

Proceso No 15882

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

APROBADO ACTA No. 99

Bogotá, D. C. cuatro (4) de septiembre del dos mil tres (2003).

ASUNTO

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por el Procurador 316 Judicial en lo Penal con funciones ante el Tribunal Militar, contra la sentencia absolutoria del 16 de diciembre de 1998, emitida por ese Juez Colegiado respecto del Capitán del Ejército Vicente Sarmiento Vargas y del soldado Voluntario Orlando de Jesús Chavarría Ochoa, a quienes se les imputaba la comisión de un delito de homicidio.

El Tribunal, por la vía de la consulta, ratificó el fallo de inocencia que había proferido el Juez de Primera

Instancia -Comandante de la Cuarta Brigada- el 22 de septiembre de 1998, después de la acusación que les fuera dictada por el delito mencionado, en calidad de coautores y respecto de quien en vida llevaba el nombre de José Guillermo Bolívar Menco.

En las dos instancias la absolució n fue centrada en el principio In dubio pro reo pues

del expediente no lograron extraer con certeza quién o quiénes de los conformantes de la patrulla que dispararon habían impactado la humanidad del finado Bolívar Menco.

HECHOS

El Comandante de la Brigada Móvil N°. 2, el 13 de febrero de 1992, ordenó al Batallón de Contraguerrillas N°. 4 efectuar una operación militar en el municipio de Achí (Bolívar), con el fin de dar captura a algunos insurgentes.

Entre las personas aprehendidas, una de ellas, José Guillermo Bolívar Menco, se ofreció para indicarles a los militares, luego de aceptar que era miembro de un grupo alzado en armas, el sitio donde supuestamente tenía enterrado su equipo de campaña.

Una vez en el lugar, y cuando ya habían encontrado tres equipos y un revólver, el apresado intentó huir a través de un riachuelo. Como no atendió las voces de alto, los uniformados le dispararon. Su cadáver fue hallado, al otro lado de la quebrada, con señales de haber recibido, en la cabeza y en la espalda, dos disparos de revólver. Del hecho se sindicó al para aquella época subteniente Vicente Sarmiento Vargas y al soldado Orlando Chavarría Ochoa.

ANTECEDENTES PROCESALES

Las siguientes son las secuencias que conforman el proceso:

El 20 de agosto de 1992, el Juzgado 49 de Instrucción Penal Militar dispuso abrir la instrucción.

Declarado persona ausente el sindicado Chavarría Ochoa e indagado Sarmiento Vargas,

el Juez 49 de Instrucción Penal Militar, el 10 de marzo de 1993, al resolverles la situación jurídica, se abstuvo de dictarles medida de aseguramiento.

El Presidente del Tribunal Superior Militar, el 20 de mayo de 1993, designó como juez de primera instancia, para conocer de este proceso, al Comandante de la Cuarta Brigada.

El 19 de enero de 1997, se declaró cerrada la investigación. Y el 25 de enero del mismo año, al no hallar mérito para convocarlos a Consejo Verbal de Guerra, el Comandante de la Cuarta Brigada decidió cesar todo procedimiento a favor de los procesados.

La resolución, enviada para efectos de consulta al Tribunal Superior Militar, fue revocada el 19 de diciembre de 1997. En la providencia, se ordenó al juez de primera instancia -Comandante de la Cuarta Brigada- convocar al correspondiente Consejo Verbal de Guerra por homicidio intencional.

La Comandancia de la Cuarta Brigada, en cumplimiento de la orden de su superior, resolvió de nuevo la situación jurídica de los procesados. En el proveído, les dictó medida de aseguramiento consistente en detención preventiva. Luego, por Resolución N° 069 del 22 de agosto de 1997, los convocó a Consejo Verbal de Guerra para que fueran juzgados por el delito de homicidio, previsto en el Libro Primero, Sección Primera, Título XIV, Capítulo Primero, del Código Penal Militar.

Realizado el Consejo Verbal de Guerra, el Comando de la Cuarta Brigada profirió sentencia absolutoria el 21 de octubre de 1997.

El Tribunal Militar, al conocer por consulta de la decisión, el 27 de noviembre de 1997 declaró contraevidente el veredicto y revocó el fallo.

En acatamiento a esta determinación, el juez de primera instancia, el 24 de marzo de 1998, convocó a nuevo Consejo Verbal de Guerra. Pero a raíz del pronunciamiento de la

Corte Constitucional sobre la inexequibilidad de las disposiciones que regulaban la Corte Marcial con la participación de vocales, declaró la nulidad de lo actuado y el 29 de mayo de 1998 realizó la convocatoria sin la intervención de aquellos.

El 15 de septiembre de 1998, se llevó a cabo el Consejo Verbal de Guerra. Finalizado el acto, el 22 de septiembre de 1998 fueron absueltos. La sentencia fue en consulta al Tribunal Militar. El 16 de diciembre de 1998, la confirmó.

El Procurador Judicial con funciones ante este Tribunal, en desacuerdo con lo decidido, interpuso el recurso extraordinario de casación y lo sustentó con el escrito correspondiente.

LA DEMANDA

Dos cargos formuló el actor. A sintetizarlos se contraerá este apartado de la sentencia.

Primer cargo. Nulidad.

Lo formula dentro del marco de la causal tercera de casación, prevista en el artículo 220, numeral 3°, del Código de Procedimiento Penal de 1991.

En criterio del impugnante, a pesar de que de acuerdo con los hechos se trataba de un proceso propio de la órbita de conocimiento de la justicia ordinaria, lo adelantó la Justicia Penal Militar.

Esto condujo a que el procesamiento de los sindicatos, lo mismo que la sentencia contra ellos proferida, por no ajustarse a las previsiones de los artículos 14 y 285 del Código Penal Militar y 304 del Código de Procedimiento Penal ordinario, derivados de los artículos 29 y 221 de la Constitución Política, se tornaran ilegales, por cuanto los funcionarios

que asumieron el conocimiento de la actuación sin tener competencia para ello, violaron el debido proceso.

Así lo sustenta:

1. La orden impartida a los soldados por el Comandante de la Brigada N°. 2, estaba limitada a dar captura a los insurgentes con asiento en el municipio de Achí.

Prueba de que José Guillermo Bolívar Menco, la víctima, era un alzado en armas, no hay en el proceso. El hecho de que no portara arma alguna al momento de su retención, indica que no era miembro de ningún grupo guerrillero.

Las atribuciones de los soldados, emanadas de la misión encomendada por su superior jerárquico, no podían ir más allá de su aprehensión. Si decidieron ultimarlos, este acto no puede considerarse inscrito dentro de la órbita de sus funciones. Así hubiera tratado de fugarse, la acción de disparar contra su humanidad desborda los límites de la orden recibida de su comandante.

2. Por eso no es admisible considerar, como lo hizo el fallador al arrogarse la competencia para juzgarlos, que existió relación directa entre la actividad propia del servicio militar y la muerte del ciudadano Bolívar Menco.

La repercusión de estas irregularidades sustanciales en la esencia del fallo, y de hecho en los intereses de los sentenciados, fue evidente. A causa de ellas, no se les procesó de acuerdo con los cánones de la justicia ordinaria ni fueron juzgados por el juez competente.

Por eso solicita a la Corte, de un lado, que case la sentencia y, de otro, que como consecuencia de esa decisión, ordene rehacer la actuación, para que los funcionarios de la justicia ordinaria asuman el conocimiento del proceso, en atención a la naturaleza y

circunstancias del delito, a partir de la providencia por medio de la cual se declaró abierta la investigación.

Segundo cargo. Violación indirecta.

1. El sentenciador incurrió en un falso juicio de identidad al apreciar la indagatoria de Vicente Sarmiento Vargas. No dijo él, como lo dio por sentado el sentenciador, que quienes condujeron a la víctima hasta el lugar indicado fueran apenas cinco o seis soldados. De modo distinto, expresó que la patrulla estaba conformada, además, por 41 militares encargados de “cubrir” al grupo inicial. En este sentido, el fallador tergiversó esta prueba.

2. El Tribunal, adicionalmente, incurrió en un yerro de lógica. Si los procesados actuaron en la forma como lo hicieron, impelidos por el temor a una emboscada, resulta un contrasentido, frente a un ataque de esta naturaleza, que sólo dos uniformados, y no el grueso de la patrulla, le hubieran disparado a José Guillermo Bolívar.

El razonamiento del fallador no guarda correspondencia con la lógica de la guerra y las reglas de la experiencia cotidiana. En la actividad militar, por regla general, las patrullas no actúan en un solo bloque. Por prevención, conforman grupos que se movilizan, unos en dirección al objetivo, y otros, a manera de soporte, paralelamente a esa vanguardia.

Error de hecho por falso juicio de existencia.

1. El juzgador no apreció, dentro del conjunto de las pruebas, la orden suscrita por el Comandante de la Brigada N°. 2. Este documento indicaba cuál era el alcance de la misión encomendada a los soldados autores del homicidio. Sus facultades, a juzgar por el texto de este mandato, estaban circunscritas a capturar a los insurgentes, o a dispararles si presentaban resistencia. Nunca a ejecutarlos en caso de fuga, como lo dio por probado, al

margen de cualquier consideración sobre el contenido de esta prueba, el Tribunal Militar.

2. Por omitir la apreciación de la orden del Comandante de la Brigada, distorsionó también el número de los integrantes de la patrulla que actuó en el operativo. El Tribunal, sin que ello corresponda a la verdad, sostuvo que eran cinco o seis los soldados. Pero el documento echado de menos, da cuenta de que la conformaban aproximadamente 84 hombres, sin contar el pelotón de reserva que cubría toda el área de Achí.

Si hubiera apreciado el contenido del mandato militar, en lugar de eludirlo, habría concluido que, en estas circunstancias, ante la presencia de tanta vigilancia, era impensable, aun como posibilidad, que el apresado hubiese intentado huir.

3. Omitió el Tribunal valorar las fotografías tomadas al cuerpo de la víctima. Ellas revelan que a Bolívar Menco no se le disparó con un fusil Galil. Fue con un revólver y a corta distancia. Si hubiera sido con un fusil de ese calibre y esa potencia, le habría destrozado el cráneo. Pero esto no ocurrió. Al examen, pudo observarse que el proyectil no alcanzó a salir de la cabeza de la víctima.

4. Incurrió el Tribunal, por último, en un error de hecho por falso juicio de existencia por suposición de prueba. Del hecho de no haber obrado en el proceso el acta de levantamiento del cadáver y el informe de necropsia, dedujo que era imposible determinar la existencia de la muerte de una persona y la identidad e individualización de los autores del homicidio.

Sin embargo, no sólo por esta vía podía llegarse a inferir que José Guillermo Bolívar había perdido la vida y que quienes le habían causado la muerte eran los militares Sarmiento y Chavarría. La necropsia y el acta de levantamiento del cadáver, no eran necesarias para realizar estas determinaciones. Frente a la confesión de uno de los indagados, quien

reconoció haberle disparado a Bolívar Menco, la prueba técnica era irrelevante para arribar a la certeza de su autoría y su responsabilidad.

Si se hubieran apreciado estas pruebas -la indagatoria, la orden del comandante, las fotografías de la víctima y las distintas a la necropsia y al acta de levantamiento del cadáver-, la conclusión habría sido cualitativamente diversa. En lugar de absolverlos, se habría declarado la culpabilidad de los procesados.

Pide, entonces, que se case la sentencia y, en reemplazo del juicio absolutorio, se declare culpables a los sentenciados.

EL MINISTERIO PÚBLICO

El Señor Procurador Cuarto para la Casación Penal considera que los cargos formulados, por lo que a continuación se sintetizará, deben ser desestimados por la Sala:

1. El censor no se ciñe, en la formulación del reproche, a la técnica de este recurso extraordinario. La infracción de las normas que regulan la competencia, si bien se exige formularla desde la perspectiva de la causal tercera de casación -nulidad-, debe desarrollarse de acuerdo con la metodología de la causal primera.

No lo hizo así el demandante. Se limitó a expresar, sin ningún rigor, su postura acerca del motivo por el cual los militares autores del homicidio, al extralimitarse en las directrices contenidas en la orden de la Comandancia, cometieron un delito que no guarda relación con el servicio.

2. Por eso la demanda no trasciende más allá de su simple enunciado. Era deber del censor señalar, y además probarlo, si el fallador, al examinar el hecho que ofrecía la prueba constituida por la orden del superior jerárquico de los soldados, incurrió, bien en errores de hecho en las modalidades de falso juicio de identidad, de existencia o falso

raciocinio, o bien en errores de derecho por falso juicio de legalidad o de convicción, según el caso.

A esta tarea, consustancial al planteamiento de este tipo de censuras en sede de casación, no se aplicó el demandante. Su argumentación, de perfiles y contenido libres, propios de las instancias ordinarias, no fue más allá de sostener que los militares, por cuanto se extralimitaron en el cumplimiento del mandato recibido de su superior jerárquico, no dieron lugar, cuando decidieron segar la vida de Bolívar Menco, a una conducta propia del ejercicio de su función, sometida a juzgamiento por parte de la jurisdicción militar.

Segundo cargo. Violación indirecta.

Dos censuras, desde esta perspectiva, formula el impugnante:

Falso juicio de identidad.

1. El Tribunal no distorsionó la indagatoria de Vicente Sarmiento Vargas. Le dio exactamente la dimensión probatoria que aflora de su contenido.

El sindicato dijo, y del mismo modo lo asumió el sentenciador, que la patrulla militar estaba compuesta por dos compañías: la “Buitre Seis” y la “Buitre Cinco”. Refirió que él estaba al mando de la última. Pero explicó, y así mismo lo entendió el Tribunal, que él, acompañado de cinco o seis soldados, se separó del grupo y se dirigió al sitio señalado por el capturado en las afueras del caserío. Tres de ellos, situados alrededor del sitio indicado por el aprehendido, hicieron de guardias, mientras los demás se ocuparon de desenterrar el material bélico buscado.

2. Por tanto, no puede deducirse de allí que Vicente Sarmiento, el indagado, haya dicho que en el operativo participó toda la tropa y que, a pesar de ello, el Tribunal cercenó, para distorsionarle el sentido, parte de su narración. Lo que Sarmiento

expresó, y a eso se atuvo el fallador, es que él, con cinco o seis soldados más, y no con todos los integrantes de las compañías, se retiró, con el capturado, al lugar donde fueron encontrados los equipos y el revólver. Por eso no puede aceptarse que el Tribunal, respecto de esta prueba, haya incurrido en error de hecho por falso juicio de identidad. Fue fiel a su contenido y al sentido que de él se derivaba.

Falso juicio de existencia.

1. Si se examinan, integrados, los fallos de primera y segunda instancias, puede verificarse que las fotografías tomadas al cuerpo de Bolívar Menco y la constancia del Inspector de Policía, en el sentido de que el cadáver mostraba signos de haber sido atacado con revólver y no con fusil Galil, sí fueron considerados por el juzgador.

La inadecuada inspección del cuerpo de la víctima y la ausencia de necropsia, llevaron al fallador, lo que implica que sí tuvo como referente estas dos piezas del proceso, a dar por configurada la duda respecto de la responsabilidad de los procesados.

Si la prueba fue considerada, como lo demuestra lo antes dicho, el casacionista debió dirigir su ataque a probar que respecto de ella se cometió, no un error de hecho por falso juicio de existencia, sino un error de hecho por falso juicio de identidad por cercenamiento de una de sus partes o, si así lo estimaba, por falso raciocinio, en razón de que de ella el Tribunal había inferido algo absurdo e irracional.

La verdad es que ninguna de las formas del error de hecho por falso juicio de existencia se presentó al momento de analizar el acta de levantamiento del cadáver y la necropsia. El fallador, precisamente porque valoró su precariedad probatoria, concluyó, no sólo que no hubo exceso de los soldados al darle muerte a Bolívar Menco, pues sólo dos proyectiles se incrustaron en su cuerpo, sino que resultaba imposible determinar, entre el grupo de cinco o seis militares que hacían parte del operativo, cuál de ellos fue el que efectivamente disparó contra la víctima.

2. Similar situación se presenta respecto de las fotografías tomadas al cadáver. El fallador las apreció. Sólo que las consideró innecesarias para generar certeza sobre la forma como sucedieron los hechos y para individualizar a los responsables del homicidio. Por eso optó por aplicar el principio de la duda. El hecho de que la existencia física del cadáver sea un hecho palpable a simple vista, o que los disparos hayan sido de revólver y no de Galil, no constituye prueba de que los autores de la muerte de Bolívar Menco hayan sido los procesados. Prueban, sí, y únicamente el fallecimiento del sujeto pasivo de esta acción y las circunstancias temporo-espaciales en que ocurrió el hecho.

Con base en estas apreciaciones, relacionadas con la falta de fundamento de las censuras propuestas, el representante del Ministerio Público solicita no casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES

La Corte admitió la demanda porque percibió en ella los sentidos en que era dirigida. Ahora, se pronuncia de fondo sobre el recurso interpuesto. Lo hace así.

Primer cargo. Nulidad.

No prospera, porque:

1. La conducta atribuida a Vicente Sarmiento y a Orlando Chavarría, subteniente y soldado del Ejército Nacional, respectivamente, presenta los perfiles de aquella que debe ser cobijada por la jurisdicción penal militar, según el artículo 221 de la

Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo N° 2 de 1995. Así se lo explicó en detalle el Tribunal Militar al Procurador que luego impugnara en casación, a propósito del traslado que le dio del asunto en segunda instancia.

Los procesados actuaron como integrantes de un operativo militar. El cargo que se les hizo surgió de su supuesto abuso de poder o extralimitación de fines dentro de la misión militar que les había encomendado su superior jerárquico. El comportamiento a ellos imputado como delictivo, se produjo, no al margen de sus ocupaciones profesionales cotidianas, sino dentro del marco de una actividad relacionada con una de las funciones que la Constitución Política y la ley le tienen asignadas al cuerpo armado del que formaban parte.

Lo anterior significa que los dos elementos básicos exigidos para que opere la competencia de los tribunales militares -el de ser miembro activo de la institución castrense y haber realizado una conducta delictiva vinculada con el servicio-, están presentes en la acción por ellos desplegada, según la imputación que se les hiciera.

La necesidad de nexo con el servicio implica que el comportamiento objetivamente transgresor de la normatividad guarde “relación con el servicio”, lo que equivale a decir que debe ocurrir en ejercicio de las actividades a través de las cuales se realizan las finalidades propias de las fuerzas militares o de policía.

Si en el desarrollo de estas actividades propias de las fuerzas militares -defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional- o de las de la policía nacional -mantenimiento de las condiciones para el ejercicio de los derechos y libertades públicas-, uno de sus miembros incurre en una conducta definida por la ley penal como delictiva por estar ligada al servicio público que esa persona presta, debe ser juzgada por las autoridades de la jurisdicción penal militar.

Recientemente, en asunto muy similar al ahora estudiado, tras hacer el rastreo histórico, legislativo y jurisprudencial del tema, la Sala precisó:

“Si se mantiene esa correspondencia entre el servicio activo, funciones y desviación o extralimitación de ellas, se estará frente a un delito relacionado con el servicio y por tanto de competencia de los Tribunales Militares. Por el contrario, si la conducta punible no es resultado de un desvío o exceso del poder militar, o no pertenece al ámbito de las funciones castrenses, se tratará de un delito común en el que el servidor público actúa como un particular y por consiguiente, la competencia de juzgamiento corresponde a la jurisdicción ordinaria...”.

“... Las anteriores pruebas demuestran que... el procesado se encontraba en servicio activo y en desarrollo propio de sus funciones, cumpliendo dos misiones ordenadas por sus superiores, la primera, efectuar la vigilancia a una sastrería y, la segunda, tratar de ubicar a personas que tenían orden de captura...”.

“Ocurrió que el procesado encontrándose prestando vigilancia a la Sastrería en mención, se trasladó al barrio... en una de cuyas calles se encontró casualmente con... quien se desplazaba en una bicicleta y no atendió el llamado que el suboficial le hiciera en virtud de la orden de captura que pesaba en su contra. Entonces lo persiguió y le efectuó disparos, uno de los cuales le causó la muerte. Tal comportamiento ontológicamente constituye un ejercicio extralimitado y excesivo de las funciones propias del servicio, cuales eran aprehender y dejar a disposición de la autoridad competente a la persona cuya captura se había solicitado. Una orden de tal naturaleza debe cumplirse respetando los derechos constitucionales fundamentales del imputado; la extralimitación o desvío de la función es lo que hace que en el presente caso se esté frente a un delito relacionado con el servicio de competencia de los Tribunales Militares” (Sentencia de casación del 24 de julio del 2003, M. P. Marina Pulido de Barón, radicación número 16.295, criterio reiterado el 6 de agosto del mismo año, M. P. Marina Pulido de Barón, radicación

número 16.135).

2. Si la orden militar impartida a Vicente Sarmiento y a Orlando Chavarría no tenía los alcances que ellos supuestamente le dieron, de donde se deduce la extralimitación de funciones o el abuso de poder de su comportamiento, lo que determinó la competencia para investigar y juzgar la conducta a ellos imputada, fue el hecho de que probatoriamente se tenía establecido que su acto había sido producto, por derivación, del operativo a su cargo, sin que el nexo causativo próximo entre su actividad militar y su conducta se hubiera desdibujado.

Es claro, así, que la justicia penal militar sí era la competente para investigar y juzgar.

Segundo cargo. Violación indirecta.

1. El error de hecho por falso juicio de identidad, conformado por la circunstancia de que a la indagatoria de Vicente Sarmiento el fallador le suprimió uno de sus elementos constitutivos, no tiene existencia en la realidad.

Si se confronta lo que expresó el indagado, específicamente aquel fragmento de su relato en el cual el censor hace radicar el defecto, se concluye con facilidad la existencia de su exacta coincidencia con lo tomado en consideración por el sentenciador.

El señor Vicente Sarmiento, con relación al número de uniformados que tomó parte en el traslado del retenido hasta el sitio donde tenía ocultas las armas, dijo:

“... en ese momento estaba yo solo no más... el resto de la patrulla o contratraguerrilla ‘Buitre 5’ se encontraba cubriendo, pero no dispararon, porque sospechaban que de pronto era una maniobra de él para llevarnos a una emboscada. Hicieron uso de su arma por ahí unos cuatro soldados, que llevaban fusil galil, de dotación; para mí es difícil saber con exactitud cuántos disparos hizo cada uno, pero

creo que no pasaron de unos doce disparos entre todos; no sé cuál de todos los soldados sería el que dio de baja al sujeto". (Folio 62 vuelto).

El Tribunal, a su vez, en la página 10 de su sentencia, expresó:

"Aquí los militares obraron en la errada convicción de que como el particular José Guillermo Bolívar Menco, se había declarado como guerrillero y les había entregado las armas al salir huyendo éste les podía tender una emboscada y más cuando no quiso obedecer las voces de alto, no tuvieron más reacción que utilizar sus armas para no dejar huir al capturado, armas éstas que de acuerdo con el plenario no sólo utilizó el TE. Sarmiento Vargas y el soldado voluntario Chavarría Ochoa, sino los soldados que se hallaban de seguridad." (Negrillas ajenas al texto).

De la comparación de estos dos apartes, surge con claridad que el sentenciador no suprimió, respecto del punto objeto de reproche, ninguno de los elementos integradores de la indagatoria de Sarmiento Vargas.

El Tribunal no dijo que eran única y exclusivamente cinco o seis los soldados que habían concurrido al sitio donde estaban enterradas las armas. Ha expresado, además, en absoluta consonancia con el relato de Sarmiento Vargas, que eran cinco o seis, más los integrantes de la patrulla que estaba "cubriendo" ese segmento del operativo militar.

El censor es quien descontextualiza, por fragmentación, la prueba que ofrece la indagatoria de Sarmiento. El texto completo de su narración, y que fue el que tomó en consideración el Tribunal, además de aclarar que no eran sólo cinco o seis soldados los que participaron, afirma que

"hicieron uso de su arma por ahí unos cuatro soldados, que llevaban fusil galil de dotación",

por lo cual

“es difícil saber con exactitud cuántos disparos hizo cada uno”.

2. El cargo carece de soporte en la realidad procesal. El raciocinio del Tribunal, en lo que respecta con el hecho de si se produjeron o no disparos por parte de los soldados, no se corresponde, empero, con el que le atribuye el recurrente.

Es distinto y, además, acorde con las reglas comunes del pensamiento. Lo que dijo el Tribunal fue que los militares, al creer que estaban ante la inminencia de una emboscada, accionaron sus armas. No expresó el fallador, en contravía de un adecuado raciocinio, que como estaban frente a la posibilidad de una emboscada, el temor a ella los hubiera inhibido para hacer uso de sus fusiles.

Error de hecho por falso juicio de existencia.

1. Sobre la apreciación de la orden militar no se presenta el error de hecho por falso juicio de existencia por omisión de prueba. El Tribunal, en la página 6 de su sentencia, hizo alusión a la “Orden de Operaciones” que estaban cumpliendo los militares implicados en los hechos. Y más adelante, en la página 12, textualmente expuso:

“Aclarado lo anterior advierte la Sala que los militares actuaron dentro de las actividades propias relacionadas con el servicio, ya que como se desprende de la prueba estaban comisionados para capturar a cabecillas de grupos subversivos y dentro de esa labor investigativa capturaron al particular Bolívar Menco, persona señalada por los mismos habitantes y confesado por el propio que era integrante de la subversión, si en un caso dado éstos se excedieron fue en el desarrollo legítimo de su misma actividad militar”.

En consideración a las directrices contenidas en este documento, aunadas a la prueba testimonial restante, el Tribunal tuvo claro, y así lo expresó cuando se refirió al exceso de los soldados en desarrollo de la misión encomendada, cuántos efectivos habían participado en la operación y cuál era el objetivo de la misma.

2. El sentenciador no echó de menos las fotografías tomadas al cuerpo de la víctima. En las páginas 8 y 11 de su sentencia, claramente se refirió a ellas. Sólo que asumió posición frente a su valor demostrativo. Por considerarlas antitécnicas, estimó que no le aportaban elementos de convicción de suficiente entidad para declarar la responsabilidad de los inculcados.

Por ello resulta inadmisibles dar por probado, con relación a esta prueba, un error de hecho por falso juicio de existencia.

Constancia del Inspector de Policía.

En casos como el actualmente analizado, las sentencias de primera y segunda instancias, en sede de casación, son estudiadas como una unidad inescindible. Si se examinan estas dos piezas del proceso, se puede constatar que el cargo no encuentra correspondencia con el contenido pleno de estos pronunciamientos. En ambos se hizo mención a la constancia del Inspector de Policía. El juez de primer grado, en la página 3 de su sentencia, respecto de esta prueba hizo la siguiente consideración:

“En esta investigación ni siquiera contamos con un debido levantamiento de cadáver, menos con una inspección al cadáver, pues desafortunadamente el inspector de policía, no la efectuó como se debía, con todas las técnicas que ello requiere, para poder establecer el HOMICIDIO, y menos se pudo llevar al expediente el protocolo de necropsia, prueba contundente en un HOMICIDIO” (Las negrillas no corresponden al original).

Y el Tribunal Militar, en la página 8 del fallo, dijo lo siguiente:

“...si no hubo diligencia de necropsia, ausencia de ésta que obedeció a circunstancias exógenas no imputables a funcionario alguno, pues debe tenerse en claro como de la propia declaración del Inspector se desprende que le tocó entregar el cadáver a la madre del aquí occiso por orden de la guerrilla...” (Negrillas fuera del texto).

Acta de levantamiento del cadáver y diligencia de necropsia.

Con relación a esta prueba, no existe error de hecho por falso juicio de existencia por suposición de prueba, como lo señala el casacionista. Ni el juez de primera instancia ni el Tribunal, según se patentiza en los apartes transcritos, han supuesto la existencia del acta de levantamiento del cadáver y de la diligencia de necropsia. Todo lo contrario: han constatado, y sobre esa base han elaborado su juicio, que esos elementos de convicción no obran en el proceso.

Es obvio también que los sentenciadores, desde el punto de vista naturalístico, que es hacia donde apunta el reproche, tampoco han supuesto, contra las evidencias aportadas por la realidad, que no existió un finado ni que no se le produjo la muerte por arma de fuego, ni menos aún que este hecho no constituya un homicidio.

Al contrario: las sentencias de primera y segunda instancias, justamente, giran alrededor de estas comprobaciones objetivas. Pero en lo que los juzgadores han recabado, es en que no existe en el proceso, formal y técnicamente aducida, la prueba de esas constataciones. Por ello no tiene fundamento la acusación consistente en que en la sentencia se supuso la inexistencia de la diligencia de necropsia y del acta de levantamiento del cuerpo inerte.

Realmente, los documentos que prueban esos hechos, su comprobación formal, no fueron incorporados al expediente y, por esa razón, el fallador, en lugar de extraer de ellos la

prueba de la autoría del homicidio, se vio obligado a declarar su falta de certeza al respecto.

Si hubiera procedido a la inversa, es decir, si hubiera supuesto la existencia de esta prueba documental e inferido de ella unas determinadas conclusiones, luego de comprobar que ella no obraba en el expediente, en ese caso habría incurrido, sin duda, en un error de hecho por falso juicio de existencia por suposición de prueba.

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

RESUELVE

No casar la sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

HERMAN GALÁN CASTELLANOS CARLOS A. GÁLVEZ ARGOTE

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria