar todos los sitios afectados por la explosión; y, el segundo (de Medicina Legal), se emitió luego de apreciar unas fotografías y un video del sitio.

En cambio, el juez colegiado sí le dio crédito a lo que luego concluyeron los peritos, porque pudieron determinar que estaban errados, cuando sin premuras y contando con



adecuados elementos constataron que sí se trató de un artefacto lanzado desde el aire; no fue una bomba artesanal la que impactó en el camión y que en la cubierta del motor del vehículo se hallaron orificios de entrada, pero los proyectiles que los ocasionaron también hicieron orificios de salida por otras partes, como se detallará en el capítulo siguiente.

El Tribunal razonó suficientemente sobre ese punto:

La tesis de la bomba de fabricación casera.

Surgió a partir de la inspección judicial del 17 de diciembre de 1998 efectuada en el corregimiento de Santo Domingo por parte del Juzgado 124 Penal Militar⁵⁹, con la asistencia de peritos del Grupo Marte del Ejército y del CTI de la Fiscalía, quienes sobre residuos supuestamente provenientes de la explosión emitieron por separado los siguientes dictámenes:

*El Grupo Marte “...**descarta técnicamente el empleo de Armamento Aéreo** en los daños causados en el Corregimiento de Santo Domingo”⁶⁰. Para el cuerpo técnico del CTI de la Fiscalía los residuos recogidos corresponden a “...materia prima que comúnmente se utiliza y se ha encontrado en bombas o **artefactos explosivos de fabricación casera**. Los artefactos o armas explosivas militares, no contienen este tipo de sustancias.”⁶¹*
-Resaltado no literal-.

El CTI se apoyó en otra opinión pericial y en este sentido solicitó la colaboración del DAS, que al intervenir y examinar uno de los tres grupos de fragmentos que le

⁵⁹ Folio 109, Cuaderno No. 1

⁶⁰ Folio 10, ibídem.

⁶¹ Folio 124, Cuaderno No. 7.



fueron remitidos y caracterizados por su forma irregular y calcinados, informó que **no se hallaron sustancias químicas de explosivos**, a la vez que consideró insuficientes las muestras de los restantes grupos del material para emitir pronunciamiento en uno u otro sentido⁶².

Agréguese que el Instituto de Medicina Legal, contrario a la tesis de que se trató de artefacto de fabricación industrial que habría lanzado una aeronave, en respuesta a la Defensoría del Pueblo el 8 de febrero de 1999⁶³, y basado en fotografías, videos y fotocopias de actas de necropsia, y pese a advertir la imposibilidad de determinar la naturaleza del artefacto causante de esos hechos, concluye en su dictamen que los destrozos y huellas de violencia, en principio fueron causados por proyectiles o esquirlas de artefactos explosivos como granadas (de mano o impulsadas por fusil) y otro tanto las oquedades o cráteres hallados en el pavimento. Mientras que en relación con los destrozos del camión de color rojo, **descarta también que fuera artefacto explosivo que se desplazara en la dirección aire-tierra**⁶⁴.

Con invocación de estos experticios y la prueba testimonial de reinsertados de las FARC que adelante se comentará, pretenden los apelantes se tenga por demostrado que el explosivo era de fabricación artesanal o casera que el grupo subversivo habría colocado sobre el mencionado camión.

Sin embargo, el conjunto de esta prueba reseñada, termina siendo desvirtuada de manera total por la igualmente pericial que se entra a analizar, no sin antes destacar el Colegiado cómo esa prueba anterior y en la que insisten los apelantes, carece per se de toda perspectiva de éxito por los siguientes reparos e inconsistencias:

a).- La primera inspección judicial cumplida en el caserío de Santo Domingo cuatro días después de los hechos y en

⁶² Folio 196, Cuaderno No. 17.

⁶³ Folio 115, ibídem.

⁶⁴ Folio 117, ibídem: "...por la posición de la rueda delantera izquierda del vehículo y la dirección de los bordes de los orificios que se observan en el guardafangos mencionado, se puede establecer que los elementos que los causaron llevaban una dirección, de adentro hacia afuera con relación al vehículo..."



la que se recolectó el material sobre el que se emitieron esos primeros informes periciales, no fue la pacífica y completa que la gravedad de los hechos demandaba y en particular que diera respuesta y tranquilidad al grave cargo que los residentes del poblado formulaban a la Fuerza Aérea Colombiana de haber bombardeado el caserío, siendo lo obvio por inspeccionar de manera minuciosa y adecuada, la totalidad de los sitios del poblado que sufrieron daño, como la recolección de los residuos que se requerían para un completo experticio en la materia.

En este sentido, son los propios peritos del CTI, Iván Antonio Ricaurte Warletta y José Leonel Martínez, quienes en el informe técnico antes referido dejan expresa constancia de su inconformidad por el limitado tiempo que se les concedió para su misión, hora y media, por supuestos motivos de inseguridad, y que la recolección de los residuos a examinar se hizo en forma parcial por las circunstancias de apremio, disparos de arma de fuego que durante el transcurso de la diligencia se hicieron en inmediaciones del poblado y que según el Ejército que los acompañaba eran de la guerrilla que ya se acercaba al lugar, motivo que impidió recolectar mayores elementos de juicios (sic) y la diligencia hubo de suspenderse⁶⁵.

El primero de los peritos del CTI, Ricaurte Warletta quien suministra respuestas lógicas y precisas al riguroso interrogatorio al que fue sometido por la Juez Penal Militar, reiteró bajo juramento esas condiciones de dificultad en que se produjo el primer informe técnico, el cual él mismo viene a rectificar en su declaración con asidero en nuevos y mejores elementos materiales que en diligencia posterior fueron recogidos y que llevan a conclusión diferente a la

⁶⁵ Folio 275, Cuaderno No. 17: "Siendo aproximadamente las 16:45 del día, se escucharon varias ráfagas de disparos de fusil, a pocos metros del lugar inspeccionado, que según el personal del ejército, se trataba de que la Guerrilla se estaba acercando al lugar. Por esta razón y por lo avanzado de la hora, se suspendió la exploración y nos vimos obligados a protegernos mientras llegaba el helicóptero a las 17:00 horas. Por las razones anteriormente expuestas, por la falta de tiempo y garantías de seguridad suficientes para el personal técnico, sólo fue posible realizar la inspección en los dos puntos señalados (vehículo automotor e inmueble de incinerado)." Ver también constancia en el mismo sentido al folio 216, Cd. Ídem.



del primer dictamen⁶⁶ al que le quita por ende todo valor probatorio.

b).- Amén de lo anterior, llama la atención del Colegiado la actitud del Juez 124 de Instrucción Penal Militar que presidió la primaria diligencia, quien en relación con el camión destruido, anotó por su cuenta y riesgo en el acta "...en términos generales al parecer la parte del motor fue destruida de (sic) una carga depositada en el interior del mismo...".⁶⁷

Valoración que no le competía en ese momento, si para ello llevaba los varios peritos expertos en la materia; pero fue de este prejuzgamiento de donde al parecer se originó la tesis de la bomba casera, considerado que era la primera mención que se hacía, sin expresar fundamento técnico alguno que le diera sustento a la afirmación.

c).- De igual modo, genera desconcierto que el departamento de balística del Instituto de Medicina Legal en el señalado informe pericial, donde consciente que su concepto lo emitía sin contacto directo y material con los elementos objeto de pericia, sino de **simples fotografías y video** del sitio donde se encontró la oquedad o destrozos del pavimento, no empuja lo cual y la expresa advertencia que hizo de la imposibilidad de determinar la clase de elemento bélico que lo causó, contradictoriamente venga a decir que "descarta que haya sido generado por artefacto explosivo tipo aire-tierra" y otro tanto respecto de la dirección de los destrozos en las latas del automotor afirmando que fue de "de adentro hacia fuera (sic)", para alimentar la tesis que fue una bomba casera o artesanal la que se colocó allí y ocasionó esos orificios, pero omitiendo referirse a los de entrada a los que aludirán posteriores pericias.

La misma crítica que se suscita en un caso cualquiera, cuando con una fotocopia se pretende acreditar la falsedad material de un documento, en donde no se tiene contacto directo y físico con las formas de mutación objeto

⁶⁶ Folio 275, Cuaderno no. 17: "...lo conceptualizado en los primeros dictámenes fue producto de un estudio con escasa documentación y que el tiempo que se tuvo en la primera inspección fue muy corto, se generaron dudas posteriores a la emisión de dichos dictámenes cuando se recibieron más elementos que enviaba la Unidad de Derechos Humanos...".

⁶⁷ Folio 110, Cuaderno No. 1.



*de examen, en el sub júdice es inaceptable que en la pericia en comento y como se acaba de ver se dijera que los mencionados **daños materiales** y en particular los de las latas del camión, no fueron causados por impacto de artefacto explosivo aire-tierra -descartando con ello que proviniera de una aeronave-, con soporte en las solas y equívocas imágenes de fotografías y videos, es decir, sin el contacto material con esos daños.*

Conclúyese por ahora que la prueba pericial acabada de comentar no es ni era la calificada e idónea para tener por desvirtuado que el hecho punible no fue ocasionado por la bomba clúster como lo reclaman los apelantes. Menos cuando no destruye ni debilita el vigor probatorio de la que se entra a reseñar.

4. Consciente de esa circunstancia, es decir, que no se trataba de un explosivo casero o artesanal, puesto que no se detectaron rastros de nitritos o de nitratos, ensaya el defensor introducir la tesis de que las esquirlas recuperadas procedían de artefactos diferentes al *clúster*, porque, a su juicio, así lo admitieron las instancias y porque no se descubrieron fragmentos metálicos que correspondieran a la bomba de racimo en el camión rojo, pues -afirma- los que se recuperaron no tenían residuos de TNT.

Sin embargo, ese argumento se descarta de antemano, porque no es cierto que las instancias hubiesen acogido ese planteamiento y porque los dictámenes del CTI y del FBI concluyeron que las esquirlas sí formaban parte de la *clúster*, tanto las que se hallaron en Santo Domingo como las que se encontraron en los cadáveres.



Para reafirmar que se trató de una bomba *clúster*, así razonó en todos sus pormenores el juez colegiado, refiriéndose especialmente a la nueva evaluación de los elementos por parte de los peritos, siendo esos los estudios que le permitieron descartar las primigenias conclusiones a las que habían llegado los expertos del CTI y de Medicina Legal, conforme se expuso en acápite precedente:

Para la obtención del dictamen pericial sobre ese nuevo elemento material, incluyendo esta vez evidencia de singular e invaluable importancia “Fragmentos recuperados en Necropsias de algunas víctimas de las explosiones el 13 de Diciembre de 1998”, los expertos en balística y explosivos del CTI de la Fiscalía con los patrones de comparación y acopiando información propia de la bomba clúster en el Almacén de Armamento de la Base Aérea de Apiay, del cotejo y análisis físico de esa variedad de fragmentos, en el informe de abril 28 de 2000, con el cual se ampliaba y rectificaba el primer dictamen, concluyeron:

*“Los fragmentos de hierro recuperados en Santo Domingo, alrededor del sitio de los hechos en los puntos de impacto, en algunas viviendas, en el vehículo afectado (camión) y en las necropsias de algunas de las víctimas de las explosiones del 13 de diciembre de 1998, **corresponden al anillo o espiral de fragmentación que presentan las bombas o granadas aire-tierra AN-M1A2 o AN-M158, dispositivo tipo CLUSTER,** descrito anteriormente en el ítem 3.2.1., al igual que otro de los fragmentos recuperados **corresponde a una parte de la cabeza o nariz de la espoleta AN-M1 A2 o AN-M158 y que se observa en la comparación con las piezas del dispositivo CLUSTER,** ilustrada en el video de la inspección judicial del 10 de marzo del 2000 en la base de la FAC en Apiay-Meta.”⁶⁸-Resaltado de la Sala-*

⁶⁸ Folio 217, Cuaderno No. 17.



La debida y completa motivación de la nueva pericia revela cómo los peritos en su estudio y análisis de los fragmentos de hierro recogidos en el poblado de Santo Domingo y las necropsias que allí se mencionan, identifican partes específicas de las piezas de fabricación industrial constitutivas de la bomba clúster, **"...corresponden al anillo o espiral de fragmentación (...) corresponden a una parte de la cabeza o nariz de la espoleta AN-M1 A2 o AN-M158..."**, evidenciando de esta forma la uniprocendencia del material bélico encontrado.

Del mismo modo, en el minucioso examen técnico del camión y las condiciones de destrucción en que quedó, su conclusión fue igualmente tajante:

"...sufrió impacto de un artefacto explosivo aire-tierra con espiral de fragmentación en hierro que cayó sobre su capot (sic) y que en su explosión desprendió múltiples fragmentos propios de dicho espiral; estos fragmentos atravesaron las láminas del vehículo en distintas direcciones y en forma de abanico, produciendo orificios de entrada en el motor y de salida hacia sus guardafangos y puertas laterales. Lo anterior debido a que las evidencias y fragmentos hallados en el interior del vehículo, así lo indican." -Resalta el Colegiado-

Analícese del (sic) fenómeno que señala el impacto del artefacto sobre el vehículo en su dirección aire-tierra, cómo la explosión desplazó esquirlas de proyectil en doble vía: **"...produciendo orificios de entrada en el motor y de salida hacia sus guardafangos y puertas laterales..."**-se destaca-, lo cual viene a explicar las erradas conclusiones que se dieron en los primeros dictámenes al hablarse únicamente de orificios de salida, aserto que alimentó la tesis de la bomba casera o artesanal, omitiendo referirse a los lógicos orificios de entrada que se generaron al impactar y explotar el artefacto.

(...)

Destáquese entonces que los residuos de esquirlas recogidos en el poblado de Santo Domingo que fueron objeto del análisis pericial, no provienen únicamente del automotor averiado, sino de las estructuras de madera de



las casas del poblado como quedó registrado en el acta de inspección judicial en el lugar de los hechos por parte del Fiscal investigador, supervisada por un delegado de la Procuraduría General de la Nación y el Jefe de la Unidad Nacional de Derechos Humanos del ente acusador, y así se recogió en video cassette (sic).⁶⁹

(...)

El Coordinador del Área de Balística del CTI, Pedro Alejandro Zambrano Orozco, en declaración que le recibió la Juez 122 Penal Militar que en ese momento llevaba la investigación de los hechos, ratifica bajo juramento el informe pericial que se examina, y con apremio de ese compromiso legal y moral, expresa las razones técnicas y materiales de univocidad de las esquirlas recogidas en los sitios de impacto del explosivo:

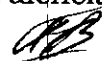
*“...consiste en que **corresponden a material metálico de forma geométrica similares, esto es, guardan la misma forma con pedazos o con el espiral de las granadas de los dispositivos clúster** (...) estos pedazos aun cuando son irregulares presentan un espesor y una altura que permitieron compararlos **con el espiral de una granada clúster que fue lo que nos permitió concluir de que se trataba de este tipo de artefactos...**”⁷⁰. - Resaltado de la Sala-*

Hasta el **Instituto de Medicina Legal** se pone a tono con la nueva prueba y su realidad develada. A la pregunta sobre los efectos que se habrían producido de haberse acondicionado el referido camión averiado con un explosivo artesanal, su respuesta fue tajante:

*“a. El acondicionamiento de un vehículo con cargas explosivas (entendiendo como tales, cargas de demolición), en cada una de las partes planteadas por el despacho, **implicaría neCÉSARIamente, la destrucción total del mismo y gran parte de los alrededores, si estas llegaran a detonar.**” -Negrilla de la Sala-*

⁶⁹ Folio 84, Cuaderno No. 17.

⁷⁰ Folio 269, Cuaderno No. 17.



El mismo dictamen y en enmienda del primer y criticado informe pericial precisa sobre la causa y elemento que produjo los daños del vehículo automotor:

*“...se conceptúa que los daños que evidencia el mismo, en su parte anterior, **no fueron ocasionados por carga de demolición, sino por un artefacto explosivo de fragmentación, el cual impactó sobre el capó del vehículo** generando un orificio de 1.20 m x 1.50 m de diámetro, **con bordes irregulares invertidos**, cortes radiales, gran cantidad de orificios satélites, pérdida y desplazamiento de material constitutivo...”.⁷¹ -Resaltado fuera de texto-*

Cuando este peritazgo alude a que el artefacto explosivo “impactó sobre el capó del vehículo” y descartando que fuera una bomba casera la que se colocara allí, a juicio de la Sala, no representa situación diferente a la caída libre del artefacto bélico, y así se colige por la forma en que quedó el camión y que muestran las diferentes fotografías sobre ese particular,⁷² inclinado hacia el costado derecho, visto de frente; el capó en su parte próxima al marco del vidrio panorámico e igualmente parte del motor, hundidos o doblados en su parte central hacia su interior, tratando de adoptar la figura de “v” indicativa que fue un artefacto el que cayó en la dirección aire-tierra e impactó allí, fenómeno físico que por lógica no podría causar una bomba artesanal puesto que sus efectos serían de adentro hacia fuera.

Los anotados conceptos técnicos los expresó Medicina Legal con ocasión a la inspección que en el poblado llegó a practicar la Procuraduría General de la Nación el 18 de junio de 1999⁷³, los cuales vienen a ser compatibles con los efectos de la bomba de fragmentación o de racimo como se le conoce a la clúster. Mantuvo sin embargo su criterio de que los cráteres en el pavimento alrededor al camión pudieron causarse por granada lanzada por arma tipo fusil, cuya inicial conclusión en el mismo sentido ya fue objeto de crítica por no haberla basado en contacto directo y material con el lugar sino en fotografías y videos.

⁷¹ Folio 121, Cuaderno No. 17.

⁷² Folio 127, Cuaderno No. 3; Folio 44, Cuaderno No. 18.

⁷³ Folio 187, Cuaderno No. 17.



(...)

Para abundar en razones, en orden a diluir toda duda acerca de la disimilitud de los primeros informes periciales con los últimos que se han reseñado, y no empece contar ya con el que identificaba plenamente la bomba clúster, fue acertada la iniciativa de la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, auscultar una tercera opinión técnico-pericial sobre la naturaleza e identificación del artefacto explosivo causante del hecho trágico, y qué mejor hacerlo que con una institución neutral que con anterioridad no tenía contacto alguno con los elementos materiales involucrados en el hecho, como lo fue el Laboratorio del FBI de la Embajada de los Estados Unidos cuya colaboración se solicitó al respecto y al cual se remitieron los mismos fragmentos metálicos recogidos en el camión y estructuras de madera de las casas del poblado de Santo Domingo, como también los no menos relevantes extraídos de los cuerpos de las víctimas, Teresa Mojica Hernández y del cadáver correspondiente a la necropsia No. 111.054⁷⁴.

La Fiscalía para facilitar el nuevo estudio y análisis, en el oficio remisorio del 17 de marzo de 2000 y que corre a folio 354 del cuaderno 15, relaciona las muestras objeto de examen en seis (6) grupos individualizando en cada uno de ellos su origen y en particular de los recogidos en el destruido camión y las mencionadas necropsias de las víctimas.

La respuesta del FBI en su informe pericial signado el 1º de mayo de 2000 y con el radicado Lab.No.,000403002 ZW, fue que los fragmentos remitidos y examinados provenían de la bomba de fragmentación y mecha como se distingue e individualiza a la bomba clúster:

*“Las presente (sic) muestras suministradas son restos detonados que **concuerdan con una bomba de fragmentación y mecha AN-M41, de 20 libras, diseñada en los Estados Unidos.** La explosión resultando de esta clase de bomba puede causar daños a*

⁷⁴ Folios 354, 396 y ss, Cuaderno No. 15. (Ver Álbum fotográfico No.1 del mismo FBI tomado sobre dichas muestras).



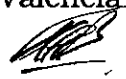
propiedades, lesiones corporales o la muerte.”⁷⁵
-Resaltado del Colegiado-

Dictamen serio, objetivo y razonado que no fue desvirtuado durante todo el trámite procesal, no empece que la Juez 121 Penal Militar en la investigación que adelantaba, pretendió el 24 de abril de 2002, fuera ampliado con el argumento de que la Fiscalía había omitido enviar otras esquirlas recogidas en el lugar de los hechos, según dice el agregado jurídico del FBI de la Embajada Americana se lo manifestó verbalmente la juez, funcionario al que no empece causarle extrañeza la nueva solicitud pericial, dio formal respuesta de orden técnico que por ser insuficientes las muestras que le fueron remitidas y el daño que presentaban “...no es posible determinar si estos fragmentos son compatibles con alguna pieza específica de artillería...” recordándole no obstante el concepto pericial anterior que ya se había rendido a la Fiscalía General de la Nación, ratificando que los fragmentos sometidos en esa ocasión “...eran parte de una bomba de fragmentación de 20 libras, tipo ANM41...”,⁷⁶ como se individualiza la bomba clúster.

Es importante destacar que el informe pericial en referencia, con alcance neutro o indiferente, no constituyó nada novedoso, pues sólo vino a consolidar y darle solidez al ya preexistente dictamen del C.T.I de la Fiscalía en idéntico sentido.

En síntesis, las instancias lograron establecer que al menos una de las granadas que conformaban la bomba tipo clúster, hizo blanco en el camión rojo estacionado en el caserío Santo Domingo, de donde se recuperaron gran parte de las esquirlas de ese artefacto, mismas que fueron sometidas a los análisis técnicos que determinaron su inequívoca procedencia y con fundamento en esos resultados motivó el Tribunal la decisión, por lo que no

⁷⁵ Folio 409, Cuaderno No. 15 y Folio 222, Cuaderno No 17.



puede afirmarse ligeramente que los razonamientos de la sentencia son arbitrarios, supuestos o tergiversados.

5. En consideración a que el Tribunal concluyó acogiendo el informe de los expertos en explosivos del CTI de la fiscalía que «... *estos impactos o cráteres fueron producidos por las seis (6) bombas AN-M1A2 o AN-M158 que normalmente son lanzadas desde una aeronave con el dispositivo CLÚSTER⁷⁷*», sale al paso el defensor aseverando que los agujeros hallados en la carretera y detrás del camión rojo no fueron ocasionados por una bomba de ese tipo, porque tenían diferentes direcciones y ello contraría las leyes de la física, concretamente la inercia, puesto que si las bombas que conformaban el dispositivo eran iguales los boquetes producidos tenían que ser iguales y en este caso, además —argumenta—, fueron hechos con posterioridad al 13 de diciembre de 1998, porque el avión *Skymaster* no los registró inmediatamente después del bombardeo.

Sin embargo, no explica el demandante, ni entiende esta Colegiatura, cómo funciona esa ley de la física (la inercia) para el caso concreto, cuando se conoce que se trata de 6 bombas cada una compuesta por 20 libras de

⁷⁶ Folio 85, Cuaderno No. 30.

⁷⁷ Folio 218, Cuaderno No. 17.



explosivos y de metralla que cayeron en diferentes sitios del poblado⁷⁸.

No explica por qué tenían que ser uniformes las huellas de la explosión, mucho menos si ni siquiera se preocupa por demostrar que la resistencia ejercida sobre las bombas fuera opuesta en las 6 explosiones por la misma cantidad de materia.

Es decir, no comprobó que la materia que conformaba la superficie sobre la cual explotaron los artefactos también era igual en los diferentes puntos de impacto, con idéntica consistencia, tenía la misma resistencia y, en consecuencia, afirmar así que a igual cantidad de explosivos igual daño o, al menos, que esos cráteres producidos tenían que ser simétricos. Tampoco cómo funciona la inercia en el caso de los explosivos y concretamente cuando se trata de varias bombas accionadas simultáneamente, arrojadas desde una

⁷⁸ Destaca el fallo de primera instancia conforme el acta de inspección judicial a Santo Domingo, realizada el 11 de febrero de 2000 por la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía, en la cual se señalaron los sitios donde quedaron los muertos y heridos, así como el lugar donde cayó cada una de las bombas, levantando el plano respectivo: « Ahora bien, respecto a los sitios específicos donde cayeron las bombas y fueron impactados los damnificados, se tiene el plano topográfico elaborado por la División Criminalística del CTI, donde se aprecia la ubicación de 24 víctimas y 6 puntos de impacto (sobre el camión; atrás de él; frente a la droguería; frente a la vivienda de Olimpo Cárdenas; al lado izquierdo de esta; y el último en un inmueble a la derecha de la tienda), tal como lo señalaron los testigos (fl. 289, c. 28) permitiendo concluir en grado de certeza que sobre el caserío impactaron las bombas cluster, una de ellas frente a la vivienda de Olimpo Cárdenas; donde cayeron 5 víctimas; otra junto a la droguería ubicada en el mismo costado un poco más al occidente, tres en torno al camión ocasionando el mayor número de víctimas fatales en el establecimiento de Mario Galvis, ubicada atrás de automotor y la última al oriente de aquel. Por lo tanto, el juzgado descarta que alguna de las bombas haya caído en la mata de monte y que las víctimas sean el producto de esquiras que se desplazaron desde allí.» Folio 53.



aeronave en movimiento, porque no es lo mismo hacer alusión a masas inertes que a cargas explosivas, a las que se les aplica alguna fuerza o resistencia que modifique su trayectoria, o estado de reposo o de movimiento.

Omite revelar el demandante de qué forma debían ser los agujeros y por qué tenían que presentar un determinado aspecto.

El argumento adicional consistente en que desde el avión *Skymaster* no se registraron los cráteres inmediatamente después de la explosión, es desvirtuado por el mismo demandante, al señalar la imposibilidad de ese registro, dadas la altitud y la velocidad del avión, si se tiene en cuenta que ese mismo razonamiento lo formula para descartar que los tripulantes de la citada aeronave se hubiesen percatado del ingreso de los guerrilleros a Santo Domingo, porque en su sentir era imposible que los detectaran volando a 3.000 pies de altura y a más de 180 kilómetros por hora, lo que les impedía visualizar esa circunstancia.

Si los pilotos en las conversaciones que sostuvieron previamente a la explosión, advirtieron sobre el ingreso del grupo armado ilegal al caserío, puesto que afirmaron haberlos visto, y a pesar de ello el defensor descarta la posibilidad de que ello sucediera, dadas las condiciones del



vuelo, no explica por qué sí debe creerse que desde esa misma aeronave, en idéntica situación de altura y velocidad, tenían que haberse detectado los orificios provocados por las explosiones.

Cabe subrayar que el libelista también sustenta su postura en un dictamen de medicina legal al que el Tribunal le restó credibilidad, por haberse fundamentado, no en lo que directamente percibió el perito, sino en unas representaciones fotográficas y de video, que no dejan ver la realidad, conforme se explicó en los acápites anteriores.

Para concluir el juez colegiado, en acogimiento del dictamen del CTI de la fiscalía, que los agujeros en el suelo si fueron causados por una bomba *clúster*.

Lejos de desdibujar esta terrible realidad lo que el defensor consigue con sus especulaciones es reafirmar que tal panorama dantesco no lo produjo sino un artefacto explosivo de las condiciones que señala la prueba pericial atrás analizada.

...A análoga conclusión convergen los daños materiales encontrados en los puntos de impacto dentro del poblado de Santo Domingo según la inspección judicial en la que su causalidad se atribuye al mismo artefacto explosivo, permitiendo a los expertos en explosivos del CTI de la Fiscalía afirmar "que estos impactos o cráteres fueron producidos por las seis (6) bombas AN-M1A2 o AN-M158



que normalmente son lanzadas desde una aeronave con el dispositivo CLUSTER⁷⁹.

6. Les resta el censor credibilidad a los diálogos de los pilotos cuando comentan que los guerrilleros ingresaron a Santo Domingo y por ello debían arrojar la *clúster* en la cabecera norte del caserío, pues algunos de sus habitantes declararon no haber visto a los subversivos. Además, los tripulantes del *Skymaster* sí informaron que la guerrilla había ingresado al «pueblito», pero supone el libelista que esos pilotos no pudieron haber visto a los insurgentes, porque volaban a 3.000 pies de altura y a 180 kilómetros por hora. También, porque no podrían haber percibido cuando los guerrilleros se cambiaban de ropa –como informaron los pilotos– porque supone el demandante que lo hicieron dentro de las casas. Asimismo, algunos habitantes declararon que no estaba allí la guerrilla cuando explotó el dispositivo y sostener lo contrario viola las leyes de la ciencia, la lógica y la experiencia, porque los habitantes de Santo Domingo se conocían entre sí.

El defensor asume una cómoda posición para reprochar la sentencia, cuando por conveniencia considera que desde un avión a altura y velocidad determinadas es posible que los pilotos percibieran unos detalles, y en las mismas condiciones de vuelo niega que estas personas

⁷⁹ Folio 218, Cuaderno No. 17.



pudieran percatarse de otras circunstancias que considera perjudiciales para sus asistidos.

Pero, conforme se explicó anteriormente, la *credibilidad* no es de suyo censurable en casación, porque nuestra legislación proscribió el sistema de la tarifa legal, y la valoración probatoria se debe realizar de acuerdo con los principios de la sana crítica.

Luego, entonces, el hecho de que algunos habitantes declararon no haber visto guerrilleros en Santo domingo, no implica que ineludiblemente así hubiese ocurrido. Situación que por lo demás, carece de trascendencia, si se tiene en cuenta que el caserío fue bombardeado y sus habitantes ametrallados, sin considerar su condición de civiles, siendo esas las acciones que se les reprochan a los procesados y por las que se les condenó en primera y segunda instancias.

Fueron los mismos militares quienes informaron y corroboraron ese contexto, que de no ser cierto, conforme lo argumenta el defensor, entonces debe asumirse como una simple disculpa para proceder contra la población civil. El *Ad-quem* detalló cómo los militares se refirieron al ingreso de la guerrilla:



(...) el verdadero objetivo militar, lo constituían los insurgentes mismos, y como estos, antes que se lanzara la bomba corrieron de ese lugar a refugiarse al poblado, no hacía sentido depositar el explosivo sobre la mata de monte como tanto se pregonaba, pues el objetivo militar se había desplazado al caserío, y así lo confirma la grabación de los diálogos de la tripulación del Sky Master, de la que se colige que la actividad del operativo pasó a centrarse en el caserío, y su óbice para enfrentarlos era la población civil.

En este marco no se pierde de vista en el análisis que la misión de las aeronaves oficiales era darle apoyo aéreo a la tropa que se desplazaba por tierra hacia el poblado de Santo Domingo, y en este sentido, es relevante destacar que antes de las diez de la mañana del 13 de diciembre de 1998, la compañía Dragón de la Brigada 18, a cargo del Capitán Sergio Alberto Carreño Estupiñán y que se desplazaba a pie, ya se había internado en la mata de monte y es probable que por lo mismo, los insurgentes al verse sitiados buscaran refugio en las casas del poblado.

(...)

Esta importante precisión no fue rebatida o neutralizada a lo largo del proceso y cobra sustento en la grabación de los diálogos de la tripulación del avión Sky Master, que como se anotó antes, la acción aérea desplegaba (sic) se centraba en el caserío donde los insurgentes se habían mezclado con la población civil que ya comenzaba a desplazarse por la carretera y ello se constituyó en motivo de frustración y completamente inútil resultaba en ese momento ejecutar en la mata de monte una misión "Beta" (bombardeo),⁸⁰ y menos si allí ya se encontraba la tropa de la Compañía Dragón.

⁸⁰ Folio 70, Cuaderno No. 3 Reservado. "...Esa gente (las aeronaves militares) se demora demasiado para coordinar las cosas, para ponerse en acción. Ahí en la curva, se fueron todos?. Sí se fueron todos. Mierda, les tomó demasiado tiempo hacer esto. Los únicos camiones que quedan, son esos dos camiones rojos, viejos, destartalados. Hay movimiento hacia el lado izquierdo del pueblo, hay como una docena de personas moviéndose (Español). Ellos no tienen nadie en el (sic) mata monte. Todos están replegados sobre la carretera. Okey explíqueme eso al Hughes...".



Recuérdese que esos mismos testigos dijeron que las bombas las lanzaron desde el helicóptero UH1H, es decir, la aeronave tripulada por los procesados **CÉSAR ROMERO PRADILLA** y **JOHAN JIMÉNEZ VALENCIA**, y que los ametrallaban cuando trasladaban los heridos al municipio de Tame, hechos que no podrían interpretarse de forma distinta a la de considerar que los pilotos estaban seguros de que las personas en tierra dentro del caserío, además de la población civil, formaban parte del grupo insurgente, sobre cuyo ingreso habían sido advertidos por los tripulantes del *Skymaster*. En la sentencia de primera instancia se detallaron esos aspectos, como se transcribe a continuación:

Merecen atención especial otros testigos presenciales que declararon entre el 16 y 17 de diciembre de 1998 ante la Personería Municipal de Tame, entre quienes se destacan:

- i) Luz Irene Medina Molina, quien relató que cinco helicópteros y un avión sobrevolaron desde las cinco y media de la mañana, lanzando uno de ellos, parecido al "lobo del aire", algo parecido a 4 o 5 piedras negras, tras lo cual "lo único que veía era humito y volteeé a mirar para los lados y había gente tirada pidiendo ayuda", después de lo cual el helicóptero seguía disparando (fl. 48 - 49, c. 11);*
- ii) Nilsan Díaz Herrera, quien vio dos helicópteros, uno grande y otro pequeño, que tiraron bombas y ametrallaron, agregó: "yo vi cuando el helicóptero lanzó dos granadas sobre el caserío" (...) "una cayó sobre un camión viejo que había, la otra cayó en el pavimento", (fl. 50 - 51, c. 11);*
- iii) Luz Nelly Benítez manifestó: "el helicóptero, uno redondito que le dicen la mosca empezó a ametrallar hacia el caserío y todo mundo corría y no hallábamos que hacer" (...) "los helicópteros fueron rodeando bajito, rafagueando pero no sé a quién le tiraban porque los únicos que estábamos ahí éramos nosotros, de ahí empezaron a tirarnos bombas a*



nosotros, tiraban bombas a donde estaba el grupo más grande, habíamos aproximadamente 17 personas donde cayó la primera bomba, y la segunda cayó casi en el mismo puesto, en el capó de un camión rojo que cargaba madera, y la otra cayó fuera de la pavimentada al pie de la casa de doña Margarita y la otra cayó en la pavimentada en el mismo sitio." (fl. 52 - 53, c. 11.); iv) Adán Piñeros expuso: "nos salimos nuevamente para la carretera con los niños para que nos vieran que éramos personas civiles desarmadas, nosotros levantábamos las manos y hacíamos señas para que no nos atacaran; como a eso de las nueve nosotros vimos que el helicóptero se cuadro (sic) encima de nosotros y nos tiró dos granadas (..) algunos alcanzamos a correr, pero otros sobre todo los niños, que no alcanzaron a correr fueron los que mataron ahí indefensos miserablemente, y todavía después de la explosión el mismo helicóptero nos cogió a pura ráfaga " (fl. 54, c. 11); v) Luis Murillo Villamizar, expuso: "yo vi directamente cuando el helicóptero grande, negro, lanzó la bomba y pasó por encima del caserío y explotó más adelante y después lanzó otra bomba que cayó en el centro del caserío o sea en la mitad de la carretera donde estaba la población civil" (fl. 62-63, c. 11); y vi) María Antonia Rojas, quien relató: "nosotros vimos cuando la bomba la botó el helicóptero, nosotros vimos cuando la bomba venía, ese helicóptero era como negro, grande, cuando yo vi venía dando vueltas en el aire, eso es en fracción de segundos, cuando la vimos ya venía para encima de nosotros" (fl. 67-68, c. 11).

La descripción que hicieron estos testigos y los antes reseñados permite concluir que el ataque sobre Santo Domingo fue una acción conjunta de varias aeronaves, que además de lanzar artefactos explosivos, lo ametrallaron.

El relato reseñado fue corroborado en detalle por Joaquín Rivero Mojica (fl. 20 - 21, c. 7), Luis Gabriel Baenal Yopez (fl. 22 - 23, c. 7), Excelino Martínez (fl. 24 - 26, c. 7 y 106 - 107, c. 9), Inés Yurelly Bello Tilano (fl. 103 - 104, c. 9), Ascensión Daza Giraldo (fl. 108, c. 9), María Antonia Rojas Beltrán (fl. 109 - 110, c. 9) y Luis Enrique Carrillo Mora (fl. 21 - 24, c. 6), entre muchos otros, quienes agregaron que trasladaron a los heridos en un vehículo, algunos murieron en el camino y otros cadáveres quedaron en el caserío hasta el lunes 14 de diciembre, como los de dos hijos de



Jorge Henry Vanegas (fl. 115, c. 9) y el de Teresa Mojica, según lo expresó su hijo Luis Alberto Galvis (fl. 113, c. 9), lo cual explica por qué uno de los cuerpos que se aprecia en el videocasete rotulado con el # 6 de la actuación se aprecia inflamado por el estado de descomposición. Allí mismo es visible, entre otros, el cadáver de Nancy Ávila, mujer vestida de civil que también había quedado tendida en el caserío, observándose la ausencia de la parte superior de su cabeza, lo que corresponde a lo que lo expresó su esposo Milciades Bonilla Ostos al referir que "... ella estaba sentada dándole tética a la niña de dos meses de nacida, cuando me di cuenta que cayó la bomba salí a buscar a mi mujer que estaba a una distancia de diez metros de donde yo estaba, y pues cuando llegué donde ella, estaba sin cabeza y muerta..." (fl. 28, c. 6).

En este punto se ofrece neCÉSARio destacar que en la actuación obran varios videos que registran las evidencias que dejó el bombardeo en el caserío, entre ellos el videocasete # 7 donde se aprecian los cadáveres de 2 adultos vestidos de civil y 4 pequeños niños, que exhiben heridas y sangre en todo el cuerpo, observándose más adelante, después de una breve interrupción, ya dentro del caserío, una viga destrozada, abundante sangre y ropa esparcida en el suelo, así como la vista cercana del carro, y frente de la rueda derecha un elemento oscuro que días después fue identificado como la cola de un bomba clúster. También se aprecia que las tejas de zinc de un inmueble fueron impactadas desde arriba hacia abajo, apreciándose sangre en un prado al lado de ellas. Este video, cuyas imágenes son visibles en algún aparte del videocasete # 11, constituyen las primeras del caserío después de los trágicos acontecimientos, captadas en presencia de funcionarios de la Defensoría del Pueblo.

En el cuaderno # 7 de la actuación se aprecian los testimonios de más de 20 habitantes de Santo Domingo, ante la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación que se desplazó a Tame y Santo Domingo el 28 de diciembre de 1998 (fl. 37 - 110, c. 7); entre ellos, Olimpo Cárdenas Castañeda, padre de dos víctimas menores de edad y quien transportó en una moto al niño Jaime Bello mientras agonizaba (fl. 42 - 46, c. 7); Ascensión Daza Galindo (fl. 51 - 52, c. 7); Carmen Edilia González Ravelo, quien tenía a un bebé en brazos y perdió



a su esposo Salomón Neite, su nieto Luis Carlos Neite y su nuera Yolanda Rangel (fl. 53 - 55, c. 7); Margarita Tilano, madre de Margarita Bello y abuela de Daysy Katherine, niñas que fallecieron "destrozadas" (fl. 56 - 58, c. 7).

Los aludidos testigos y otros presenciales declararon en forma similar sobre lo ocurrido, ante la Dirección de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación en Tame y Saravena (c. 13), seis meses después de lo ocurrido. Entre ellos se encuentra Alba Yaneth García (fl. 126 - 131, c. 13), quien fue lesionada en un brazo, refiriendo que a las nueve y media de la mañana un helicóptero lanzó algo que parecía como cuatro papeles y sintió que silbaban; al correr se presentó una explosión, tras la cual no se podía ver por el humo, pero al despejarse vio los muertos, y media hora después empezaron a sacar heridos en un planchón. Señaló al UH1H en una fotografía, como el que lanzó las bombas. Neftalí Neite González (fl. 146 - 148, c. 14) de 16 años, quien fue lesionado en una pierna, menciona que habían como seis helicópteros sobre Santo Domingo; de las bombas que lanzaron una cayó en el carro, otra atrás de ese vehículo y otra al frente de la droguería. Señaló al UH1H como el que lanzó el artefacto. Leydy Xiomara García Guevara (fl. 149 - 151, c. 13), quien estuvo 26 días hospitalizada, indicó que los lugareños salieron a la carretera para que las aeronaves los vieran, mientras ella se encontraba al frente de la droguería, desde dónde vio que el helicóptero UH1H lanzó algo "negrito".

Nótese que varios años después, los heridos insistían en la versión con evidente identidad en el relato, como ocurre con la declaración del 21 de marzo de 2003 de Amalio Neite ante el Juzgado 48 de Instrucción Penal Militar (fl. 166 - 169, c. 26), al reafirmar que tenía a su hijo en sus brazos al caer la bomba, lo recogió a dos metros y lo entró a una casa, viendo a todos los heridos y muertos, entre ellos, su sobrino de 6 años de edad, Luis Carlos Neite, quien falleció por una esquirla. Cerca de 15 testigos más habían declarado ante dicha autoridad judicial militar el 6 y el 7 de noviembre de 2001, manteniendo la consistencia del relato (fls. 172 - 204, c. 24).



En suma, si esas acciones bélicas que vienen de reseñarse en las elocuentes declaraciones de algunas víctimas, no se dirigían contra los guerrilleros, porque –según argumenta el defensor– no es cierto que éstos hubieran ingresado a Santo Domingo, fácil resulta concluir que la reacción de los militares estaba dirigida a atacar a los pobladores del caserío, circunstancia que deslegitima el reproche, porque hace más gravosa la situación de los procesados.

7. No es cierta la afirmación del defensor, en el sentido que el *A-quo* admitió que los guerrilleros no ingresaron al caserío, contradiciéndose en las motivaciones de la sentencia, puesto que lo dicho por la primera instancia es que en el video del *Skymaster* no se aprecian guerrilleros reunidos con los pobladores, para contradecir la tesis de que los subversivos habían adoctrinado a los civiles indicándoles cómo debían declarar sobre lo sucedido. Así lo explicó claramente el Juez Penal del Circuito y esas consideraciones ni siquiera fueron objeto de apelación:

Por otra parte, la versión según la cual miembros de la guerrilla que se encontraban en el caserío, reunieron a sus pobladores una vez se produjo la accidental explosión, indicándoles el sentido en que debían declarar, no encuentra asidero lógico, pues es obvio que inmediatamente se produjeron las lesiones y muertes, los parientes corrieron a su auxilio, deviniendo por ello inverosímil que hayan tenido la oportunidad de reunirse para fraguar una coartada. Esa afirmación tampoco encuentra apoyo probatorio, toda vez que en el video del



13 de diciembre de 1998 en Santo Domingo, lograda por el avión Skymaster, no se aprecia ninguna reunión de hombres armados con población civil. Es más, en la fecha indicada no se observa ningún uniformado en el poblado, como sí son visibles en la carretera que conduce a Pueblo Nuevo, donde se ven con claridad los soldados a lado y lado de la carretera.

8. Argumenta también el demandante que cuando el Tribunal aseguró que el bombardeo fue ilegal, porque no estaba autorizado por el Comandante de las Fuerzas Armadas, incurrió en falso juicio de identidad, si se tiene en cuenta que el General Héctor Fabio Velasco Chávez, Comandante de la Fuerza Aérea Colombiana, declaró que esa era una operación Charlie y sólo requería la autorización del Comandante de Brigada y en falso juicio de existencia, porque los documentos de la fuerza aérea y el testimonio del oficial Guillermo Olaya así lo corroboraban, lo cual se le informó a la señora Juez 121 de Instrucción Penal Militar.

Sin embargo, el hecho que desde un helicóptero UH-1H se puedan lanzar cohetes y bombas *clúster*, y así se le hubiese informado a una funcionaria judicial, no significa que esas operaciones pudieran hacerse sin permiso.

Además, a diferencia de lo que impugna el defensor, el General Héctor Fabio Velasco Chávez sí declaró que esa específica operación debía ser autorizada por el



Comandante General de las Fuerzas Militares, lo que en este caso –agregó– no ocurrió así, razón para que creyera el oficial que lo que se había lanzado era una granada de 40 milímetros:

*(...) El procedimiento para el uso de este armamento en la época, porque ahora es diferente, estaba establecido en la directiva permanente No. 300-45 de 1998, del Comando General de las Fuerzas Militares, esa directiva ordenaba que **el empleo de munición o de ametrallamiento .50, lo autorizaba el Comandante de la División del Ejército que pedía el apoyo.** Los cohetes o el uso de cohetes lo autorizaba también el Comandante de la División del Ejército que pedía ese apoyo; **el de cualquier clase de bombas solamente lo autorizaba el Comandante General de la (sic) Fuerzas Militares quien daba al (sic) autorización a través del Comando de la Fuerza Aérea.** (...) **Un Comando de División es un organismo del Ejército que tiene bajo su mando varias Brigadas**⁸¹. (...) PREGUNTADO: Podría precisar, si lo recuerda, cuando (sic) se enteró de que en el operativo realizado en SANTO DOMINGO la Fuerza Era (sic) había utilizado bombas cluster. CONTESTÓ: Realmente unos días después porque las bombas regularmente son lanzadas desde aviones y como lo dije anteriormente cuando se me preguntó sobre el procedimiento manifesté que tal como decía en ese momento la directiva permanente 300-45 de 1998, del Comando General de las Fuerzas Militares la autorización del uso de ese tipo de armamento sólo la daba el mismo Comandante General de la (sic) Fuerzas Militares; a través del Comando de la Fuerza Aérea y como eso no había ocurrido inicialmente cuando surgió la versión de que los muertos eran causados por un bombardeo lo negué diciendo que seguramente se refería al lanzamiento de una granada de 40 milímetros.⁸²(Resalta la Sala)*

⁸¹ Folio 141, Cuaderno No. 31.

⁸² Folios 146 y 147, ibídem.



Entonces, ningún yerro se advierte, porque el General Héctor Fabio Velasco Chávez, declaró que la *clúster* es una bomba y su lanzamiento debía estar autorizado por el Comandante General de las Fuerzas Militares, por intermedio del Comandante de la Fuerza Aérea, tal como lo consignó el tribunal en la sentencia de segunda instancia.

Luego, que el General Velasco Chávez hubiese informado en curso de la misma diligencia sobre ciertos códigos utilizados en la Fuerza Aérea, su significado y a quiénes les correspondía consentir ciertas operaciones o la utilización de determinado armamento, no significa que la bomba *clúster* se asimilara a un cohete y por ello debiera catalogarse en el código Charlie y, mucho menos, que su utilización pudiera permitirle un Comandante de Brigada. Así se refirió al tema el citado oficial:

PREGUNTADO: *Sírvase explicarnos, si lo sabe, en que (sic) consisten las denominadas misiones ALFA, BETA [,] OMEGA y CHARLIE, dentro de los procedimientos utilizados por la Fuerza Aérea Colombiana. CONTESTO:* Realmente ALFA, BETA, CHARLIE y OMEGA son más bien parte de un código, que entre otros está establecido en la misma directiva permanente 300-45 del Comando General de la Fuerzas Militares de 1998, ya citada y que significa **ALFA ametrallamiento y cuya responsabilidad de autorizarlo u ordenarlo era del Comandante de la División. BETA: significa bombardeo y solo era autorizada por el Comando General de la (sic) Fuerzas Militares. CHARLIE: significado utilización de cohetes y era también autorizada por los Comandantes de División del Ejército; y OMEGA si**



mal no recuerdo, significa observación y tampoco recuerdo de quien era responsabilidad autorizarlo. (Se destaca)

En este caso es claro que el bombardeo fue autorizado por el Brigadier General Luis Hernando Barbosa Hernández, quien para ese momento era el Comandante de la Brigada XVIII con sede en Arauca.

No obstante, aún si se admitiera que las bombas de racimo son asimilables a los cohetes y que corresponden a una operación Charlie, es evidente que la autorización debía darla un Comandante de División, nunca un Comandante de Brigada como lo propone el libelista, sin que puedan asimilarse, porque la primera -la División- agrupa varias Brigadas.

De esa forma, en la formulación de la premisa el impugnante introduce una falacia argumentativa, tratando de hacerle creer a la Corporación que quien aprobó el bombardeo tenía asignada esa función y que el cargo de Comandante de Brigada se asimila al de Comandante de División, omitiendo varias partes de la información para llegar a una conclusión inadecuada, puesto que el General Velasco Chávez declaró⁸³ que las operaciones distinguidas con los códigos Alfa y Charlie (ametrallamiento y lanzamiento de cohetes, respectivamente), eran autorizadas por los

⁸³ Folio 143, Cuaderno No. 31.



Comandantes de División del Ejército y las operación es Beta (bombardeo) sólo podía permitir las el Comando General de las Fuerzas Militares.

Por ello, si el Tribunal consideró que el operativo había sido ilegal porque *«...tenía que ser autorizado por el Comandante del Ejército previa supervisión del (sic) de la FAC⁸⁴, como lo ratifica el entonces Comandante de esta fuerza, General Héctor Fabio Velasco quien afirma no haber autorizado el lanzamiento de la que fue materia de investigación y ni siquiera fue enterado de su utilización»*, en ningún error incurrió. Y, si esa autorización –sólo de admitirse que se trataba de una operación Charlie– hubiese estado a cargo de un Comandante de División, el supuesto error carecería de trascendencia, porque de todas formas el bombardeo no fue ordenado ni autorizado por la persona que tenía la facultad de hacerlo, sino por un Comandante de Brigada, según las precisas declaraciones del otrora Comandante de la FAC.

9. Considera el defensor que constituye un falso juicio de existencia por suposición que el Tribunal se refiriera a la definición de bomba *clúster* contenida en Wikipedia, porque alude a un artefacto más potente y de esa forma agravó la situación de los procesados.

⁸⁴ Folio 146, ibídem.



A pesar de ello, ningún error trascendente se deriva de esa circunstancia, si se tiene en cuenta que el poder devastador que le asignó el Tribunal al dispositivo no surgió de la definición de Wikipedia, sino del informe del CTI en el que se concluyó, a partir de la prueba realizada en la base aérea de Apiay el 12 de agosto de 2003, que la precisión de estos artefactos es limitada, dado que solo una de las granadas que los componían impactó sobre la carretera pavimentada que era el blanco señalado, cayendo las restantes a ambos lados de la vía, e incluso uno de los explosivos fue a parar a muchos metros de los demás; que tienen un gran poder antipersonal, lo que se evidenció cuando al caer las granadas se fragmentaron en un sinnúmero de esquirlas que se esparcieron en todas las direcciones atravesando las estructuras de madera y aún los mojones metálicos, dejando cráteres en el terreno y colas oxidadas similares a lo hallado en la inspección judicial realizada el 17 de diciembre de 1998 en el caserío de Santo Domingo.

Además, porque ese concepto encuentra respaldo en el informe del Comandante de la Base aérea de Apiay, Brigadier General Ricardo Rubianogroot Román, quien mediante oficio No. 06784 del 13 de septiembre de 2002, dirigido al Director de Armamento Aéreo, había afirmado:



1. El lanzamiento de una sola bomba Cluster desde cualquier tipo de aeronave, no garantiza que esta impacte exactamente en las coordenadas solicitadas. 2. La bomba al ser lanzada dispersa sus seis bombeletas y esto ocasionaría daños colaterales a instalaciones y terrenos de la Unidad (Gruco-21, Gruea, Simulador de vuelo, Torres de la guardia, Radioayudas para la navegación aérea, Instalaciones Misión Americana). 3. A pesar de que el área es relativamente despejada, por ningún motivo se debe (sic) utilizar las coordenadas descritas como una zona ni de práctica, ensayo o prueba de lanzamiento de ningún tipo de armamento, ya que generaría muchos daños antes que la primera bomba diera en el blanco solicitado. 4. Debido a la cercanía con la vía Villavicencio – Puerto López, del punto de detonación de las seis bombas, ocasionaría efectos en las instalaciones de una planta de gas que se encuentra aledaña a esta vía y que es (sic) suministra este combustible a la Unidad. 5. La composición de cada bomba del racimo Clúster es de 20 libras entre explosivo y metralla, que puede generar un rango de acción teórica de 150 metros dependiendo de la dispersión, por lo tanto se convierte en un riesgo latente y sumamente letal. 6. Se recomienda tomar como ejemplo las pruebas que se realizan a nivel mundial de armamento aéreo, las cuales se hacen en áreas alejadas y totalmente despobladas, con el fin de minimizar los riesgos de un error de lanzamiento y al mismo tiempo controlar la explosión de una forma adecuada.⁸⁵

Entonces, si bien la definición de bomba *clúster* que contiene Wikipedia, utilizada por el Tribunal, no tiene mayor seriedad conceptual y mucho menos probatoria, no puede negarse que conforme lo admitió el mencionado oficial Rubianogroot Román y lo pudieron constatar los expertos en balística forense de la fiscalía, se trata de un artefacto conformado por 6 granadas, cada una compuesta por 20 libras de explosivo y metralla, que tiene un gran

⁸⁵ Folios 105 y 106, Cuaderno No. 28.



poder destructor, acorde con lo reseñado en párrafos precedentes⁸⁶.

10. Aduce que tergiversando la prueba, el Tribunal concluyó que los insurgentes estaban sitiados por las fuerzas armadas, a cargo del Capitán Sergio Alberto Carreño, al tiempo que sostiene haberse llegado a esa conclusión sin sustento probatorio ninguno. Ello por cuanto *–a su juicio–* el Capitán Carreño no estaba en la mata de monte al momento de la explosión de la *clúster*, pues el Teniente Jershey Medina Rubiano declaró que a las 10:02 a.m. (hora del bombardeo), iba con la compañía cascabel por el costado izquierdo de la vía que conduce a Santo Domingo y que la compañía Dragón al mando del Capitán Sergio Alberto Carreño, se desplazaba por el lado derecho de la misma vía.

Pese a lo cual, el demandante admite que para las 9:42 a.m. la tropa ya se había internado 40 metros en la mata de monte, porque así se deduce de una conversación sostenida entre dos oficiales, concretamente el Capitán Gómez y el Teniente Lamilla, cuando el primero le indica al otro que *«...les están disparando desde ahí, espere un poquito, por ahí unos 30 o 40 metros adentro de la mata de monte del Whisky»*.

⁸⁶ Folios 1 al 20, Cuaderno No. 32.



Situación que en sentir del casacionista, no significa que los militares hubiesen ingresado a la vegetación, porque ello –afirma– no podría deducirse del hecho de que apenas estuviesen 30 o 40 metros adentro:

Es decir que la tropa siendo las 09:42, no está más adentro de 40 metros en la mata de monte, lo cual se confirma cuando se dispara el cohete que impacta en la carretera y descarta la afirmación del juez, donde dice que la tropa se había internado en la mata de monte, y que por eso termina con dos conclusiones: a) si la clúster se hubiera lanzado en la mata de monte habría lesionada (sic) a los tropas y b) que ésta presión obligo (sic) a la guerrilla a refugiarse en el caserío.

No se sabe entonces lo que significa, de acuerdo con el particular criterio del demandante, estar adentro de la mata de monte, puesto que su hipótesis apunta a suponer que los primeros 30 o 40 metros de esa espesura, no formaban parte de la arboleda.

Sin embargo, la Sala no acoge esa forma particular de argumentar, porque no podría aducirse que quien ingresa a un sitio se encuentre al mismo tiempo fuera del lugar, sin vulnerar el principio de no contradicción.

Aún si el Tribunal hubiese admitido que Jershey Medina Rubiano, se percató de la presencia del Capitán Sergio Alberto Carreño, cuando éste se desplazaba con su tropa por una de las márgenes de la carretera al momento



que el primero hacía lo propio por la margen contraria, nadie mejor que del Capitán Carreño para declarar en dónde se hallaba al momento de lanzarse el dispositivo *clúster* y para explicar por qué ese artefacto no fue lanzado a la mata de monte, como acertadamente lo destacó la segunda instancia:

En este marco no se pierde de vista en el análisis que la misión de las aeronaves oficiales era darle apoyo aéreo a la tropa que se desplazaba por tierra hacia el poblado de Santo Domingo, y en este sentido, es relevante destacar que antes de las diez de la mañana del 13 de diciembre de 1998, la compañía Dragón de la Brigada 18, a cargo del Capitán Sergio Alberto Carreño Estupiñán y que se desplazaba a pie, ya se había internado en la mata de monte y es probable que por lo mismo, los insurgentes al verse sitiados buscaran refugio en las casas del poblado.

El Capitán Carreño Estupiñán refiere en su testimonio sobre el particular que a dicha hora con sus hombres ya había superado el puente Cubiloto y estaba dentro de la vegetación, "...de ahí en adelante yo iba a cubierta, me iba desplazando a cubierta por dentro de la mata de monte y no requerí apoyo (...) no lo requerí porque las condiciones de la vegetación no lo permitían"⁸⁷.

*Destáquese bien esto último, el apoyo aéreo "no lo requerí porque las condiciones de la vegetación no lo permitían" de lo que se desprende que si había sincronización de comunicación entre la tropa de a pie y las aeronaves oficiales, la mata de monte a las diez de la mañana ya no era el objetivo que previamente se había seleccionado para depositar el artefacto explosivo y que allí realmente no fue lanzado como lo ratifica la afirmación clara y puntual de dicho militar por dos razones puntuales: **a)** No percibió la explosión de una bomba *clúster* en la mata de monte a esa hora, y **b)** De haberse arrojado en la mata de monte, su resultado habría sido catastrófico para sus hombres que se*

⁸⁷ Folio 278, Cuaderno No. 1; Folio 98, Cuaderno No. 19; Folio 210, Cuaderno No. 20.



encontraban allí, considerado el alto poder destructor del artefacto⁸⁸.

Esta importante precisión no fue rebatida o neutralizada a lo largo del proceso y cobra sustento en la grabación de los diálogos de la tripulación del avión Sky Master, que como se anotó antes, la acción aérea desplegada se centraba en el caserío donde los insurgentes se habían mezclado con la población civil que ya comenzaba a desplazarse por la carretera y ello se constituyó en motivo de frustración y completamente inútil resultaba en ese momento ejecutar en la mata de monte una misión "Beta" (bombardeo)⁸⁹, y menos si allí ya se encontraba la tropa de la Compañía Dragón.

(...)

Acorde con estas premisas procesales, es dable a la Sala concluir: i) Uno fue el blanco teórico preseleccionado en el briefing para el lanzamiento del artefacto explosivo, la mata de monte, y ii) Otro diferente donde materialmente se ejecutó su lanzamiento, y de lo cual da cuenta la prueba pericial y testimonial, que las granadas de la bomba clúster cayeron e hicieron impacto sobre el caserío de Santo Domingo causando el fatídico hecho de sangre.

Entonces, ningún falso juicio de identidad puede predicarse del ponderado razonamiento de la segunda instancia, cuando claramente se evidencia que acogió la prueba con toda fidelidad y por lo tanto sin tergiversación alguna, máxime si –se insiste– es el mismo demandante

⁸⁸ "Si el dispositivo es lanzado sobre el sitio por el cual yo me voy desplazando en hilera con distancias lo cual abarco una cantidad amplia de terreno necesariamente me hubiera afectado en un gran número mis tropas porque estos dispositivos con los que se utiliza el apoyo aéreo son de un gran poder explosivo y tienen un radio de acción muy amplio".

⁸⁹ Folio 70, Cuaderno No.3 Reservado. "...Esa gente (las aeronaves militares) se demora demasiado para coordinar las cosas, para ponerse en acción. Ahí en la curva, se fueron todos?. Sí se fueron todos. Mierda, les tomó demasiado tiempo hacer esto. Los únicos camiones que quedan, son esos dos camiones rojos, viejos, destartalados. Hay movimiento hacia el lado izquierdo del pueblo, hay como una docena de personas moviéndose (Español). Ellos no tienen nadie en el (sic) mata monte. Todos están replegados sobre la carretera. Okey explíqueme eso al Hughes..."

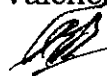


quien ratifica la presencia de militares en o adentro de la mata de monte.

11. Censura que el Tribunal Superior de Bogotá considerara que el lanzamiento de la bomba *clúster* constituía un *«acto de venganza»*, porque tal afirmación *«riñe con las reglas de la ciencia histórica, la experiencia y de la lógica, el derecho Internacional Humanitario y lo manifestado por la Corte Constitucional...»*, en atención a que el derecho de la guerra permite atacar al adversario en las posiciones enemigas.

En cuanto a ese particular, de entrada pierde acierto el reparo cuando se advierte que, en este caso, el adversario no fue atacado ocupando una posición enemiga, porque el ataque en últimas se dirigió al caserío de Santo Domingo, lo que afectó directa y exclusivamente a la población civil, y la forma como se llevó a cabo el bombardeo permitió inferir que se trató de una retaliación, conforme lo explicó con suma riqueza descriptiva el *A-quo* en la sentencia de primera instancia:

El segundo segmento del video de la operación comienza a las 9:12:59 y registra la antesala de la acción conjunta de no menos de 6 aeronaves, escuchándose que César Gómez pide el apoyo del helicóptero Arpía en los siguientes términos: “que si el Arpía puede estar aquí, siquiera unos diez o veinte minutos antes que llegue el resto de la fiesta, sería excelente” (fl. 65 c. r. 3). Este aparte permite inferir que en el briefing realizado minutos antes fue planeada la operación aérea con el uso de poderosas armas que serían



usadas muy cerca al caserío, incluyendo la misión adicional del lanzamiento de la cluster como retaliación frente a las bajas sufridas (fl. 45, c. 36), así como para impedir la fuga de los presuntos guerrilleros en los vehículos visibles.

En adelante la operación está dirigida a ingresar tropa en la zona más próxima al pueblo, acercándose cada vez más a él, como quedó registrado en el audio y la traducción así: “lo más cercano al pueblo, sí. Okey, entonces vamos a ponerlo aquí mismo entonces, para el carajo, que se jodan...Okey entonces para entrar, para entrar al pueblo”; más adelante: “es muy cerca al pueblo. Es demasiado cerca al pueblo. Bueno eso es como a quinientos metros. Si tenemos guerrilleros allí se van a negrear. Eso es bastante cerca al pueblo, ellos quieren estar bastante cerca al pueblo, pues ellos quieren cargar el pueblo; pues es cosa de ellos”; y por último “está bien cercano al pueblo ese, está como a trescientos metros” (fl. 70 - 71, c. r. 3).

(...)

A las 10:00 a.m. se escucha claramente la voz del ahora procesado JOHAN JIMÉNEZ VALENCIA como tripulante de Lechuza (el UH1H), diciendo: “Cazador, nosotros necesitamos tirar el racimo, Cazador; Lechuza necesita tirar el racimo” (fl. 76). El Teniente Lamilla, piloto del Hughes 500 (Cazador), responde: “Lechuza necesita tirar el racimo”, “OK Gavilán y Arpía, mantengan que aquí viene un regalo grande”. En este momento no hay vista al pueblo en el video. Acto seguido le indican a Lechuza que puede entregar el racimo, respondiendo: “OK, ubíqueme”. Cazador le indica: “¿sí ve la carretera amarilla?”, refiriéndose a la vía destapada que conduce a las viviendas, ante lo cual el UH1H responde: “¿dónde la quiere Cazador? Dígame dónde la quiere!” Y le responde: “a la derecha del pueblito hay una mata de monte. La queremos al borde whisky de esa mata de monte”. Unos segundos después nuevamente pregunta Lechuza “¿la mata monte que está más al whisky o la que está aquí pegadita? Respondiéndole Cazador: “la que está pegadita”.

(...)



Enseguida se escucha la siguiente conversación del Skymaster con Cazador: "Gavilán, Cazador: ¿tiene a la vista a Lechuza? No, me falta Lechuza, es el único que no tengo a la vista. Ya lo tengo" "Bueno, entonces diríjalo ahí para que bote el racimo. Ahh... ya cayó, ya cayó, ya se ve el humo" (en el video son las 10:02:10 y no hay vista al pueblo). Es de destacar que entre las 10:02:37 y las 10:03:27 el silencio es casi total, a diferencia de lo que ocurría hasta ese momento donde se escuchaban las conversaciones entre pilotos.

(...)

La primera peculiaridad notable es que a partir del lanzamiento del artefacto no se escuchan más las conversaciones entre pilotos, sino la de los dos tripulantes extranjeros del Skymaster, con largos lapsos de silencio de César Gómez, el Capitán de la FAC que los acompañaba, lo cual resulta muy revelador atendiendo que la comunicación hasta entonces era fluida entre por lo menos 6 aeronaves.

La segunda es que al volver a enfocar el caserío a las 10:08 a.m., la cámara busca bruscamente el vehículo rojo averiado, apreciándose que muchas personas, incluyendo mujeres y niños, abandonan el pueblo, algunos corriendo, en dirección al occidente, es decir, hacia Tame y Betoyes donde fueron atendidas las víctimas. Se observa hasta alrededor de las 11:00 a.m. el éxodo de personas vestidas de civil que se desplazan sobre la carretera pavimentada por varios kilómetros, acompañado en el audio de largo silencio y algunos comentarios de la tripulación del Skymaster especulando que entre quienes caminan se encuentran guerrilleros.

A las 10:21 a.m. se observa que desde una casa ubicada al frente de dicho automotor son situados los heridos en la carrocería de un camión blanco, tal como lo narraron los lesionados y parientes de los muertos al referir que sacaron a las víctimas en un 350. Otra circunstancia que no puede ser indiferente para el Juzgado es que de allí en adelante el video y la conversación centran su atención en el vehículo donde son transportados los lesionados, olvidándose del operativo militar que les concentraba la atención desde las primeras horas de la mañana.



Entonces los tripulantes del Skymaster refieren varias veces que entre los civiles [que] están abandonando el caserío hay guerrilleros, por lo que uno de ellos sugiere con insistencia lanzar cohetes frente al vehículo que va en marcha con los heridos, preguntándose si allí irían subversivos junto a los civiles que se alcanzan a apreciar. Ello corresponde con la versión de los testigos, quienes afirman que fueron atacados después y que se les impidió el traslado inmediato de las víctimas.

Con todo, las clases de error denunciadas por el defensor no tuvieron eco en esta instancia, porque es claro que las leyes de la ciencia y las reglas de la lógica no son las mismas que gobiernan la experiencia, no habiéndose encontrado de qué forma se hizo patente la supuesta vulneración.

12. El demandante tacha de ilegal la inspección judicial del 11 de febrero de 2000, porque en su sentir se llevó a cabo para perjudicar a los procesados y elaborar la prueba de que la *clúster* explotó en el caserío; además, no se dejó constancia de las manifestaciones que hicieron algunas personas sobre ubicación de los cadáveres, lo cual, en criterio del defensor, contravino el artículo 244 de la Ley 600 de 2000.

En lo que se refiere a la posible colusión de la fiscalía durante la recolección de pruebas en curso de una diligencia de inspección judicial, no se advierte que el



instructor hubiese lanzado juicios de valor que comprometieran la responsabilidad de los implicados.

Además, no fue únicamente el funcionario investigador de la Fiscalía General de la Nación quien intervino en la práctica de la inspección judicial, porque a ella concurrieron, además, el Jefe de la Unidad Nacional de Derechos Humanos, un asesor de la Procuraduría General de la Nación y dos técnicos en criminalística adscritos al CTI, encargados de elaborar el informe en el que especificaron que no sólo analizaron los elementos encontrados en el poblado, sino los que se hallaron en los cadáveres durante las necropsias, mismos que guardaban correspondencia entre sí.

Pero es que el demandante no cede en su empeño de exponer argumentos imprecisos, porque es indiscutible que sí se consignaron las manifestaciones que hicieron algunas personas sobre los lugares en donde quedaron los cadáveres luego de la explosión, puesto que en el acta de la inspección judicial se dejó la siguiente constancia: *«...el desarrollo de la presente diligencia queda gravada (sic) en un video Cassette y un cassette... para audio marca LG SHP 60 transparente»*⁹⁰, por lo que no era necesario plasmar en el escrito las intervenciones de los habitantes de Santo Domingo que participaron en la práctica de esa prueba.

⁹⁰ Folio 82, Cuaderno No. 17.



En consecuencia, se observaron las exigencias del artículo 259 del Decreto 2700 de 1991, norma que estaba vigente para el 11 de febrero de 2000, sin que todavía fuese posible atender los requerimientos –como lo exige el demandante– que consagra el artículo 244 de la Ley 600 de 2000, porque aún no se había promulgado y comenzó a regir apenas el 25 de julio de 2001.

Afirmar, sin contar con ningún elemento de juicio que así lo corrobore, que durante la inspección judicial se fabricó la evidencia de que en Santo Domingo explotó la *clúster*, con el único fin de perjudicar a los procesados, no pasa de ser una interesada suposición, porque admitirlo equivaldría a asegurar que los funcionarios que participaron en esa diligencia propiciaron la activación de un artefacto idéntico, con el único fin de obtener esquiras y otros medios de convicción.

13. Del mismo modo, argumenta el demandante que los peritos del Departamento Administrativo de Seguridad concluyeron que los fragmentos recuperados no eran de *clúster*, conforme consta en el dictamen de microscopia electrónica N° 0060 del 29 de marzo de 1999, porque ahí señalaron que *«De lo anterior podemos concluir que no se encontró diferencia entre los veintidós (22) fragmentos en total que se analizaron por esta técnica»*, pues está seguro el libelista que



ese concepto debe entenderse como «...todos los fragmentos son de HIERRO y hay diferencia entre ellos. Es decir que los fragmentos recuperados de los occisos guardan correspondencia con los fragmentos recuperados del camión y sus alrededores, pero en ningún momento se afirma que los fragmentos metálicos correspondan a un dispositivo CLÚSTER».

Sin embargo, ese no pasa de ser otra especulación, en primer lugar, porque no se refiere a ningún error que hubiese cometido el Tribunal, sino a la forma como cree el libelista que debe interpretarse la conclusión de un experto; y, en segundo término, porque el objetivo del dictamen de microscopia electrónica no era determinar si las piezas analizadas correspondían a una bomba *clúster*, sino establecer si había alguna diferencia entre los fragmentos recuperados en necropsias y los hallados en el sitio de los hechos.

No sobra destacar que fueron los expertos del CTI y del FBI quienes concluyeron que las esquirlas, tanto las que se hallaron en Santo Domingo, como las que se encontraron en los cadáveres, formaban parte de la bomba racimo.

14. Igualmente, censura que no se hubiese guardado la cadena de custodia de los elementos recuperados, especialmente de los fragmentos de la bomba *clúster*.



Lo primero que debe señalarse, como así lo admite el mismo demandante, es que para la época en que fueron recuperados los elementos materiales probatorios sobre los que predica ausencia de cadena de custodia, es decir, en vigencia del Decreto 2700 de 1991, no existía esa figura que apenas fue introducida en la Ley 600 de 2000.

Con todo, considera la Sala pertinente hacer claridad sobre el tema y su real importancia en materia de acreditación.

La cadena de custodia es una forma de autenticación, pero no es la única. Como tal, es decir, como formalidad, no constituye un fin en sí misma, porque la evidencia puede autenticarse de muchas maneras, entre las que se cuentan la custodia y el embalaje, sin que en estos casos los protocolos que echa de menos sean los que certifiquen la mismidad del objeto.

Por ello, ninguna razón le asiste al defensor al asegurar que no se cumplió con la cadena de custodia, porque los elementos hallados en la escena sí fueron custodiados ya que sobre ellos se ejerció vigilancia permanente, sin que el actor tratara siquiera de demostrar la ausencia de identidad entre las evidencias recuperadas y las analizadas por los expertos.



Sobre este último aspecto, vale la pena resaltar que las esquirlas encontradas por los habitantes de Santo Domingo y entregadas a los funcionarios judiciales, no se mezclaron con las que se encontraron durante las inspecciones judiciales, ni fueron sometidas al análisis de los expertos de Medicina Legal, CTI, DAS y FBI.

Incluso, eso fue objeto de debate en curso de las instancias y sobre el particular se pronunciaron tanto el *A-quo* como el *Ad-quem*, que con solvencia y fundamentados en las constancias procesales, respondieron las inquietudes que les formularon.

En la sentencia de primera instancia se señaló:

1.1 Sobre la causa fáctica de las lesiones y muertes

*Respecto de tan trascendental cuestión el juzgado enfatiza que los cuerpos constituyen la primera evidencia, toda vez que de los documentos reseñados se extrae la pluralidad de lesiones por esquirlas en todas las víctimas, sean fatales o no, imponiéndose concluir que una explosión de fragmentos los alcanzó. Para el efecto, resulta importante destacar que a través de dictamen pericial del 12 abril de 1999, el laboratorio de balística forense del Instituto de Medicina Legal – Regional Bogotá, examinó 6 fragmentos metálicos irregulares extraídos de los cuerpos de los civiles de las necropsias 108 OSA a 112 OSA, concluyendo que "son compatibles de ser producto de la acción de un elemento explosivo" (fl. 239 - 257, e. 15). **Es de anotar que los peritos hicieron constar que los elementos analizados estuvieron bajo permanente cadena de custodia** (fl. 246, c. 15).*



(...)

En la diligencia se extrajeron algunas de las esquirlas que abundan en vigas y paredes, sobre lo que el defensor de JIMÉNEZ VALENCIA ha objetado que no fueron recogidas en el caserío ni conforme a los protocolos de cadena de custodia. Al respecto ha de decirse que la recolección se hizo con la presencia de un fiscal, con ocasión de una inspección ordenada con dicho propósito, quedando en las imágenes la forma como fueron extraídas, a lo que debe agregarse que las viviendas que allí aparecen son las del poblado, porque junto a cubiloto (sic) no hay inmuebles. Asimismo, es importante resaltar que si bien los 55 fragmentos reseñados pueden estar contaminados como evidencia, no así los 6 elementos que fueron extraídos de las paredes de los inmuebles, por lo cual respecto de ellos no se remite a duda su autenticidad.

(...)

A pesar de la contundente prueba reseñada, los procesados han cuestionado que las muestras recogidas no corresponden a fragmentos de bombas clúster, que fueron introducidas en los cuerpos como evidencia de forma dolosa, motivo por el que el juzgado se detendrá en examinar los resultados que arrojaron las evidencias que fueron sometidas a análisis técnico, así como la cadena de custodia.

(...)

Con relación a los elementos hallados en los cuerpos de las víctimas, se destaca el dictamen 1333-98 LBA.RB. del Instituto de Medicina Legal, emitido el 12 de abril de 1999 (fl. 54 - 61, c. 4; fl. 132 - 139, c. 7; fl. 376 - 383, c. 8 y; fl. 239 - 252, c. 15), a través del cual se examinaron los elementos obtenidos de las necropsias .108 a 112, esto es, las de Oscar Esneider Vanegas Tulibila, Luis Carlos Neite, Egnny Margarita Bello, Giovanny Hernández Becerra, Levis Hernando Martínez y Teresa Mójica (sic), arrojando que "son compatibles de ser producto de la acción de un elemento explosivo", en tanto que el que se extrajo del cuerpo del presunto guerrillero Gilberto Pérez Niño, corresponde a fragmento de proyectil 7.62 (fl. 57, c. 4).



Esta notable diferencia entre lo hallado en los cuerpos de los civiles y el subversivo, indica que no tuvieron el mismo origen y que constituye un argumento falaz incluirlo como uno de los habitantes de Santo Domingo o vincular el momento de su muerte a la de quienes concitan la atención en este proceso. Se ha de resaltar que el 20 de diciembre de 1998, el entonces Director Seccional de Medicina Legal remitió todos los fragmentos, por lo cual no hay duda sobre la cadena de custodia (fl. 244 y 245, c 8).

Justamente, en cuanto a la cadena de custodia de los elementos recolectados el 11 de febrero de 2000, entre ellos 6 fragmentos metálicos recuperados en las viviendas por los peritos de balística, se dejó constancia de que "los elementos estudiados estuvieron bajo permanente custodia de esta institución, desde el momento de recepción hasta su envío." Asimismo, el Director Seccional de Medicina Legal informó que "los elementos recuperados a las víctimas fueron remitidos directamente al laboratorio de balística del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses Santa Fe de Bogotá" (fl. 282 O 250, c. 1).

Aspectos éstos que, en lo esencial, fueron corroborados por el Tribunal en la sentencia de segunda instancia:

Destáquese entonces que los residuos de esquirlas recogidos en el poblado de Santo Domingo que fueron objeto del análisis pericial, no provienen únicamente del automotor averiado, sino de las estructuras de madera de las casas del poblado como quedó registrado en el acta de inspección judicial en el lugar de los hechos por parte del Fiscal investigador, supervisada por un delegado de la Procuraduría General de la Nación y el Jefe de la Unidad Nacional de Derechos Humanos del ente acusador, y así se recogió en video cassette.⁹¹

No se podía garantizar de mejor forma la cadena de custodia que avala la autenticidad de dicho material, lo que de suyo rechaza el especulativo argumento de los

⁹¹ Folio 84, Cuaderno No. 17.



defensores de que fueron recogidos en el puente Cubiloto ubicado a 550 metros del poblado, donde además y como lo anota el juez de instancia en la sentencia, allí no hay inmuebles.

Esas mismas esquiras, en su mayor connotación probatoria, corresponden a armamento explosivo, de la misma naturaleza de las extraídas en las necropsias de las víctimas ya referenciadas. Luego, no se concibe que torpemente se fueran a mezclar como se sugiere, con los fragmentos del puente Cubiloto, en hechos tan delicados y graves, y menos por parte de peritos especializados, quienes se limitan a cumplir su función con apego a las normas legales y de su ética profesional.

Precisamente su sentido de responsabilidad y el cuidado que se tuvo de no mezclar las esquiras, se reflejan en la separación que se hizo de los 55 fragmentos que entregó la residente María Panqueva de Molina, las que por demás no fueron objeto de análisis técnico pericial para mayor garantía.

En consecuencia, no podría ser más elocuente el análisis hecho por las instancias sobre la estricta observancia del aseguramiento de la prueba que para entonces exigía el artículo 256 del Decreto 2700 de 1991, que se tradujo en una verdadera custodia de los elementos, al punto que, como se vio, garantizó en todo momento la identidad de esas evidencias.

15. Reprocha el defensor que muchas de las esquiras se las entregaron los habitantes de Santo Domingo a las autoridades y la cola y la espoleta de dispositivo *clúster* que aparecieron en el lugar, bien pudieron ser puestas allí por los guerrilleros, circunstancias que en su criterio



constituyen *«Falso juicio de legalidad, por haberse tenido como evidencias y elementos materiales probatorios, esquivas y evidencias que fueron entregadas por los pobladores de Santo Domingo sin que nunca se hubiera sabido con certeza donde fueron recogidas, ni tampoco la fecha del hallazgo. Esas evidencias fueron entregadas días y años después de los hechos».*

El reparo planteado, no pasa de constituir una simple especulación del demandante.

Pese a que algunos de los elementos sí fueron entregados por una de las habitantes de Santo Domingo, de acuerdo con lo que destacó la segunda instancia y se expuso en el numeral precedente, los 55 fragmentos ofrecidos a las autoridades judiciales por la señora María Panqueva de Molina, no se sometieron a análisis técnicos de ninguna clase.

Además, no habrían podido los guerrilleros manipular la escena, porque el caserío estaba custodiado por el Ejército.

De todas formas, ese tema fue resuelto por el juez colegiado al desatar el recurso de apelación, en los siguientes términos:

Este axioma procesal torna inútil la controversia en torno a otro material bélico encontrado en el poblado o entregado



por los residentes, y específicamente el relativo a la presencia de la cola de granada que se recogió a pocos metros del viejo camión impactado, que como se estableció pertenece igualmente a la estructura de la bomba clúster.

Se verificó en la prueba de campo de la base aérea de Apiay, que a diferencia de los cohetes que tienen capacidad de precisión en los blancos seleccionados, las granadas de la bomba clúster que la integran no caen en un mismo sitio, y así como es factible que la cola encontrada cerca al camión haya quedado en lugar diferente, pero malintencionadamente colocada allí por los pobladores para incriminar a la Fuerza Pública, tampoco puede descartarse la tesis contraria, esto es y para dar respuesta a la réplica del piloto César Romero Pradilla quien también inquiriere por la totalidad de las seis colas de granadas, que por ser elemento objetivo de inculpación, las restantes colas fueran retiradas deliberadamente del poblado antes de que se estableciera su comprometedor presencia en la primera diligencia de inspección judicial al caserío.

A este respecto precisa recordar que desde el día siguiente de los hechos en amplio despliegue periodístico⁹² se conoció el grave cargo contra la Fuerza Aérea de haber bombardeado el poblado de Santo Domingo, lo cual provocó la intervención del Defensor de Derechos Humanos de la ONU quien se trasladó hasta el lugar y expidió un comunicado adverso a la Fuerza Pública en ese sentido⁹³, y fueron las tropas del Ejército las que primero ingresaron al caserío después de los hechos, encontrándose éste abandonado.

Pero repítase, la controversia por la no aparición en el caserío del total de las seis colas del igual número de granadas que componen la bomba clúster, es tema que se torna inútil probado como se tiene en el plenario y como se viene de destacar, la presencia de esquirlas de ese mismo y específico elemento bélico en los cuerpos de dos de las víctimas letales, extraídas en sus necropsias, revelando fehacientemente que parte de las granadas de la bomba clúster sí cayeron dentro del caserío.

⁹² Folio 70 al 74, Cuaderno No. 13 y Folios. 30 al 34, Cuaderno No. 16.

⁹³ Folio 152, Cuaderno No. 5.



En síntesis, no se trata de elementos bélicos de común utilización o de uso permitido, como para predicar que sus componentes, partes o fragmentos pueden ser hallados por la generalidad de las personas con la facilidad que plantea el defensor, para, luego de ello, colocarlos en la escena con la única finalidad de perjudicar a los procesados.

16. Pero, asegura también el demandante que entre los fragmentos entregados por los pobladores, se deben contar las esquirlas recuperadas en las necropsias, que en su sentir les suministraron los médicos a los familiares de las víctimas.

Afirmación que carece de respaldo probatorio, porque los proyectiles que descubrieron los médicos oficiales durante las autopsias no se los dieron ellos a ningún particular, si se tiene en cuenta que el Departamento Administrativo de Seguridad recibió directamente de Medicina Legal esos elementos para que un ingeniero químico adscrito a la División de Criminalística realizara los análisis físicos, químicos, cromatográficos e instrumentales correspondientes, dejando constancia el experto sobre su procedencia desde el inicio del informe⁹⁴, así:

⁹⁴ Folios 192 al 194, Cuaderno No. 17.



Recibí el 15 de enero de 1999, seis (6) muestras de residuos post explosión, embaladas en bolsas plásticas transparentes, selladas al calor, presentan rotulo perteneciente al Laboratorio de Balística del Instituto Nacional de Medicina Legal y ciencias forenses, enumeradas así: Necropsia 108.05 A, Necropsia 109-05 A, Necropsia 110-05 A, Necropsia 111-05 A, Necropsia 112-05 A, Necropsia 113-05 A respectivamente.

De esa forma, se descarta que las aludidas partes hubiesen sido entregadas por los médicos a los familiares de las víctimas y, con mayor razón, que fueran éstos quienes los hubiesen dejado a disposición de los expertos del DAS o de las autoridades judiciales.

17. Destaca el recurrente que de forma contradictoria en la sentencia se admitió existir una distancia de 600 metros entre el punto de impacto de la bomba y el caserío.

Esa proposición, de la forma en que está planteada, se queda en el vacío y deja a la Sala sin saber, en el fondo, lo que pretende con tal manifestación. Sin embargo, las únicas referencias que existen a una longitud como la que refiere el demandante, aparecen en la sentencia de primera instancia, como se transcribe a continuación, y no aluden al sitio donde fue arrojada la bomba *clúster*, pues, por el contrario, se encaminan a desvirtuar que a esa distancia se hubiese lanzado el dispositivo bélico, como pretendían hacerlo creer los militares:



...ii) El oficial de la FAC con más alto rango que participó en procedimiento fue el entonces Mayor Sergio Andrés Garzón Vélez, piloto del helicóptero Arpía FAC 4.123, quien el 7 de febrero de 1999 expresó que desconocía si el helicóptero UH1H utilizó una bomba (fl. 180, c. 2), lo cual no se compadece con el hecho de haber participado en el briefing y estar en permanente comunicación con las demás aeronaves, inclusive al momento del lanzamiento del dispositivo clúster, según lo prueba el mismo audio. No obstante que en abril de 2001 ante la UIPME reconoció que había asistido al briefing de la mañana, manifestó que: "después de rendir las declaraciones en la Procuraduría y en la Fiscalía me enteré que el piloto del helicóptero UH1H arrojó dos bombas clúster". Aunque recuerda que estando concentrado a 2 km de caserío vio humo como a 600 metros al norte del mismo (fl. 93, c.19), indico "...si algo ocurrió por causa de nuestra participación no fue con intención y tal vez ocasionado por algún desperfecto técnico del armamento debido a que el dispositivo cluster es obsoleto y sumamente viejo y muy seguramente la tripulación del helicóptero no se percató dónde pudo haber caído una de las seis bombas". Es de resaltar que el declarante sostuvo que el 13 de diciembre en la noche aún el camión se encontraba intacto, lo cual no corresponde a lo probado (fl. 90 - 95, c. 19).

(...)

En conclusión, según las distintas versiones de los militares del componente aéreo del 13 de diciembre de 1998, la bomba clúster fue enviada a tierra a 5 km., 4 km, 2 km, 1 km, 60,0 mts ó 500 mts al norte del caserío, resultando tan distintas que no se ofrecen confiables, además que las primeras 4 chocan con el hecho probado de que el 13 de diciembre en la mañana los combates no se presentaban más allá del puente cubiloto (sic), a menos de 600 metros del caserío.

(...)

Comoquiera que los informes de misión cumplida tampoco arrojan información fidedigna sobre el sitio donde cayó el artefacto, conviene reiterar que antes de las 10:00 de la mañana, hora aproximada del lanzamiento de la clúster, los militares en tierra se encontraban a menos de 600



metros al norte del caserío, cruzando el puente cubiloto (sic). Por lo tanto, no es cierto que el artefacto haya sido lanzado a 1, 2, 4 ó 5 kilómetros, porque en tal caso habría sido detrás de la tropa, ofreciéndose inútil y peligroso lanzarlo allí.

(...)

Para arribar a esta conclusión fue importante, en primer lugar, el Dictamen N° 158- 2001-GF-LQ-RB del Instituto de Medicina Legal, del 24 de mayo de 2001, (fl. 277-280, c. 21), al cual se anexó un plano, donde se aprecia que el puente sobre la quebrada cubiloto (sic) queda a cerca de 600 metros al norte de Santo Domingo (fl. 281, c. 21), lo que confirmó ROMERO PRADILLA durante su intervención en audiencia pública el pasado 11 de agosto (acta visible en fls. 284-285, c. 41, cd adjunto), cuando además exhibió y aportó el cd rotulado "ayudas de apoyo de información georreferenciada", donde con un software determinó que la distancia del puente al caserío es apenas 557 metros.

(...)

Para la debida comprensión de este video se siguió la transcripción y traducción de las conversaciones registradas hasta el lanzamiento de la clúster que coinciden rigurosamente (cuaderno reservado # 3, fls. 28 - 78). El registro de la operación comienza antes de las siete de la mañana del 13 de diciembre de 1998 con tomas a la zona norte próxima al caserío Santo Domingo, identificándose claramente el puente cubiloto que queda a menos de 600 de las viviendas, con las siguientes expresiones: "¿ves el puente ahora? Bueno al sur del puente está el enemigo, al norte del puente están las tropas. Nuestro objetivo está al sur del puente " (traducción oficial visible en el fl. 29, c. "reservado" # 3). Importa resaltar que toda la operación se orienta a avanzar hacia el sur, por lo cual se observa la tropa del Ejército sobre los costados derecho e izquierdo de la vía pavimentada que conduce a Santo Domingo, desvirtuándose por ello desde ya que los combates se librarán a 1, 2, 4 o hasta 6 kilómetros, como lo sostuvieron algunos militares.

(...)



Durante esta diligencia la Fiscalía se desplazó hasta el puente Cubiloto para observar el orificio producido por el error del Hughes 500 que quedó registrado en video y audio, así como el inmenso cráter dentro de la vegetación producido por un arma no revelada en esta actuación, muestra evidente del desproporcionado (sic) ataque desde el aire, atendiendo que de allí al caserío hay menos de 600 metros.

18. Finalmente, critica el defensor que no se hubiese llevado a cabo el levantamiento de los cadáveres en el sitio donde resultaron impactados por los elementos bélicos y, por esa razón, echa de menos que no se registrara la forma como quedaron los cuerpos, porque tales diligencias, conforme se reconoció en la sentencia de primera instancia, tuvieron lugar en la caseta comunal de la vereda Caño Limón, en la morgue del cementerio de Tame y en la morgue del hospital de San Vicente de Arauca.

Agrega que la ubicación de los cadáveres se estableció durante la inspección judicial del 11 de febrero de 2000, por información que suministraron los habitantes de Santo Domingo, por lo que en su sentir *«bien se puede hablar de un falso juicio de raciocinio por contradecir esa valoración las reglas de la experiencia y de la lógica»*.

En dicho reproche desconoce el demandante que casi todas las personas heridas fueron trasladadas en un camión, en búsqueda de atención médica en los municipios cercanos, a donde muchos llegaron sin vida o fallecieron



allí. Sólo algunos cuerpos quedaron tendidos en Santo Domingo, entre los que se cuentan los de dos hijos de Jorge Henry Vanegas, Teresa Mojica y Nancy Ávila, tal como lo detalló la primera instancia:

El relato reseñado fue corroborado en detalle por Joaquín Rivero Mojica (fl. 20 - 21, c. 7), Luis Gabriel Baenal Yopez (fl. 22 - 23, c. 7), Excelino Martínez (fl. 24 - 26, c. 7 y 106 - 107, c. 9), Inés Yurelly Bello Tilano (fl. 103 - 104, c. 9), Ascensión Daza Giraldo (fl. 108, c. 9), María Antonia Rojas Beltrán (fl. 109 - 110, c. 9) y Luis Enrique Carrillo Mora (fl. 21 - 24, c. 6), entre muchos otros, quienes agregaron que trasladaron a los heridos en un vehículo, algunos murieron en el camino y otros cadáveres quedaron en el caserío hasta el lunes 14 de diciembre, como los de dos hijos de Jorge Henry Vanegas (fl. 115, c. 9) y el de Teresa Mojica, según lo expresó su hijo Luis Alberto Galvis (fl. 113, c. 9), lo cual explica por qué uno de los cuerpos que se aprecia en el videocasete rotulado con el # 6 de la actuación se aprecia inflamado por el estado de descomposición. Allí mismo es visible, entre otros, el cadáver de Nancy Ávila, mujer vestida de civil que también había quedado tendida en el caserío, observándose la ausencia de la parte superior de su cabeza, lo que corresponde a lo que lo expresó su esposo Milciades Bonilla Ostos al referir que "... ella estaba sentada dándole tética a la niña de dos meses de nacida, cuando me di cuenta que cayó la bomba salí a buscar a mi mujer que estaba a una distancia de diez metros de donde yo estaba, y pues cuando llegué donde ella, estaba sin cabeza y muerta..." (fl. 28, c. 6).

Por esos motivos casi todos los levantamientos se realizaron en sitios diferentes a Santo Domingo, sin que pueda admitirse que atenta contra la lógica o la experiencia que los testigos, en curso de una inspección judicial,



declararan ante el representante del ente investigador sobre la ubicación de las personas que fallecieron como consecuencia del bombardeo. Mucho menos, si el demandante ni siquiera enuncia las reglas de la lógica o las máximas de la experiencia que pudieron haberse desconocido en esos casos.

Las versiones de quienes señalaron los puntos donde quedaron los cadáveres o los lesionados, además, conforme se explicó atrás, quedaron registradas en audio y video.

De acuerdo con la censura, al parecer, lo correcto para el demandante, en orden a establecer que todas esas personas sí fallecieron como consecuencia del lanzamiento de la bomba *clúster*, era que los cuerpos se hubiesen trasladado nuevamente a Santo Domingo, para colocarlos en los mismos sitios en donde resultaron heridos y hacer allí las respectivas inspecciones, exigencia que no es compatible con el ordenamiento jurídico y dada la naturaleza de los sucesos sería una práctica casi imposible, e ilógica.

3. Violación directa de la ley sustancial

En el tercer cargo formulado por el defensor, invoca la causal primera consagrada en el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, para reprochar la sentencia de



segunda instancia por *«...violación directa de la ley sustancial, como consecuencia de haberse incurrido en un error in iudicando, al dejar de aplicarse el numeral 4° del artículo 32 del C.P., que contempla la eximente de responsabilidad, cuando el sujeto activo de la conducta actúa en estricto cumplimiento de una orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales y los delitos por los que se procede no sean de genocidio, tortura, ni desaparición forzada»*.

Ello –afirma–, porque los procesados son oficiales de la Fuerza Aérea que actuaron en una operación dirigida por el Comandante de la Brigada 18 del Ejército y el lanzamiento del dispositivo *clúster* se hizo en cumplimiento de una orden militar emitida con las formalidades legales y, en caso de haber producido efectos dañinos, la responsabilidad debe predicarse de quien la profirió, salvo *«si la orden impartida comporta con claridad un mandato antijurídico, el que la cumple asume una responsabilidad compartida con quien le dio la orden.»*, puesto que las *“...órdenes ciegamente impartidas, y de igual manera cumplidas, sin responsabilidad para el que las ejecuta, conllevaría a la quiebra de toda la organización jerárquica»*.

Expone que la obediencia debida es causal de justificación y para que se configure es necesario que se imparta *«dentro de la competencia del superior y referirse a un acto del servicio. (...).Que la orden se halle revestida de las formas exigidas por la ley. (...).Que el contenido de la orden no sea manifiestamente delictivo. Íntimamente unido con el tema de los*



mandatos antijurídicos obligatorios está el de poder de inspección de la orden por parte del subordinado».

Así mismo, aduce que el artículo 91 de la Constitución Nacional, en su tenor literal permite concluir que los militares están exentos de responsabilidad en la ejecución de conductas antijurídicas, cuando se llevan a cabo en cumplimiento de órdenes jerárquicamente impartidas. Además, dice que debe tenerse en cuenta que la fuerza pública no es deliberante (art. 219 C.N.), y en tal sentido los militares están obligados a cumplir las órdenes sin cuestionarlas, porque de lo contrario incurren en el delito de desobediencia militar.

Sobre ese particular, los argumentos expuestos en la sentencia de segunda instancia, permiten señalar que los implicados incurrieron en las conductas punibles que se les endilgaron, sin que se advierta la predicada ausencia de responsabilidad que quiere deducir el impugnante.

Para demostrarlo, bastaría con señalar que no concurren en este caso los presupuestos que consagra el artículo 32-4º del Código Penal, porque la orden de bombardear fue impartida por una autoridad que carecía de competencia y, en consecuencia, no podría hablarse de obediencia debida.



Sin embargo, debe señalarse que la conducta desplegada por los procesados no consistió simplemente en acatar la decisión de un superior –como parece entenderlo el censor–, sino en que conscientemente dejaron librado al azar el resultado típico, porque conocían de antemano el poder devastador de la bomba de racimo que arrojaron sobre el caserío, sabiendo, además, que allí permanecía la población civil, misma que sufrió los nefastos rigores de la explosión, puesto que omitieron cumplir la perentoria obligación –que no prerrogativa– de cancelar la misión, tratándose de **“...caseríos (...) aun cuando se consideren habitados por bandoleros...”**⁹⁵ (Se subraya)

El actor pretende edificar la ausencia de responsabilidad a partir de una falsa premisa, puesto que, como se explicó en el capítulo que precede, el General Héctor Fabio Velasco Chávez, en ese entonces Comandante de la Fuerza Aérea, declaró que el lanzamiento de los dispositivos *clúster* corresponde a una operación BETA, es decir, una acción de bombardeo, requería la expresa autorización del Comandante General de las Fuerzas Militares, por intermedio del Comandante de la Fuerza Aérea, lo que en este caso no se cumplió, porque el permiso lo dio directamente el Comandante de la Brigada XVIII con sede en Arauca, sin que el oficial Velasco Chávez se

⁹⁵ Folios 240 al 246, Cuaderno No. 38. Directiva 057 del 23 de julio de 1997 – Comandancia General de las Fuerza Aérea Colombiana.



enterara siquiera de que la bomba de racimo había sido lanzada en esa oportunidad, lo que vino a saber días después de los hechos.

Incluso, obra prueba en el expediente de que al menos los pilotos del helicóptero UH1H **CÉSAR ROMERO PRADILLA y JOHAN JIMÉNEZ VALENCIA**, decidieron cargar la aeronave con ese explosivo, previendo la posibilidad de utilizarlo y el primero fue quien sugirió su lanzamiento. Así lo declaró el Teniente Guillermo Olaya Acevedo, Comandante del Componente Aéreo de la Brigada XVIII, que en aquella ocasión actuó como oficial de enlace con el ejército, aspectos que expuso la primera instancia, así:

Sobre la decisión del uso del dispositivo manifestó el 28 de septiembre de 2001 ante la misma autoridad que “la persona que sugiere utilizar el dispositivo clúster es el piloto del helicóptero UH1H en cabeza del Capitán CÉSAR ROMERO” (fl. 188, C. 23), “la tropa no solicitó el dispositivo cluster, ya que fue el piloto del UH1H quien sugirió el uso de este dispositivo en donde el Comandante de la Brigada lo acepta y lo ordena mediante requerimiento” (fl. 201). Aseguró que como Oficial de Enlace no podía autorizar el lanzamiento de ningún armamento, sin ser autorizado por el Comandante de la Brigada 18, aunque elaboró la orden de vuelo para dicha aeronave (fl. 194, c. 23) y el Brigadier General Barbosa ordenó usarla (fl. 196), recalando que “el Capitán me comentó de manera verbal que dependiendo de cómo estuviera la situación en la zona haría o no haría uso de la clúster” (fl. 195), “no recuerdo que alguien le haya dado la orden al piloto que en una



determinada zona debía lanzar el dispositivo clúster" (f. 195, c. 23).

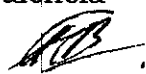
Esa situación igualmente, aunque de forma parcial, fue tratada por el Tribunal, al explicar que *«es el propio piloto Capitán **Romero Pradilla** quien expresa que por iniciativa suya fue que se sugirió llevarla "por si se necesitaba",⁹⁶ designándose de común acuerdo el blanco que habría de batirse».*⁹⁷

Lo más significativo fue que la operación se planeó para que el dispositivo se arrojara en la mata de monte; empero, inexplicablemente los pilotos resolvieron variar el blanco y, de acuerdo con las conversaciones sostenidas entre éstos y la tripulación del *Skymaster*, era evidente que el punto seleccionado para arrojar la bomba ya no era esa zona boscosa, sino que lo constituía el caserío de Santo Domingo, mismo que habían divisado en repetidas ocasiones, porque incluso cuando estaban planeando las acciones proyectaron videos del lugar con el fin de determinar en dónde se lanzaría la bomba. Sobre el particular dijo el A-quo:

Las bajas sufridas por las fuerzas estatales llevaron a los pilotos del componente aéreo a efectuar un briefing en la mañana del 13 de diciembre de 1998 en el que junto con el Controlador Aéreo y el Oficial de Enlace, concertaron la

⁹⁶ Folio 105, Cuaderno No. 23: En igual sentido, el informe de misión cumplida obrante en el Cuaderno No. 20, folio. 60 (original); y en el folio 216 del mismo cuaderno; y Cuaderno No. 18, folios. 285 (copia).

⁹⁷ Folios 378 al 383, Cuaderno No. 14.



necesidad de utilizar las bombas clúster, estableciendo los blancos hacia los cuales debía lanzarse el racimo luego de la proyección de los videos del lugar (fl. 140 y ss, c. 20), lo que implica que todos ellos, incluyendo a CÉSAR ROMERO y JOHAN JIMÉNEZ, eran conscientes del riesgo que representaba la ejecución de la operación aérea para los habitantes del caserío, por razón de la cercanía a los objetivos seleccionados, contrariando así los protocolos estatales y supranacionales para proteger a los civiles.

En virtud de las imágenes y audio del video 14 es inobjetable que todas las aeronaves tenían contacto visual con un caserío compuesto por más de 40 viviendas con teja de zinc que se extiende de forma lineal en una superficie superior a los 300 metros, imponiéndose concluir sin la menor dubitación que los miembros de la tripulación del UH1H eran conscientes de la ubicación del pueblo, no solo en razón de los sobrevuelos de reconocimiento sobre el área general en que se desarrollaban las operaciones militares, sino además por el que hicieron en los instantes previos al lanzamiento, con ocasión de este.

En efecto, si como lo señaló CÉSAR ROMERO el UH1 H orbitó en tres ocasiones hasta cuando tuvo certeza del lugar a abatir (fl. 104, c. 20), viró hacia la derecha (al este) para incorporarse en la dirección del lanzamiento, sobrevolando en paralelo a la carretera, a su costado derecho o norte, pudiendo siempre observar el pueblo al costado izquierdo del helicóptero, necesariamente el poblado era visible tanto al costado izquierdo como al derecho del helicóptero en su recorrido de ida y vuelta, lo que implica que en distintos momentos el caserío fue avistado desde la aeronave, permitiendo al piloto, al copiloto y al técnico visualizarlo. Es razonable inferir que los tres tuvieron a la vista las casas que componen el pueblo antes de arrojar el racimo, dado que el flexiglass inferior frontal de la aeronave, elemento traslucido ubicado justo debajo de los pedales del piloto, le permitió a este enfocar el blanco en la mira (fl. 142, c. 20); al tiempo que el



copiloto "conoce el sector donde se van a lanzar, está escuchando las comunicaciones y, en segundo lugar sirve de apoyo para ubicar los parámetros" (fl. 15, C. causa N° 3), ubicándose en el lado izquierdo del helicóptero (fl. 20, ibídem). Respecto del técnico debe repetirse que debía haber avistado el caserío antes del lanzamiento por razón de la altura, los giros y porque horas antes había estado en el mismo lugar entregando municiones, lo cual se aprecia en el primer segmento del video 14.

Aún así, los procesados asumieron el riesgo y el azar de que la bomba impactara en el caserío, puesto que estando conscientes de que no sería arrojada en la mata de monte y del peligro que con la explosión corrían los pobladores, ignoraron el deber de cancelar la misión de apoyo aéreo, a pesar de que esa decisión no requería la autorización de ningún superior y, por el contrario, estaba dentro de sus obligaciones, de acuerdo con lo que explicó lo explicó el General Héctor Fabio Velasco Chávez:

Como su nombre lo indica cancelar una misión implica o significa suspenderla, detenerla, esta suspensión o cancelación de la misión puede provenir de una autoridad superior de la Fuerza Aérea, pero las tripulaciones tienen la autonomía de cancelar una misión para el caso de misiones de combate con armamento, cuando ellas consideran de que existe la posibilidad de causar daños colaterales a la población civil...⁹⁸

Sobre ese tema hizo extensa consideraciones el Tribunal, citando incluso las fuentes de la disposición

⁹⁸ Folio 145, Cuaderno No. 31.



reseñada por el oficial de la Fuerza Aérea, que viene de transcribirse:

Tratándose de situaciones de peligro análogas a la que referencia el presente asunto, como lo expusiera esta Sala de Decisión en su interlocutorio de enero 30 de 2009⁹⁹, su reglamentación está plasmada en Directivas Permanentes del Comandante de esa institución, entre ellas la mencionada NR 300-05 de 1996, la Nr 16854/CGFM-EMCD375 de agosto 8 de 1998 del Comandante General de las Fuerzas Militares, la 300-45 de septiembre 3 de 1998, y la 057 de julio 23 de 1997, las cuales regulan y limitan la función de las aeronaves en el marco de sus operaciones bélicas.

Así, la que implique el empleo de ametrallamiento, lanzamiento de cohetes o bombardeo y que puede llevar riesgo a “las propias tropas y/o la población civil”, debe suspenderse, máxime tratándose de la modalidad última llamada misión beta, en la cual la orden es perentoria:

“...no debe realizarse sobre caseríos o zonas desde (sic) donde exista población civil, aun cuando se consideren habitados por bandoleros o cuando se presume la presencia de personas inocentes, mujeres y niños...”¹⁰⁰-Resaltado de la Sala-

Su alcance hermenéutico cubre aun el evento de mezclarse o convivir elementos subversivos con la población civil, que es lo que de manera fundada se colige sucedió en el sub júdice. Lo acredita el desplazamiento de los rebeldes de la mata de monte donde se hallaban al caserío como se ha reseñado y quedó en el registro de los diálogos del avión Sky Master con las otras aeronaves, y los sitios del poblado donde se produjo el resultado antijurídico como

⁹⁹ Folio 28, Cuaderno No. 40.

¹⁰⁰ Folio 240 al 246, Cuaderno No. 38.



consecuencia del lanzamiento de la bomba clúster, la muerte de las 17 personas -5 menores- y los 21 heridos.

Y si bien, el artículo 91 de la Constitución Nacional aparentemente exime de responsabilidad a los militares en servicio, es claro que esa prerrogativa sólo opera cuando se trata del cumplimiento de órdenes impartidas legítimamente y que no sean constitutivas de una conducta punible. Así lo explicó esta Corporación en la sentencia de casación proferida el 6 de mayo de 2009¹⁰¹, al referirse a un tema de similar connotación (obediencia debida), apoyándose en doctrina de la Corte Constitucional anterior al año 1998, época de los hechos.

A su vez, el artículo 91 de la Constitución Política establece que:

“Artículo 91. En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.

“Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden.”

Sobre éste precepto, la Corte Constitucional¹⁰² ha interpretado que la eximente de responsabilidad penal no opera cuando el contenido de la orden es manifiestamente delictivo para el agente que la ejecuta, tal como se deduce del siguiente texto:

¹⁰¹ CSJ rad. 26137.

¹⁰² Corte Constitucional C-578 de 1995.



*"El inciso segundo del artículo 91 de la C.P., exonera de responsabilidad constitucional al militar que ejecuta una orden del servicio impartida por su superior, pero no lo hace de manera total e irrestricta. Si el inferior es consciente de que su acto de ejecución causará con certeza la violación de un derecho fundamental intangible de alguna persona y, no obstante, lo realiza, pudiéndolo evitar, actuará de manera dolosa. Si se admite que la Constitución, en este caso, ha condonado el dolo, se tendrá que aceptar que ella ha consentido en crear el germen de su propia destrucción. La idea de Constitución, por lo menos en un régimen no totalitario, es incompatible con la existencia en la sociedad y en el Estado de sujetos con poderes absolutos. La Corte rechaza resueltamente la tesis de la exoneración absoluta de responsabilidad del militar subalterno porque si pese a su dolo aquélla se mantiene, su poder adquiere una dimensión inconmensurable, capaz de erradicar todo vestigio de derecho, justicia y civilización."*¹⁰³

En la misma sentencia, la Corte Constitucional señaló los requisitos que han de cumplirse para que opere la exoneración penal por obediencia debida o cumplimiento de un deber, los cuales coinciden, en términos generales, con los referidos en el artículo 33 del Estatuto de Roma.

Tales requisitos son:

"La exoneración de responsabilidad, además de no revelarse como manifiestamente antijurídica, debe sujetarse a otros requisitos. En primer lugar, debe existir una relación de subordinación jerárquica reconocida por el derecho público entre quien emite el mandato y quien lo recibe y ejecuta. Para que la orden se considere vinculante, ésta ha de emanar del superior jerárquico con poder de mando sobre el receptor. En segundo lugar, la orden debe existir como tal, vale decir, como manifestación clara y distinta de voluntad encaminada



*a obtener que el inferior haga o deje de hacer algo. En tercer lugar, se requiere que el superior actúe dentro de su competencia, pero como el subordinado carece por lo general de un poder de examen detallado, la doctrina no exige competencia concreta para emitir la orden, sino competencia abstracta, la cual se refiere a la facultad del superior para disponer la clase de actos que normalmente se comprenden dentro del objeto de las obligaciones del inferior. Por último, para que la eximente opere como justificación del hecho punible se requiere que la orden esté revestida de las formalidades legales."*¹⁰⁴

De esa manera, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la incompatibilidad de una obediencia militar ciega y absoluta con los principios constitucionales de la justicia.

Se hace aún más evidente que el sentenciador de segunda instancia no declaró la adecuación del comportamiento a la norma que regula la ausencia de responsabilidad que pregona el libelista y cuya falta de aplicación reclama, si se tienen en cuenta las motivaciones presentadas en la sentencia, sustentadas en la valoración de los medios de convicción, y al tenor de las cuales excluyó cualquier justificación:

Acorde con estas premisas procesales, es dable a la Sala concluir: i) Uno fue el blanco teórico preseleccionado en el briefing para el lanzamiento del artefacto explosivo, la mata de monte, y ii) Otro diferente donde materialmente se ejecutó su lanzamiento, y de lo cual da cuenta la prueba pericial y testimonial, que las granadas de la bomba

¹⁰³ *Ibíd.*

¹⁰⁴ *Ibíd.*



clúster cayeron e hicieron impacto sobre el caserío de Santo Domingo causando el fatídico hecho de sangre.

(...)

Por consiguiente, es de elemental entendimiento que el reglamento que se pretende rechazar está orientado a la regulación y uso del material de guerra que llevan las aeronaves oficiales y por ende su acatamiento cubre a la tripulación encargada de su manejo, máxime tratándose de material de guerra de carácter explosivo.

V.2.12.1. *De esta especie era la bomba clúster que por su elevado potencial dañino, su uso -hoy prohibido- para la época de los hechos era restringido y tenía que ser autorizado por el Comandante del Ejército previa supervisión del de la FAC¹⁰⁵, como lo ratifica el entonces Comandante de esta fuerza, General Héctor Fabio Velasco quien afirma no haber autorizado el lanzamiento de la que fue materia de investigación y ni siquiera fue enterado de su utilización.*

*Si bien el operativo aéreo fue planeado en el briefing realizado en horas de la mañana del 13 de diciembre de 1998 en el "Aula G" de la base de operaciones de la empresa OXY ubicada en el yacimiento petrolero de Caño Limón y allí se acordó llevar la bomba clúster, es el propio piloto Capitán **Romero Pradilla** quien expresa que por iniciativa suya fue que se sugirió llevarla "por si se necesitaba",¹⁰⁶ designándose de común acuerdo el blanco que habría de batirse.¹⁰⁷*

Con anterioridad quedó plasmado que en el operativo no hubo una situación real de peligro para la Fuerza Pública que justificara la utilización del armamento bélico y si bien

¹⁰⁵ Folio 146, Cuaderno No. 31.

¹⁰⁶ Folio 105, Cuaderno No. 23. En igual sentido, el informe de misión cumplida obrante en el Cuaderno 20, folio. 60 (original); y en el folio. 216 del mismo cuaderno; y Cuaderno 18, folio 285 (copia).



*se coincide que en un principio el objetivo era la mata de monte donde se radicaba el grueso de la guerrilla y donde según el copiloto **Jiménez Valencia** se habían ocasionado bajas militares, lo cierto es que fue el caserío de Santo Domingo y sus habitantes quienes a la postre padecieron los efectos dañinos de su lanzamiento.*

*Volviendo sobre la actividad reglada de los pilotos de la Fuerza Aérea, debe agregarse que la misma tiene arraigo en principios universales en materia de protección del derecho internacional humanitario, entre ellos el de **distinción** que destaca el fallo impugnado, según el cual en los eventos de conflicto armado no internacional de los Estados, es menester diferenciar a la población civil y sus lugares donde habitan, de los objetivos militares de cada adversario y por lo mismo aquella requiere de particular protección, tal como lo normaliza el artículo 13 del Protocolo II, Adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativos a la materia y que integran el bloque de constitucionalidad, de aplicación prevalente en el orden interno.*

Tratándose de situaciones de peligro análogas a la que referencia el presente asunto, como lo expusiera esta Sala de Decisión en su interlocutorio de enero 30 de 2009,¹⁰⁷ su reglamentación está plasmada en Directivas Permanentes del Comandante de esa institución, entre ellas la mencionada NR. 300-05 de 1996, la Nr.16854/CGFM-EMCD375 de agosto 8 de 1998 del Comandante General de las Fuerzas Militares, la 300-45 de septiembre 3 de 1998, y la 057 de julio 23 de 1997, las cuales regulan y limitan la función de las aeronaves en el marco de sus operaciones bélicas.

Así, la que implique el empleo de ametrallamiento, lanzamiento de cohetes o bombardeo y que puede llevar riesgo a " las propias tropas y/o la población civil ", debe

¹⁰⁷ Folio 378 a 383, Cuaderno no. 14.

¹⁰⁸ Folio 28, Cuaderno No. 40.



suspenderse, máxime tratándose de la modalidad última llamada misión beta, en la cual la orden es perentoria:

“...no debe realizarse sobre caseríos o zonas desde (sic) donde exista población civil, aun cuando se consideren habitados por bandoleros o cuando se presume la presencia de personas inocentes, mujeres y niños...”¹⁰⁹-Resaltado de la Sala-

El conocimiento que involucra esos extremos, permite colegir en forma racional y fundada que el injusto era hecho probable que los servidores de la FAC se representaron y aceptaron, en cuanto no hicieron nada por evitarlo y su no producción se dejó librada al azar, fueron indiferentes a ella, y es lo que en el plano dogmático estructura el dolo eventual de concepción doctrinal y jurisprudencial que de manera puntual reprocha el fallo apelado y que normativamente contenía el artículo 36 del código de 1980 y reproduce el artículo 22 del actual estatuto penal.

La acción así concebida y valorada jurídicamente, fue ejecutada objetiva y subjetivamente, por los acusados **César Romero Pradilla y Johan Jiménez Valencia**, piloto y copiloto respectivamente del helicóptero FAC 4407 UH1H, quienes actuaron en un mismo plano de unidad de cognición, voluntad y decisión, esto es, detentaron el gobierno de la aeronave (dominio del hecho) frente a su objetivo o blanco al que se tuvo en mente lanzar el artefacto explosivo en el marco de las condiciones de modo, tiempo y lugar que se vienen de reseñar y de ahí que la imputación a título de autores y sus consecuencias jurídico penales, se avienen a la realidad probatoria analizada y por ende ajustada a derecho.

¹⁰⁹ Folio 240 al 246, Cuaderno No. 38.



En consecuencia, ningún error se evidencia en este caso y específicamente del artículo 32-4° del Código Penal, porque los pilotos del helicóptero UH1H **CÉSAR ROMERO PRADILLA** y **JOHAN JIMÉNEZ VALENCIA**, sabían que la orden de arrojar la bomba *clúster* en la parte norte del caserío constituía un peligro y estaba expresamente prohibido, a pesar de que allí se hubiesen refugiado los guerrilleros. En esas condiciones, la orden no era legítima. Además, el superior que la impartió, Brigadier General Luis Hernando Barbosa Hernández, en su condición de Comandante de la Brigada XVIII con sede en Arauca, carecía de competencia para proferir ese mandato, en tanto, ese tipo de decisiones estaban reservadas para el Comandante General de las Fuerzas Militares quien, de proceder en esa forma, debió hacerlo por intermedio del Comandante de la Fuerza Aérea por tratarse de un bombardeo y operación **BETA**; no obstante, éste último sólo vino a enterarse del lanzamiento del dispositivo de racimo varios días después, lo cual descarta el cumplimiento de las formalidades legales. Y, finalmente, los procesados no sólo tenían la posibilidad de discutir la orden, sino que tenían la obligación de cancelar la misión.

En las anteriores condiciones tampoco este reproche prospera.



4. Del concepto del Ministerio Público.

Finalmente, atendidos cabalmente los cargos propuestos por los demandantes, se pronuncia ahora la Sala sobre la alegación del Ministerio Público en el concepto ofrecido a esta Corporación, con la que pretende se case parcialmente la sentencia de segundo grado en aras de trocar la modalidad de la conducta punible por la cual se hace responsable a los procesados, de dolo a culpa, ya que -a su juicio- se omitió demostrar los elementos constitutivos del primero, por ausencia del ingrediente *«conocimiento anticipado del resultado»*.

Como se verá, no le asiste razón al Procurador Delegado porque el comportamiento de los procesados se ajusta por completo a las características del dolo eventual, tal como lo concluyeron los sentenciadores.

En efecto, acude la Sala a lo sostenido en anteriores oportunidades¹¹⁰, para evocar que el dolo, sea que se entienda como forma de culpabilidad -como ocurría en el C. Penal de 1980- o como modalidad de la conducta punible -según la Ley 599 de 2000-, implica el conocimiento y la voluntad del sujeto agente respecto de los hechos.

¹¹⁰ CSJ SP 18 jun. 2008, rad. 29000; CSJ SP, 24 nov 2010, rad 31580, entre otras.



El artículo 36 del C. Penal vigente para la época de los hechos (Decreto-Ley 100 de 1980), estipulaba:

DOLO. La conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, lo mismo cuando la acepta previéndola al menos como posible.

Bajo este concepto de orden legal, el resultado dañoso no solo es reprochable cuando su consecución es el contenido de la voluntad –dolo directo-, sino también cuando la realización de la conducta implica el riesgo de causar otro u otros, cuya posible producción no es óbice para que se continúe con el comportamiento; o lo que es lo mismo, cuando se **acepta** el resultado previéndolo al menos como posible, que es lo que se conoce como dolo eventual.

Se entendía, entonces, que el conocer y querer el hecho comprendía tanto el dolo directo (de primer grado), como el indirecto (de segundo grado) por sus necesarias consecuencias; y que el sólo conocer aceptando el evento como posible, bastaba para configurar el dolo eventual¹¹¹.

Frente a la teoría del dolo eventual, ha dicho la jurisprudencia de la Sala que el C. Penal de 1980, al emplear la expresión «la acepta, previéndola como posible»,

¹¹¹ “Prever un resultado como posible y ocasionarlo, equivale a quererlo”. Cit. Giuseppe Maggionre, Derecho Penal, vol. I, ed, cit., pag. 583. Cfr. Aníbal Bruno, Direito, t II, ed. Cit., pag 73. Cfr. Alfonso Reyes, Derecho Penal, ed, cit pag. 212.



acogió la llamada **teoría de la voluntad o del consentimiento**, en la que existe un énfasis del factor volitivo cuando el autor acepta o aprueba la realización del tipo, porque cuenta con el acaecimiento del resultado.

Sin embargo, tal concepción se mantuvo hasta el año 2000, cuando la Ley 599 tomó partido por la **teoría de la probabilidad o de la representación**, al definir en su artículo 22, el dolo eventual en los siguientes términos: «también será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar». Sobre esta variación, ha manifestado la Corte:

Se advierten entonces las siguientes variaciones:

** La previsión obra ante lo probable y no ante lo posible.*

** La producción del resultado se deja librada al azar, lo cual implica que no es importante para el actor aceptarlo o aprobarlo, por eso, al dejarlo al azar, se abstiene de ejecutar acto alguno que pueda impedirlo.*

(...)

*El código de 2000, en cambio, abandona esa afiliación teórica para adoptar la denominada teoría de la **probabilidad**, en la que lo volitivo aparece bastante menguado, no así lo cognitivo que es prevalente. Irrelevante la voluntad en esta concepción del dolo eventual..., el sujeto está conforme con la realización del injusto típico, porque al representárselo como probable, nada hace por evitarlo.*

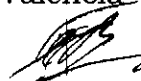


*De otra parte, resulta destacable en el código de 2000, que lo representado no es lo **posible**, como lo estatúa el código de 1980, entendiendo por tal lo real, lo objetivo, neCÉSARio, (sólo lo real es posible y algo es real, sólo si es posible) como propiedad del ser, sino lo **probable**, que es de índole gnoseológica, subjetiva conforme a la cual se trata de una consideración aproximada a lo relativo a la creencia, a la frecuencia, como magnitud tanto referida a acontecimientos como a los argumentos o proposiciones argumentativas, por lo cual resultaría próxima a una noción operacional¹¹².*

En el caso bajo análisis, es claro que en la actuación vienen demostrados a plenitud los requisitos que configuran el dolo eventual, según el C. Penal de 1980, a partir de varias circunstancias que, integradas armónicamente, permiten reconstruir la verdad histórica de los hechos.

Conforme quedó acreditado, el 13 de diciembre de 1998, varias aeronaves participaron en la acción conjunta de atacar a los guerrilleros con quienes se venía sosteniendo combate en inmediaciones de la vereda Santo Domingo, entre ellas, el helicóptero UH-1H 4407 -Lechuza-, que portaba el dispositivo *clúster* AN-M1A2, cuya tripulación estaba conformada por el Teniente **CÉSAR ROMERO PRADILLA** -piloto-, Teniente **JOHAN JIMÉNEZ**

¹¹² CSJ. SP 15 sep. 2004, rad. 20860.



VALENCIA –copiloto- y **HÉCTOR MARIO HERNÁNDEZ ACOSTA** –técnico del helicóptero-.

Para impedir que los subversivos se fugaran y tras mantener comunicación con el avión *Skymaster* y con el helicóptero Hughes-500 artillado piloteado por el Teniente Lamilla Santos, los tripulantes del UH-1H 440'7 decidieron, a eso de las 10:02 de la mañana, arrojar la bomba *clúster* justamente cuando la nave se encontraba encima de Santo Domingo. No empuce, previamente haber constatado la presencia de personal civil en el poblado y, a pesar de la actualización de este conocimiento, no interrumpieron la peligrosa acción, sino que la culminaron a riesgo de los resultados, con tal de atacar a los insurgentes presuntamente mezclados con los moradores del lugar.

El artefacto impactó sobre la vía principal del caserío, según lo corroboraron las conclusiones de los análisis realizados a los cuerpos de los fallecidos y heridos ese día, así como los hallazgos de residuos de la bomba en las viviendas, vehículos y demás objetos del mismo.

En efecto, los expertos en balística y explosivos del C.T.I. de la Fiscalía, en el informe de abril 28 de 2000¹¹³, señalaron que los fragmentos de hierro recuperados en algunas de las casas de Santo Domingo, en el camión rojo



afectado y en las necropsias de ciertas víctimas de la explosión del 13 de diciembre de 1998, correspondían a fragmentos de las bombas o granadas aire-tierra *clúster* AN-M1A2 o AN-M158.

Finalmente, el impacto de la bomba racimo en tierra produjo la fatídica muerte de varios adultos, mujeres y niños, y las lesiones a otras, hechos corroborados con los distintos documentos y peritajes que reposan en el expediente, así como con los testimonios de más de 20 habitantes de la vereda que sobrevivieron y relataron la manera como la explosión al interior de la misma acabó con la vida de sus familiares instantáneamente y a otros los dejó heridos.

La prueba recaudada es clara en evidenciar que después de varios sobrevuelos de reconocimiento sobre esa área, la tripulación del avión *Skymaster* había informado del refugio de los guerrilleros perseguidos en el caserío de Santo Domingo y su presunto camuflaje entre los habitantes asentados en la calle principal del mismo.

No obstante la advertencia de civiles en la zona, además constatada por los procesados, desde su aeronave por los vuelos que hicieron sobre la vereda y las menciones que del mismo les hizo el helicóptero Hughes-500 artillado

¹¹³ Folio 217, Cuaderno No. 17.



-cazador- al darles las instrucciones previas al lanzamiento de la bomba¹¹⁴, aquéllos decidieron continuar con la búsqueda de su objetivo, esto es, abatir a los insurgentes perseguidos, y resolvieron arrojar el artefacto explosivo en ese preciso lugar.

La determinación del poblado como objetivo de impacto del dispositivo no ofrece duda alguna, pues fue el mismo **CÉSAR ROMERO PRADILLA** quien aseguró que después del lanzamiento su auxiliar de vuelo le confirmó que la bomba había dado en el blanco.

Entonces, como el caserío de Santo Domingo fue el destino escogido por los enjuiciados para llevar a cabo la misión encomendada y conscientes de que en ese lugar existían civiles, resulta patente la noción que tuvieron de que el bombardeo en dicho sector podría afectar a los miembros de la columna guerrillera que hostigaban, y, eventualmente, lesionar a los lugareños ajenos al conflicto.

En otras palabras, en el momento en que **CÉSAR ROMERO PRADILLA** y **JOHAN JIMÉNEZ VALENCIA**, resolvieron bombardear un objetivo sobre el que previamente se habían efectuado reconocimientos, que alertaron sobre la presencia de población civil, sumado al

¹¹⁴ Record: 10:01:11: "¿dónde la quiere Cazador? Dígame dónde la quiere!" Y le responde: "a la derecha del pueblito hay una mata de monte. La queremos al borde whisky de esa mata de monte".



conocimiento que tenían del potencial nocivo del artefacto explosivo y su precisión limitada, sin duda la representación del resultado antijurídico ocasionado con su conducta se les actualizó como posible y, por tanto, lo aceptaron anticipadamente.

Proceder en dolo eventual que también desatendió caros principios del Derecho Internacional Humanitario, especialmente los de distinción¹¹⁵ proporcionalidad¹¹⁶ y precaución¹¹⁷; que los implicados, por su condición de militares activos, capacitados para actuar en operaciones armadas, perfectamente conocían y estaban obligados a acatar.

En virtud del primero de ellos (distinción) era su deber distinguir durante toda la operación militar entre personas civiles y combatientes, y abstenerse de realizar un ataque

¹¹⁵ En ese mismo sentido, la norma 87 de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario y el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra establecen que “[l]as personas civiles y las personas fuera de combate serán tratadas con humanidad”. Henkaerts, Jean – Marie, Doswald – Beck Louise, El derecho internacional humanitario consuetudinario, volumen I, normas, CICR, Buenos Aires, 2007, p. 349, Norma 87.

¹¹⁶ El principio de proporcionalidad intenta equilibrar la necesidad militar con los intereses humanitarios. Sólo aquellos daños que quebrante la proporcionalidad aceptada por el DIH, podrán ser considerados como ilícitos... La regla básica de este principio prohíbe lanzar un ataque cuando sea de prever que cause incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil o ambas cosas, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa. Henkaerts, Jean Marie, Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario. Revista Internacional de la Cruz roja, 2005, No 857, pag. 175-212. Mejía Azuero Jean Carlos – Chaib de Mares Kelly, Derecho Humanitario, pag. 842.

¹¹⁷ Henkaerts, Jean Marie, Doswald – Beck Louise, El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, volumen I, normas, CICR, Buenos Aires, 2007, p. 59, normas 15.



que soslayara esa diferenciación, cuando se advirtiera la presencia aquéllos en el lugar de combate.

El ataque sobre el caserío fue indebido y desproporcionado, porque siendo conscientes de que se trataba de una zona con presencia de personas y bienes civiles, no era viable a los enjuiciados hacer uso de un artefacto explosivo del que también sabían de su alto poder de destrucción, en su propósito de dar de baja, incluso en ese lugar, a los rebeldes que perseguían.

Igualmente, no hubo precaución en la acción desplegada, pues las operaciones de esas características deben ser realizadas con un cuidado constante de preservar a las personas ajenas al combate y los bienes de carácter civil, hasta el punto que se deben tomar todas las medidas preventivas factibles para evitar muertos y heridos entre la población civil y daños a bienes de igual naturaleza, que se pudieran causar incidentalmente. Situación totalmente opuesta a la ocurrida el 13 de diciembre de 1998, donde, con indiferencia hacia los residentes de Santo Domingo, se adoptaron determinaciones militares a sabiendas de su vulnerabilidad.

De otro lado, si el comportamiento de los implicados se examinara de cara a la Ley 599 de 2000, la conclusión a la que se arribaría no es diferente, puesto que también se



adecúa al predicado normativo que estatuye el dolo eventual en dicha normatividad como una de las modalidades de la conducta punible. En efecto, al arrojar la bomba *clúster* sobre Santo Domingo, los implicados se representaron seriamente como probables las muertes y lesiones que podían ocasionarse a los civiles que allí se encontraban; y, sin embargo, el azar determinó esos resultados dañosos, es decir, continuaron la ejecución de su conducta con indiferencia por la situación de riesgo que generaban¹¹⁸.

Por consiguiente, bien sea que se examine el proceder de **ROMERO PRADILLA** y **JIMÉNEZ VALENCIA** bajo la teoría de la *posibilidad* – Dec-Ley de 1980- o de la *probabilidad* –Ley 599 de 2000-, dadas las circunstancias en las que fue ejecutada, los homicidios por los que fueron acusados sin duda son atribuibles a título de dolo eventual.

Ahora bien, sin necesidad de introducirse la Sala –a fondo- en los criterios que se han acuñado para diferenciar el dolo eventual de la culpa consciente, dígase que cuando

¹¹⁸ CSJ SP 25 ago. 2010, rad. 32.964: «Dejar al azar es optar por el acaso, jugársela por la casualidad, dejar que los cursos causales continúen su rumbo sin importar el desenlace, mantener una actitud de desinterés total por lo que pueda ocurrir o suceder, mostrar indiferencia por los posibles resultados de su conducta peligrosa, no actuar con voluntad relevante de evitación frente al resultado probable, no asumir actitudes positivas o negativas para evitar o disminuir el riesgo de lesión que su comportamiento origina».



el artículo 37 del C. Penal de 1980¹¹⁹ definió la llamada culpa con representación como una forma de culpabilidad cuyos efectos nocivos, aunque previstos por el agente, éste confía en poderlo evitar, señaló, en cierta forma, los límites del dolo eventual. En esta categoría el riesgo del resultado posible no se asume, no se asiente a él, sino que, por el contrario, se espera que no ocurra, porque se confía imprudentemente en poder evitarlo. Existe representación pero no hay voluntad de concreción del daño¹²⁰.

La legislación colombiana de 1980 pareció adscribir a los postulados de la teoría del consentimiento, como estructura dogmática que busca explicar la frontera entre el dolo eventual y la culpa con representación. Esta doctrina, según lo anotado en la jurisprudencia, *«hace énfasis en el contenido de la voluntad. Para esta teoría la conducta es dolosa cuando el sujeto consiente en la posibilidad del resultado típico, en el sentido de que lo aprueba. Y es culposa con representación cuando el autor se aferra a la posibilidad de que el resultado no se producirá»*¹²¹.

Sin embargo, la Ley 599 de 2000 se acercó más a la teoría de la probabilidad o de la representación que enfatiza en el componente cognitivo del dolo, para separarlo de la

¹¹⁹ Artículo 37. Culpa. La conducta es culposa cuando el agente realiza el hecho punible por falta de previsión del resultado previsible o cuando habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.

¹²⁰ CSJ SP 25 ago. 2010, rad. 32.964.

¹²¹ *Ibidem*.



culpa: «[p]ara esta teoría existe dolo eventual cuando el sujeto se representa como probable la realización del tipo objetivo, y a pesar de ello decide actuar, con independencia de si admite o no su producción. Y es culposa cuando no se representa esa probabilidad, o la advierte lejana o remota»¹²².

Ambos sistemas coinciden en que habrá culpa con representación cuando el agente ha previsto el peligro previsible, pero «confió en poder evitarlo». Es decir, el autor del injusto igualmente sabe que su conducta representa un riesgo para el bien jurídico, susceptible de concretarse en la realización del resultado que imaginó, pero espera que no se produzca.

En el *sub judice*, es innegable que las circunstancias que concurrieron en el actuar de los procesados, justifican la condena de los jueces de instancia bajo la especie de dolo eventual y descartan un presunto actuar imprudente.

Como se ha precisado, el Capitán **CÉSAR ROMERO PRADILLA** y el Teniente **JOHAN JIMÉNEZ VALENCIA**, al arrojar el dispositivo clúster específicamente sobre la vereda de Santo Domingo, con el fin de abatir a los guerrilleros que combatían, se representaron seriamente como *posibles* las muertes y lesiones que finalmente produjeron y, a pesar de ello, nada hicieron para evitar esos

¹²² *Ibidem*.



resultados dañosos. Es decir, obraron con dolo eventual en los términos del artículo 36 del C. Penal de 1980.

Lo mismo puede predicarse de cara a la ley 599 de 2000 si se quiere, puesto que cuando aquéllos decidieron bombardear el caserío, siendo conscientes de la presencia de civiles en la zona, definitivamente se actualizaron en un *alto grado de probabilidad* el resultado muerte y, no obstante, nada hicieron para que no ocurriera. No interrumpieron la peligrosa acción, sino que la culminaron a riesgo de los resultados, con tal de atacar a los insurgentes presuntamente mezclados con los moradores del lugar.

Por consiguiente, no comparte la Sala el planteamiento del delegado de Procuraduría, consistente en que no se actualizaron los elementos del dolo eventual. Para dicho funcionario, el fallo de segundo grado no tuvo en cuenta que el elemento diferenciador entre el dolo eventual y la culpa con representación es el «*conocimiento anticipado del resultado*».

En dicho fragmento aflora un error conceptual, pues, como se explicó, en ambos conceptos el autor se representa



el resultado posible (aspecto cognoscitivo), esto es, previsión del resultado dañoso; solo que en el dolo el acaecimiento del mismo es asumido por el sujeto al no pensar en impedirlo porque, subyacentemente, consiente en su realización; mientras que en la culpa con representación, también lo prevé, pero sobre la base psíquica de que logrará -racionalmente- evitarlo, es decir, que a pesar de todo no se produzca.

De modo que la tesis de un proceder culposo por carente demostración del *«conocimiento anticipado del resultado»* -como lo define el Procurador-, no tiene sustento en este caso ya que, siendo un elemento común al dolo y a la culpa en las variantes examinadas, en este caso concurrieron los elementos diferenciadores y estructurales del primero de ellos. Los procesados aceptaron la tragedia previéndola al menos como posible, conforme el C. Penal vigente para la época de los hechos.

Cuestión final.

En memoriales suscritos por el defensor y por el procesado **CÉSAR ROMERO PADILLA**, manifiestan que por los mismos hechos, el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Arauca en primera instancia condenó el



31 de enero de 2011 a Germán Suárez Briceño, alias “Grannobles”, constituyéndose ese en un hecho nuevo que impide continuar con este proceso y, en consecuencia, solicitan la cesación de procedimiento.

No obstante, tal hipótesis no configura automáticamente ninguna de las previstas en el artículo 39 de la Ley 600 de 2000. Pero además, ha de advertirse que el recurrente invoca una decisión que fue invalidada por la Corte Constitucional mediante sentencia T-655 de 2015 (14 de octubre), al considerar que erradamente el citado fallo incluyó el juzgamiento de la masacre a civiles acá investigada, sin que la misma estuviera contemplada en la acusación, esto es, violando el principio de congruencia y los derechos de las víctimas¹²³.

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

¹²³ “Es evidente que la sentencia del Juez Arauca que abarcó conductas no sometidas a su conocimiento rompió ostensiblemente el principio de congruencia. No obstante, la infracción de la congruencia que, según se dijo atrás, está generalmente vinculada al derecho de defensa, no se plantea en el trámite de esta tutela con relación a los derechos del procesado sino respecto de las garantías que le asisten a la víctima, y no porque se le hayan menoscabado dentro del proceso en que se dio esta irregularidad, pues nunca fue parte allí, sino por lo que significa ese fallo con relación a la actuación que se ocupó de forma precisa de investigar y juzgar el crimen que la agravó.
(...)”

En conclusión, la decisión cuestionada incurrió efectivamente en un error procedimental al desconocer el principio de congruencia, error que se proyecta en el fallo y afectó a la víctima, al



RESUELVE

No casar la sentencia impugnada.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

cuestionar la verdad de los hechos alcanzada en el proceso penal que ha juzgado el crimen del que fue objeto."

23 NOV. 2017

Casación No. 37638
César Romero Pradilla y
Johan Jiménez Valencia




LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



EYDER PATIÑO CABRERA



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR



LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria