

Proceso No 19955

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

MAURO SOLARTE PORTILLA

Aprobado acta número 97

Bogotá, D. C., trece de septiembre de dos mil seis.

Habiendo sido derrotada la ponencia inicial, resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil contra la sentencia proferida el 22 de marzo de 2002 por el Tribunal Superior Militar, a través de la cual confirmó la absolución dictada el 5 de agosto de 2000 por el Comando de Primera División del Ejército Nacional, a favor de los soldados Edgar Fabián Tovar Flórez, Bernardo Albeiro Jiménez Jiménez, Carlos Augusto Martínez Rojas y Jorge de Jesús Restrepo Díaz, quienes fueron acusados del delito de homicidio, y del Capitán Néstor Raúl Vargas Morales, el Teniente José Miguel Velandia Mora y el Sargento Segundo Luis Eduardo García, enjuiciados por el delito de encubrimiento.

HECHOS

Fueron resumidos por la Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, así:

“El 20 de septiembre de 1993, los señores Carlos Manuel Prada González (Enrique Buendía) y Evelio Bolaños Castro (Ricardo González) miembros de la Corriente de Renovación Socialista, fueron llevados en helicóptero a la población de Blanquicet

(Antioquia) en compañía del señor Ernesto Parada, Representante de la Consejería para la Paz de la Presidencia de la República, dado que para esos días los señores Prada y Bolaños se desempeñaban como voceros del movimiento insurgente ante el Gobierno Nacional con miras a obtener la paz y el desarme en el municipio de Flor del Monte (Sucre).

“En cercanías del mismo sitio, en el cerro Filocuchillo, se hallaba destacado un grupo de militares que comandaba el SS. Germán Fandiño Sánchez, quien solicitó apoyo al comandante del Batallón de Infantería N° 31 Voltígeros, TC. Édgar Ceballos Mendoza, para evacuar al soldado Carlos Benítez Gómez, enfermo de paludismo. Como no fue posible conseguir el helicóptero para su traslado, y ante la gravedad, decidieron iniciar el descenso del cerro.

“En forma simultánea, a las 16:00 horas del día 22, la compañía al mando del Capitán Vargas Morales salió en búsqueda del soldado enfermo en tres vehículos militares. Para ello, dada la peligrosidad de la zona, pusieron en práctica tácticas a fin de evitar emboscadas. Encontrándose en ese ejercicio, observaron personas vestidas de camuflado y otras de verde que portaban armas de largo alcance y notaron que se trataba de la guerrilla, por lo cual consideraron que podrían ser blanco de ataque.

“Ante la situación, y desconociendo la verdadera razón de la presencia de los miembros de la Corriente de Renovación Socialista, desembarcaron en forma rápida y en acción envolvente se ubicaron en el poblado.

“Todos los soldados dieron cuenta de los disparos hechos por los miembros de la guerrilla y la reacción de los miembros del Ejército Nacional.

“Se presentaron las detonaciones y cuando éstas cesaron fueron hallados sin vida

Enrique Buendía y Ricardo González.”

ACTUACION PROCESAL

1. El 23 de septiembre de 1993, la Oficina de Instrucción Penal Militar abrió indagación preliminar (fs., 7 cuaderno 1), luego de lo cual decidió abrir investigación formal el 9 de diciembre siguiente (fs., 137 cuaderno 1), ordenando la vinculación al proceso mediante indagatoria de oficiales y suboficiales que participaron en la llamada “Operación Rescate” .

2. Al resolverles la situación jurídica, mediante decisión del 28 de enero de 1994, el Juzgado 21 de instrucción penal militar se abstuvo de imponerles medida de aseguramiento, (fs., 969 cuaderno 3), pero posteriormente, el 27 de mayo siguiente, el Comando de la Primera División anuló lo actuado por vulneración del derecho de defensa (fs., 1120 cuaderno 4).

3. Mediante decisión del 15 de noviembre del mismo año, volvió el Comando de Primera División, como Juez de primera instancia, a ocuparse de la situación jurídica de los procesados, y en ella dispuso la detención preventiva de los soldados investigados bajo imputación de homicidio, y de los oficiales por encubrimiento (Cuaderno 5, folios. 1594).

Apelada la decisión por el defensor del Teniente Velandia Mora, el Tribunal Superior Militar, mediante la suya del 21 de junio de 1995, revocó íntegramente esa determinación (Cuaderno. 5, folios, 1787-1802).

4. El 11 de octubre de 1996 se cerró la investigación (fs., 1852 cuaderno 5), y el 18 de octubre siguiente el Comandante de la primera División declaró que no había mérito para convocar a Consejo verbal de Guerra (cuaderno 5, folio 1855), en determinación que el Tribunal Superior Militar, al conocer del grado jurisdiccional de consulta, revocó

parcialmente el 24 de julio de 1997, al disponer que,

“por la primera instancia se profiera resolución de acusación y se convoque al correspondiente consejo verbal de guerra a fin de que se juzgue a los miembros del Ejército Nacional soldados Edgar Fabián Tovar Flórez, Albeiro Fernando Jiménez Jiménez, Carlos Augusto Martínez Rojas y Jorge de Jesús Restrepo Díaz por el delito de homicidio en exceso de legítima defensa y al Capitán Néstor Raúl Vargas Morales, al Teniente José Miguel Velandia Mora y al Sargento Segundo Luis Eduardo García por el delito de encubrimiento (Cuaderno 5, folios, 1992-2011).

Dicha orden fue cumplida mediante resolución del 31 de octubre de 1997 por el Comandante de Primera División del Ejército en su condición de Juez de Primera Instancia (Cuaderno 5, folios. 2015-2022).

5. El 6 de febrero de 1998, se admitió la demanda de constitución de parte civil presentada a través de apoderado judicial por Carmen Elisa González de Prada (fs., 2070 cuaderno 5)

6. El 1 de abril de 1998 se realizó el Consejo Verbal de Guerra y el 24 de abril siguiente el Comando de Primera División del Ejército Nacional confirmó el veredicto de no responsabilidad por unanimidad proferido por los vocales dentro del presente juzgamiento, decisión que fue apelada por el Ministerio Público y el apoderado de parte civil, dando lugar a la declaratoria de nulidad de la actuación, a partir de la resolución de convocatoria a Consejo Verbal de Guerra, por no haberse decretado las pruebas solicitadas por la parte civil, las cuales decretó. 1

7. El 25 de marzo de 1999, el Fiscal Regional de la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación 2 solicitó el proceso al Comandante de la XVII Brigada del Ejército Nacional de Carepa, Antioquia, petición que al ser negada por el Juez de Primera Instancia provocó su remisión a la Sala

Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, Corporación que el 9 de septiembre de 1999 decidió asignar la competencia a la justicia penal militar. 3

8. Definida la competencia, el Comandante de la Primera División del Ejército Nacional, en su condición de Juez de Primera Instancia, mediante resolución del 22 de diciembre de 1999, convocó a Consejo Verbal de Guerra sin intervención de vocales a los soldados Edgar Fabián Tovar Flórez, Albeiro Fernando Jiménez Jiménez, Carlos Augusto Martínez Rojas y Jorge de Jesús Restrepo Díaz por el delito de homicidio circunstanciado por exceso en la legítima defensa, y al Capitán Néstor Raúl Vargas Morales, al Teniente José Miguel Velandia Mora y al Sargento Luis Eduardo García por el delito de encubrimiento (fs., 2647 cuaderno 7).

9. Como quiera que resultó imposible la notificación personal de los soldados Tovar Flórez, Jiménez Jiménez, Martínez Rojas y Restrepo Díaz y la del Sargento García, el Juez de primera instancia los emplazó mediante decisión del 18 de febrero de 2000, los declaró ausentes y les designó defensor de oficio (fs., 2676 cuaderno 7). 4

10. El 2 de julio de 2000 se llevó a cabo el concejo verbal de guerra (fs., 2710 cuaderno 7), y el 5 de agosto siguiente culminó la instancia con fallo absolutorio a favor de los soldados voluntarios acusados del punible de homicidio y de los oficiales enjuiciados por el de encubrimiento (fs., 2917 cuaderno 7).

11. La providencia anterior fue apelada por el apoderado de la parte civil y confirmada por el Tribunal Superior Militar, mediante la suya del 22 de marzo de 2002 (fs., 3043 cuaderno 7).

DEMANDA DE CASACION

El demandante postuló tres cargos contra la decisión de segunda instancia, uno con apoyo en la causal tercera y dos con fundamento en el cuerpo segundo de la causal primera

de casación.

Causal tercera. Nulidad por falta de competencia.

A pesar de que el Consejo Superior de la Judicatura, el Tribunal de lo contencioso administrativo de Cundinamarca, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, decidieron que la jurisdicción competente para conocer de las conductas que se juzgan es la penal militar, el demandante insiste en que la duda acerca de si los voceros de la Corriente de Renovación Socialista “ejecutados en forma sumaria fueron capturados vivos o ultimados en fuego cruzado”, permite concluir que el asunto es de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, en cuyo respaldo invoca los salvamentos de voto a la providencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Se sorprende del respaldo dado a dicha decisión por la Corte Constitucional 5, contrariando a su juicio a la doctrina acerca los alcances del fuero militar, según la cual los delitos de “inusitada gravedad” que constituyen violaciones a los derechos humanos, son de competencia de la justicia ordinaria. 6

Al radicar la competencia en la justicia castrense – dice –, se vulneraron los derechos fundamentales de las víctimas, de sus familiares y del género humano, pues se desconoció la naturaleza de crimen de lesa humanidad de los episodios averiguados, que suponen la posibilidad de obtener reparación, disponer de recursos jurídicos tanto en el ámbito nacional como internacional y a la justicia que, tratándose de los tribunales militares, no fue diseñada para juzgar violaciones a los derechos humanos.

En apoyo de su tesis, transcribe apartes de la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de vulneración de los derechos humanos en Colombia por parte del sistema de justicia penal militar, a la que

caracteriza por su falta de independencia e imparcialidad, por asegurar la impunidad de los miembros de las fuerzas de seguridad acusados de graves violaciones de derechos humanos y por su ineficacia en la búsqueda de la verdad.

Invoca, de igual manera, el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 20 de febrero de 2001, Caso 11.710 - en realidad se trata del informe 063/01 7 -, abierto contra la República de Colombia, en el que se concluye que "...agentes del Estado ejecutaron extrajudicialmente a Carlos Manuel Prada González y Evelio Bolaños Castro...", a la vez que se responsabiliza al Estado Colombiano de violar la Convención Americana de Derechos Humanos.

En su criterio, concurren los supuestos para asignarle a la jurisdicción ordinaria el conocimiento del proceso, teniendo en cuenta la magnitud del homicidio investigado, que recayó sobre voceros de paz de la Corriente de Renovación Socialista. Reitera que la duda acerca de la jurisdicción competente permite afirmar que el conocimiento de este asunto por la jurisdicción castrense vicia la actuación por falta de competencia.

Finalmente, solicita que se decrete la nulidad de todo lo actuado por la Jurisdicción Penal Militar, incluido el auto del 4 de junio de 1999 mediante el cual la División Primera del Ejército Nacional se negó a reconocer competencia a la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación y ordenó la remisión del proceso al Consejo Superior de la Judicatura con el fin de que dirimiera el conflicto.

Causal Primera.

Primer cargo. Violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de identidad.

El Tribunal Superior Militar ordenó en su momento, refiere el demandante, que mediante peritos e inspección judicial se determinara si el camino más expedito para llegar a

Filocuchillo, es el que utilizaron las Fuerzas Armadas, o si podían utilizar un trayecto mas corto.

No obstante, esa prueba que hubiese permitido demostrar que la finalidad de los militares era la de sabotear el proceso de paz no se recaudó, con la excusa de que lo impedían situaciones de orden público. En su lugar, el juez de instrucción penal militar, delegado para tal efecto, resolvió con ese propósito, escuchar en declaración al Cabo Primero Wilson Díaz Meneses.

El tribunal, agrega, le concedió un alcance desmesurado al testimonio del Cabo Díaz Meneses, quien asumió que el camino utilizado por los militares era el único para llegar a Filocuchillo, pese a que otros testigos no dijeron lo mismo. Pero además, no tuvo en cuenta que esa prueba además de ser sospechosa por la relación entre el testigo y los sindicatos, no corresponde a la que fue decretada, lo cual facilitó el encubrimiento de la ejecución sumaria de las víctimas.

Con fundamento en las anteriores razones pide casar la sentencia impugnada y, en su lugar, condenar a los acusados. Subsidiariamente solicita el envío del expediente a la justicia ordinaria, y decretar la práctica de las pruebas omitidas.

Cargo segundo. Violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho por falso juicio de convicción.

El Tribunal Superior Militar, argumenta el demandante, desconoció el acta de levantamiento de los cadáveres de Carlos Manuel Prada González y Evelio Bolaños Castro realizada el 22 de septiembre de 1993 por el Inspector de Blanquicet; el protocolo de necropsia elaborado el 24 de los citados mes y año por el médico legista Guillermo León Zuluaga, y el testimonio rendido por éste; el esquema gráfico correspondiente a las lesiones encontradas en los cadáveres de las víctimas; el diagrama de las trayectorias de los proyectiles que ingresaron a sus cuerpos elaborado por la Oficina de

Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación; el estudio técnico científico adelantado el 23 de noviembre de 1993 por el Instituto de Medicina Legal, División Criminalística, Seccional Bogotá, y por la Procuraduría; y, la ampliación del dictamen rendido por el patólogo forense del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, médico Pedro Emilio Morales Martínez.

En seguida, transcribe los apartes más dicientes, sino todos, de la exposición con la que la fiscalía planteó el conflicto positivo de competencias, y reproduce parcialmente el concepto rendido por el médico Morales Martínez, a quien atribuye imparcialidad e idoneidad para colaborar en el esclarecimiento de lo acontecido, y quien en su momento expresó:

“Las características de las lesiones que presenta el cuerpo de Carlos Manuel Prada González son las habitualmente producidas por armas de baja velocidad, pero no podemos descartar totalmente que hubiera sido por un arma de alta velocidad. El diagnóstico de posición se basa en la trayectoria anatómica, pero es muy difícil decir si la persona estaba en movimiento. Las escoriaciones que el señor presentaba en la cara y el tipo y la forma del orificio de salida son consistentes con que la cara estuviera sobre una superficie firme”

Al suprimir el Tribunal de su análisis valorativo el anterior grupo de pruebas, se abstuvo de develar que los homicidios investigados,

“...fueron ejecuciones sumarias, dotadas de la más cruel sevicia y planeación previa por parte de la institución castrense, quienes sabían de la presencia de los voceros antes y después del arribo a Blanquicet y que carecen de la más mínima justificación (sic) provenga ésta del Fuero Militar o de la muerte en combate y mucho menos del exceso en la legítima defensa como se ha querido manejar”.

A la vez que niega solidez al argumento utilizado por el Tribunal para descalificar el

peritaje del doctor Pedro Emilio Morales Martínez, coetáneo a la exhumación de los cadáveres y a la ampliación por él rendida, en cuanto estimó que se excedió en sus funciones al invadir la órbita judicial al "...contener una decisión en sí mismo... por lo que la función del perito es de ayuda al funcionario y no la de imponer su criterio tratando con sus comentarios y conclusiones de sustituir al juez...", concluye que la muerte de Prada González se produjo por acción de arma de fuego de baja velocidad, cuando se encontraba en posición de quietud.

Demanda, por lo tanto, que se case la sentencia recurrida y, en su reemplazo, se profiera la de sustitución, condenando a los procesados por los cargos formulados en el pliego acusatorio, no sin dejar de insistir en la remisión del expediente a la justicia ordinaria.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal estima que los reparos formulados al fallo impugnado no son suficientes para casar la sentencia por las siguientes razones:

Cargo primero:

Previo el examen constitucional y legal de las diferentes jurisdicciones reconocidas por el Estado y de la competencia de los funcionarios para conocer de los procesos, el Ministerio Público se refiere a los mecanismos normativos diseñados para la solución de los conflictos que se suscitan alrededor de ella.

Admite la posibilidad de que la Sala de Casación Penal pueda volver sobre la competencia en torno al fuero militar, no obstante que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura lo haya hecho, siempre y cuando persista la vulneración del derecho constitucional fundamental al debido proceso, como la Sala lo asumió en el

sonado caso de “La masacre de Riofrío” 8, con base en la sentencia C 358 de 1997 de la Corte Constitucional, que declaró que todas las normas del decreto 2550 de 1998 habrían de entenderse en el sentido que la justicia penal militar sólo se aplica a los delitos cometidos en relación con el servicio.

Después de explicar que en aquella ocasión esta Sala replanteó un conflicto positivo de competencias provocado por la jurisdicción ordinaria a la castrense, debido a que los fundamentos de la sentencia de constitucionalidad anotada no pudieron ser tenidos en cuenta por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, la Delegada se ocupa de establecer si en este proceso y específicamente el 9 de septiembre de 1999, al resolver la Corporación disciplinaria la colisión positiva de competencias, sustentó la decisión en dicho precedente constitucional.

Concluye que la muerte de los negociadores de la “Corriente de Renovación Socialista” fue consecuencia de la confrontación armada que se produjo con miembros del Ejército Nacional que estaban cumpliendo la misión oficial de evacuar un soldado enfermo de paludismo que se encontraba en el cerro Filocuchillo.

En su apoyo, transcribe apartes de la decisión de la Sala Jurisdiccional, que expresó:

“Fue con ocasión del enfrentamiento lo que (sic) produjo el deceso de los voceros. Incluso si los hechos sucedieron en las circunstancias que se afirma por algunos testigos (cuando los señores Tapias Ahumada y Bolaños Castro ya habían sido capturados) no por ello se podrá afirmar que sus muertes no ocurrieron en vinculación con el servicio que estaban adscritos los sindicatos, pues se trataría de una extralimitación de poderes y funciones, de conocimiento, por ende, de la justicia especial”.

Adicionalmente se refiere a la acción de tutela ejercida por la madre de Carlos Manuel Prada González contra la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, resuelta en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y,

en segunda, por el Consejo de Estado, de cuya revisión se ocupó la Corte Constitucional mediante sentencia T 1001 de 2001, en la cual se dijo:

“Pues bien, examinadas las circunstancias fácticas que motivaron el conflicto de competencia, y evaluados los fundamentos jurídicos que expuso la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura para justificar su resolución, no encuentra la Corte que dicha autoridad haya incurrido en una vía de hecho judicial que suponga la intervención del juez constitucional para enmendar el presunto y flagrante error judicial. Para esta Sala, la decisión cuestionada en sede de tutela encuentra sustento en el principio de libre valoración judicial y, antes que comportar una actuación subjetiva, arbitraria, voluntaria y caprichosa, es en realidad el resultado de una interpretación razonable del material probatorio aportado al proceso, a su vez confrontado con las preceptivas constitucionales y los criterios jurisprudenciales que delimitan el marco de aplicación del fuero penal militar.”

A juicio de la Delegada el supuesto probatorio es diferente al de Riofrío, en cuanto en esta ocasión los episodios ocurrieron cuando los procesados desarrollaban actividades relacionadas con el servicio militar, y, concretamente, en desarrollo de la “Operación Rescate”, debidamente planeada y organizada por el Comandante del Batallón de Infantería Voltígeros, quien ordenó a la Compañía “A” de contraguerrillas de la Primera División cumplir actividades de registro, control y patrullaje motorizado en inmediaciones del cerro de Filocuchillo, donde debían entrar en contacto con la contraguerrilla “Federico” y recoger un soldado enfermo que requería evacuación urgente, pero como al aproximarse a Blanquicet, personas uniformadas provistas de armas de fuego de corto y largo alcance, al notar la presencia del Ejército Nacional emprendieron la huida y cubrieron la retirada accionando dichos artefactos, recibieron respuesta similar y se produjo la muerte de los dos miembros de la Corriente de Renovación Socialista.

Esta conclusión que para la Delegada coincide con la del Tribunal Superior Militar, encuentra respaldo en las injuradas claras y coherentes de los militares implicados; en el hecho de que Carlos Manuel Prada González y Evelio Bolaños Castro carecieran para la época de su muerte de privilegios, a pesar de su condición de voceros de la “Corriente de Renovación Socialista” en negociaciones con el Gobierno Nacional, calidad que desconocía el grupo militar integrado por los procesados y sus superiores; y, en la circunstancia de encontrarse en una zona ajena a la de distensión cuando fueron despojados de sus vidas, según lo confirmaron en sus declaraciones el Presidente de la República, el Ministro de Defensa y los negociadores delegados por éstos.

Al final, se inclina por la improsperidad de la censura.

Cargo segundo:

A juicio de la delegada, la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de identidad que atribuye el libelista al Tribunal, carece de la sustentación requerida en esta sede, porque en lugar de demostrar que el sentenciador distorsionó la declaración jurada del Cabo Primero Wilson Díaz Meneses, se dedicó a criticar a la Juez 14 de Instrucción Penal Militar por haber omitido la práctica de la inspección judicial con peritaje para la cual fue comisionada y, en su defecto, por haber recepcionado la citada prueba testimonial, sin autorización del comitente, planteamientos estos cuya contradicción y mutua exclusión revela la ausencia de técnica en la fundamentación de la censura y entraba su éxito.

Refuta al casacionista en cuanto considera que la señalada actividad probatoria de la jueza comisionada obedeció al desbordamiento de sus funciones, como quiera que no se ciñó al artículo 88 del Código de Procedimiento Penal que regula la forma como deben cumplirse las comisiones, aplicable por la ausencia de este tema en el Código Penal Militar de la época (Decreto 2550 de 1998), y considera que en realidad dicha funcionaria

se limitó a superar razonablemente la imposibilidad física que se le presentó al pretender inspeccionar con la anuencia de peritos el sitio denominado Filocuchillo por estar alejado de su sede en Santa Marta y estar ubicado en zona de orden público alterado y de alto riesgo.

Concluye que en las condiciones antes enunciadas el cargo resulta inabordable.

Cargo Tercero:

En su criterio carece de fundamento el reproche que el actor formula como consecuencia de un error de derecho por falso juicio de convicción, consistente en la errónea apreciación de diversas pruebas de orden técnico, al haberles negado el juzgador la trascendencia probatoria que tienen para en su lugar otorgársela al concepto rendido por el médico Guillermo Zuluaga, dejando de esa manera en la impunidad el crimen averiguado.

El ataque a la credibilidad asignada por el Tribunal a dicha prueba, no está incluida entre las posibilidades para proponer el mencionado cargo por cuanto el régimen procesal penal “no cuenta con regla legal alguna que permita realizar el proceso de comparación entre las valoraciones del juzgador y el derecho positivo aplicable”; tan solo el artículo 238 del Código de Procedimiento Penal prevé un margen de discrecionalidad al disponer que las pruebas deben ser apreciadas en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin establecer tarifa probatoria alguna, aunque con la exigencia de la exposición razonada del mérito que le asigne a cada prueba el juez.

Si el recurrente pretendía demostrar que las cuestionadas pruebas tenían la fuerza suficiente para sustentar en ellas la responsabilidad penal de los acusados por los delitos investigados, debió emprender el ataque por el error de hecho por falso juicio de identidad.

Estima que las pruebas con base en las cuales la Fiscalía solicitó la competencia “fueron desvirtuadas oportunamente con la participación de los distintos sujetos procesales incluso ajenos a las fuerzas militares y a los propios sindicatos”. Luego no es atendible la tesis según la cual los insurgentes fallecidos fueron ejecutados extrajudicialmente, sostenida con base en los testimonios de Luis Enrique Nisperuza, Vianor Vásquez y Luz Ester Díaz Díaz, que de infundir credibilidad no hubieran sido desestimadas por la Corte Constitucional.

Atribuyó ponderación y seriedad al análisis probatorio realizado por el Tribunal de todo el material recaudado y compartió la descalificación que hizo de la ampliación del dictamen emitido por el médico legista Emilio Morales Martínez en cuanto a través de él pretendió imponer su criterio sobre el del juez en claro desconocimiento de la función netamente orientadora que le corresponde.

Expresó acuerdo con las inferencias extraídas por el tribunal del protocolo de necropsia suscrito por el médico legista Morales Martínez, en cuanto solamente pudo establecer con certeza la existencia de lesiones en la piel de los occisos debido al estado de descomposición en que los encontró, suficientes para conceptuar únicamente sobre el carácter mortal de los daños producidos con arma de fuego, cuyas conclusiones fueron avaladas por el Ministerio Público y por el doctor Guillermo Zuluaga.

Al recomendar la desestimación del cargo, enseña la dificultad que se presenta para establecer si cuando Carlos Manuel Prada González fue agredido estaba en movimiento o no, si los atacantes utilizaron armas de fuego de largo o corto alcance, y si las víctimas presentaban o no tatuajes debido a que los cuerpos fueron transportados en una volqueta con gravilla, lo cual pudo contribuir al incremento de las lesiones inicialmente causadas.

Además, considera que el descubrimiento de nuevas lesiones en el curso de la exhumación

de los cadáveres, derrumbaron la tesis de la parte civil de la configuración de homicidio agravado por haber actuado los agentes delictuales con sevicia y por haber sido atacadas las víctimas en absoluto estado de indefensión.

En conclusión, solicita a la Sala no casar el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE :

Primer cargo: Nulidad por falta de competencia de la jurisdicción penal militar.

La Corte ha venido insistiendo en que luego de admitida la demanda, los defectos de técnica deben superarse con el objeto de imponer los fines de la casación sobre las formas. Sin embargo, sin desconocer esa dirección, conviene señalar que tratándose de discutir la competencia de distintos funcionarios judiciales, y sin que la causal tercera requiera de gran despliegue de técnica, sí es necesario que de manera específica se indique si la falta de competencia surge como consecuencia de la infracción directa o indirecta de las normas que regulan esa materia.⁹

En ese orden de ideas, la opción que el demandante escogió parece ser la última (la infracción indirecta), pues no en vano asume que existe duda acerca de cuál jurisdicción es la competente en razón de no haberse precisado suficientemente si los miembros de la Corriente de Renovación Socialista fueron ultimados fuera de combate y de exaltar la gravedad de ese hecho en el marco de un discurso en el que no faltan importantes alusiones a los organismos Internacionales de derechos humanos y a la necesidad de lograr verdad, justicia y reparación.

Sea lo primero decir, como ya la Corte lo expresó con ocasión de la Masacre de Riofrío, que la realización del principio del juez natural como manifestación del debido proceso, no impide que la Sala se ocupe de asuntos como el de la definición de competencias, pese a que Organismos Jurisdiccionales del mas elevado nivel, en ejercicio de postulados

constitucionales, lo hayan hecho al interior del proceso (artículos 256, numeral 6° de la Constitución Política y 112, numeral 2° de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia). Desde luego que no en todos los casos, sino en aquellos en que después de las definiciones por parte del juez constitucional, hechos o pruebas nuevas que no fueron apreciadas por los organismos competentes, indiquen que la adjudicación de competencia ha debido ser distinta.

Así lo señaló la Sala en aquella ocasión en los siguientes términos:

“para la Corte no hay temas vedados dentro del juicio de casación, de modo que de su conocimiento no pueden excluirse a priori asuntos, por haber sido resueltos por otras autoridades con vocación de permanencia procesal. Específicamente no puede afirmarse que la definición de un conflicto de competencias por la autoridad a la que la Constitución o la Ley le haya asignado esa atribución, sea un tema intocable en juicio de casación por constituirse tal pronunciamiento en “ley del proceso”, pues en ese caso habría que reconocer dos situaciones: Una, que el juicio de casación no es comprensivo de manera absoluta, sino solo relativa, dando lugar a otra clase de acciones extraordinarias encaminadas a la reparación de agravios fundamentales; y, dos, el concepto de “ley del proceso” estaría por fuera del ordenamiento jurídico, pues no podría abordarse por la autoridad que tiene tal función dentro de la sede que justamente verifica que no haya sido violentado, esto es, reconocerle a aquél supremacía sobre la Constitución y la Ley.”

Eso en principio, pues más adelante expresó:

“De esa manera y, conforme a la advertencia del antecedente jurisprudencial, la definición de competencia es acatable sólo en “cuanto no surjan hechos nuevos que la modifiquen” pues, resulta evidente, que tanto esa que es tenida por “ley del proceso”, como cualquiera otra, únicamente es aplicable a los hechos que puedan enmarcarse dentro de ella. De modo que si las condiciones fácticas o jurídicas cambian y de ellas

surge la variación de competencia, su traslado al órgano correspondiente es ineludible so pena de afectar el principio constitucional del juez natural.” 10 (resaltado fuera de texto)

El hecho de que en procesos tan sensibles – como en todos –, la Corte acepte la posibilidad de revisar la definición de competencias realizada por las autoridades constitucionalmente encargadas de hacerlo, debido a hechos o pruebas posteriores que desvirtúan la decisión, no significa en sede de casación cosa distinta que aceptar la infracción indirecta de disposiciones normativas que definen el juez natural, como consecuencia de errores de hecho por falsos juicios de existencia que surgen de la dialéctica del proceso.

Así, por lo demás, resultan compatibles los fines de la casación con el respeto a las competencias constitucionales, que son también, sin duda, una manifestación del juez natural, de la independencia y autonomía judiciales y del debido proceso.

Véase:

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura al resolver mayoritariamente la colisión positiva de competencias suscitada entre la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación y el Comandante de la División Primera del Ejército Nacional, Juez penal militar de Primera Instancia, en providencia del 9 de septiembre de 1999 11, asignó el conocimiento a la justicia penal militar con los siguientes argumentos:

“También hay constancia de que se encontraban en cumplimiento de funciones inherentes a su condición de miembros del Ejército Nacional, puesto que efectuaban una misión oficial a lo largo de la vía Carepa, Chigorodó, Barranquillita hasta Blanquicet,”

Y, concluye sobre esa temática:

“según se ha visto, los sindicatos vinculados a la investigación penal por el delito de homicidio se encontraban en una misión oficial que tenía como finalidad la evacuación de un soldado enfermo de paludismo del cerro Filocuchillo a las instalaciones del Batallón Voltígeros, y que al presentarse una confrontación con el grupo subversivo presente en la zona resultaron muertos Tapias Ahumada y Bolaños Castro.

“El requisito que exige la sentencia C 358 de 1997 al precisar el ámbito del fuero militar, es decir, que la relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso, se encuentra acreditado. Incluso si los hechos sucedieron en las circunstancias que se afirman por algunos de los testigos (cuando los señores Tapias Ahumada y Bolaños Castro ya habían sido capturados) no por ello se podrá afirmar que sus muertes no ocurrieron en vinculación con el servicio a que estaban adscritos los sindicatos, pues se trataría de una extralimitación de poderes y funciones, de conocimiento, por ende, de la justicia especial.” 12

Si como se ha explicado, tienen que ser hechos o pruebas nuevas las que modifiquen sustancialmente los presupuestos de la decisión de la autoridad competente que definió el conflicto, entonces la Sala carece de esos argumentos, pues luego del 7 de septiembre de 1999, que fue cuando se decidió el conflicto, ninguna otra prueba diferente se aloja en el expediente, de modo que la duda que menciona el demandante como condición sine qua non para adscribirle el conocimiento del proceso a la jurisdicción ordinaria no logra demostrarla, máxime si el punto de partida de la Jurisdicción Disciplinaria no es otro que el trazado por la Corte Constitucional, según el cual,

“es obvio que nunca un acto del servicio puede ser delictivo, razón por la cual una conducta propia del servicio no amerita jamás castigo. Por ello, la justicia castrense no conoce de la realización de “actos del servicio”, sino de delitos “en relación” con el

servicio”. 13

O como mayoritariamente lo ha dicho la Sala, descontados los delitos de tortura, genocidio y desaparición forzada,

“No es el contenido del injusto, ni la severidad del reproche que pueda formularse lo que sirve como factor para determinar el juez natural de un delito cometido por miembros de la fuerza pública en servicio activo; sino, con independencia de aquello, el fuero se colige cuando las circunstancias de tiempo, modo y lugar que gravitan en la comisión del punible, permitan concluir racionalmente que dicha conducta tiene relación fáctica con el servicio que corresponde prestar a esa fuerza”. 14

El fuero se configura por la ecuación hecho - servicio, que en su momento la instancia judicial competente estableció y la que ahora el censor cuestiona a partir de suponer, en el giro de una afirmación indefinida, que el propósito de los militares era el de sabotear el proceso de paz con la Corriente de Renovación Socialista. Ese supuesto que se menciona, precisamente es el que definieron las autoridades jurisdiccionales, descartando ese tipo de juicios, sin que ello signifique, como hay que aclararlo, que ese supuesto pueda ser a la vez el fundamento de la justificación del comportamiento, pues hasta allá no llega la potestad del juez que define la competencia.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

Casación Oficiosa

Se debería estudiar de fondo los otros cargos, pero aparte de que son en si mismo inabordables por los motivos a que alude el Ministerio Público, la Sala no lo hará dado que encuentra vicios de estructura que afectan el debido proceso penal.

- (i) Del programa penal de la Constitución se extrae que el proceso penal, a la vez

que límite al poder punitivo del Estado, es un método dialéctico que busca el respeto por las garantías y derechos de quienes en él intervienen, la aproximación a la verdad y la aplicación del derecho sustancial (bloque de constitucionalidad).¹⁵ De otra manera, bien puede decirse con Maier ¹⁶, que el debido proceso es un derecho de realización, pues en él se verifica, determina y realiza la pretensión penal en el contexto de las garantías constitucionales, de modo tal que puede decirse que es el mismo derecho constitucional en acción.

(ii) De otra parte, como método, entre estructuras formales y conceptuales, el proceso penal se edifica como un conjunto de actos que dan inicio a otros. Es decir, el proceso corresponde a una unidad de estructuras formales que “guardan relación con el conjunto de actos que lo integran como unidad dentro del marco de una secuencia lógica jurídica”, y de estructuras conceptuales relacionadas con “la definición progresiva y vinculante de su objeto.” 17

En ese orden de ideas, por razón de la estructura formal del proceso, la secuencia de los actos que lo conforman enseña que la resolución de acusación o su equivalente (en este caso la convocatoria a concejo verbal de guerra, según el decreto 2550 de 1988, vigente para la época de los hechos) es presupuesto sine qua non del juicio y por ende de la sentencia; y desde el punto de vista de la estructura conceptual, la acusación es el acto condición en el que se determinan y fijan los ámbitos personal, material y jurídico sobre los que habrá de versar el juicio y sobre los que descansa el marco de referencia para la realización de la necesaria congruencia entre la acusación y el fallo de mérito.

Por esas razones, como expresión del debido proceso, la resolución de acusación debe ser motivada tanto en lo fáctico como en lo jurídico, de manera que no quede duda del sentido de la conducta que se imputa al procesado y de sus circunstancias, tanto agravantes como atenuantes de la punibilidad, que emergen de la apreciación de las

pruebas válidamente allegadas al proceso. No por otras razones, el artículo 657 del decreto 2550 de 1998, por el que se rige el presente asunto, disponía, para ese momento, que la resolución de convocatoria a consejo verbal de guerra debería contener:

“1. La narración sucinta de los hechos.

“2. Identidad de los procesados.

“3. Breve análisis de las pruebas que establezcan el hecho punible y las que sirvan de fundamento de la imputación al procesado.

“4. La calificación jurídica provisional, señalando el capítulo del título respectivo de la ley penal correspondiente.

“Designación del Presidente, fiscal, asesor jurídico y secretario del concejo verbal de guerra, quienes tomarán posesión ante el juez de primera instancia.” (resaltado fuera de texto)

Es claro que los numerales 3 y 4 exigen un indispensable nivel de argumentación acerca de la manera cómo ocurrieron los hechos y cómo surge la imputación, con el objeto de que la resolución de acusación sea expresa, clara, coherente y respaldada probatoriamente, y no ambigua, contradictoria o inmotivada, sofística o aparente, pues cuando esto último ocurre, esos vicios le impiden al juzgador materialmente decidir de fondo, a menos que suponga la acusación o la infiera con el objeto de superar la falta de motivación o la motivación ambigua o contradictoria, cuando no la aparente o sofística, siempre a riesgo de convertirse al tiempo en acusador y juzgador.

(iii) Para precaver dichas eventualidades, que enervan la aproximación a la verdad y la aplicación del derecho sustancial, se acepta la declaración de nulidad del acto condición como remedio extremo,

“a. Cuando carece totalmente de motivación, por omitirse las razones de orden fáctico y jurídico que la sustentan.

“b, Cuando la fundamentación es incompleta, esto es, el análisis que contiene cualesquiera de éstos dos aspectos es deficiente, al punto que no permite su determinación

“c. Cuando la argumentación resulta dilógica o ambivalente, es decir, se sustenta en argumentaciones contradictorias o excluyentes que impiden conocer su verdadero sentido.” 18

Debe agregarse la motivación aparente o sofística, es decir, aquella que surge a consecuencia de una valoración incompleta de la prueba que permite construir una realidad diferente a la ocurrida y mediante la cual se llega a conclusiones abiertamente equívocas. 19

(iv) Ha dicho la Corte, como se acaba de indicar, que la providencia carece de motivación cuando se omiten las razones de orden fáctico y jurídico que la sustentan. En ese sentido, una circunstancia vinculada con el exceso en la legítima defensa – aun cuando ciertamente la providencia no lo hace, pero habría que inferirlo de ella, como única manera de entender la imputación circunstanciada –, no era dable ni siquiera suponerla a partir de la mera relación entre el hecho investigado y el servicio para cubrir el comportamiento como un supuesto de error privilegiado. 20 No, para cumplir el indispensable requisito de la motivación era necesario, como lo impone el debido proceso, explicar fáctica y jurídicamente las razones por las cuales a partir de la apreciación de las pruebas se podía concluir que los militares actuaron bajo el marco de la legítima defensa, primero, y por qué luego se excedieron en ella, pues “para poder hablar de exceso resulta indispensable que el sujeto activo se encuentre en determinado momento dentro de los límites propios de la justificante que se alega.” 21

(v) En la providencia mediante la cual se convocó a Consejo verbal de Guerra (resolución del 22 de diciembre de 1999), luego de hacer un relato de los hechos, de referir los medios de prueba, sin ningún análisis, y de destacar que en las injuradas “todos coinciden en afirmar que al llegar al caserío tan pronto advirtieron la presencia de la guerrilla reaccionaron realizando una acción envolvente que terminó con la baja de los dos insurgentes”, se concluye calificando jurídica y provisionalmente la conducta en los siguientes términos:

“A los soldados voluntarios Tovar Flórez Edgar Fabián, Jiménez Jiménez Albeiro Fernando, Martínez Rojas Carlos Augusto y Restrepo Díaz Jorge de Jesús, se les imputa la muerte de los particulares Enrique Buendía, de nombre verdadero Evelio Bolaño Castro y Ricardo Prada, de nombre verdadero Genilberto Tapias Ahumada o Carlos Prada González, ocurrida en enfrentamiento armado entre tropas del Ejército y Subversión de la llamada Corriente de Renovación Socialista, perteneciendo los occisos al grupo guerrillero. Y si bien se admite que con respecto a éstos sindicatos concurre la justificante de la legítima defensa, se considera que hubo exceso en la misma.

“Así los soldados mencionados serán llamados a responder en Concejo de Guerra por el punible previsto en el Título XII, Capítulo I, Libro segundo del código penal.

Como se comprende – lo cual demuestra la falta de motivación de la acusación –, ni las mas mínima referencia se hace a los requisitos que justifican el comportamiento ni a los excesos, ni menos se evalúan esas posibilidades desde la perspectiva del análisis probatorio. De esa manera se impide proveer de fondo, pues de casar la sentencia la Corte tendría, por respeto al principio de congruencia, que condenar por esos comportamientos, pero en todo caso y siempre, reconociendo un exceso sobre una justificante cuya explicación no se sustenta ni fáctica ni jurídicamente, en perjuicio de la aproximación a la verdad y de la recta aplicación del derecho sustancial como componentes de la categoría omnicomprensiva del debido proceso.

(vi) Que quede claro que lo que conduce a la nulidad de la actuación no es una falsa motivación, sino la ausencia total de la misma, que es patente, ostensible y paradigmática de un decisionismo judicial que maximiza el poder y minimiza el saber judicial, al no condicionar la validez de las decisiones a la verdad empírica y controlable de las motivaciones. 22 Por eso, como corresponde a la modalidad de nulidad anunciada, la Corte no analizará el tema probatorio, dado que lo que se trata es de indicar la ausencia total de motivación, que es palmaria, como contradictoria lo es la decisión del tribunal Superior que le impuso por vía de autoridad esa decisión al juez de instancia.

En efecto, al revisar por vía de consulta la cesación de procedimiento, contradictoriamente el Tribunal señaló:

“Ahora bien, en cuanto a las circunstancias de cómo se produjeron los impactos en la humanidad de los dos guerrilleros, la sala comparte parcialmente la descripción que se hace en el informe rendido por los peritos legistas y específicamente y en relación con el mismo Antonio Evelio Bolaño o Enrique Buendía y en cuanto a los diferentes momentos en que en su huída recibió los tres primeros impactos, antebrazo izquierdo, región supraescapular derecha y región lumbar, hasta cuando algunos militares llegaron y le propinaron el disparo de la base del cuello que resultó mortal y en el maxilar, cuando ya el guerrillero seguramente había cesado en el ataque, quedando seguramente en el piso el arma que portaba y por lo tanto, había desaparecido la agresión actual y violenta, pues Bolaño Buendía no era capaz de agredir, dadas las lesiones que tenía y bajo esa condición se prolongó la acción defensiva de los militares, sin que mediara la necesidad de hacerlo, situación que a no dudarlo se constituye en un exceso defensivo...” (se resalta) 23

Sin ninguna duda, consideró el tribunal Superior Militar que la causal de justificación no se estructuraba (la actualidad de una agresión injusta que se responde proporcionalmente como único medio para salvar un bien jurídico), y luego de

descartar esa hipótesis, construyó a partir de ese supuesto el exceso sobre la misma, lo cual demuestra que la providencia se sustenta en argumentaciones contradictorias o excluyentes que impiden desentrañar su verdadero sentido, convirtiendo la acusación en una pieza simbólica que cierra el debate y que obliga al juez a consentir una decisión con base en presupuestos nunca bien explicados.

En suma, como consecuencia de una doble infracción al principio de motivación, si es que de considerar en éste caso la convocatoria a consejo verbal de guerra como un acto complejo se trata, la misma deviene nula por infracción al principio de motivación que es elemento esencial del debido proceso, pues

“...si la sentencia (la acusación se dirá ahora) carece absolutamente de motivación sobre un elemento del delito, la responsabilidad del acusado, o en relación con una específica circunstancia de agravación, o la individualización de la pena, o no empece tener motivación la misma es ambigua o contradictoria, o se fundamenta en supuestos fácticos o racionales inexistentes, y en tal medida las consideraciones del juzgador no podrían ser fundamento legal y razonable de la decisión contenida en la parte resolutive, la nulidad se erige como la única vía plausible de solución”. 24

En efecto, la decisión carece de motivación, al no explicar ni siquiera tangencialmente las razones que llevaron al juzgador a considerar que se estructuraba una causa de justificación y un exceso sobre la misma, lo cual era esencial como condición de legitimidad de la decisión judicial posterior.

(vii) Ni que decir del cargo que por encubrimiento se les imputó a los oficiales, pues la única referencia, el único párrafo y la única mención acerca de la imputación del delito de encubrimiento no es otra que la que se advierte en el acápite de la “calificación jurídica provisional, según el cual

“Con relación al Capitán Vargas Morales Néstor Raúl, al Teniente Velandia Mora José Miguel y al sargento segundo García Luis Eduardo por el delito de encubrimiento, de que trata el Título XI, Capítulo IV del Libro Primero, sección segunda del Código Penal Militar.”

No existe ninguna otra mención que no sea esa y resulta extraño que como consecuencia de un operativo en el cual las órdenes corresponden al principio de jerarquía que es inherente a la institución militar, no se haya analizado el comportamiento en unidad y como consecuencia dejado de considerar que las conductas de homicidio pueden corresponder a la acción, pero también a la omisión de los que en ella intervienen.

(viii) La Sala no tiene otra opción que decretar la invalidez de lo actuado a partir de la resolución que decretó el cierre de la investigación, con el fin de incluir en la declaratoria de nulidad la providencia del Tribunal Superior Militar, de fecha 24 de julio de 1997, mediante la cual conoció del grado jurisdiccional de consulta y en la cual impuso al inferior una calificación simbólica, contradictoria e inmotivada que impide pronunciarse de mérito.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E :

CASAR de oficio la sentencia impugnada.

En consecuencia, decretar la nulidad de la actuación a partir del auto del 11 de octubre de 1996, mediante el cual la Primera División del Ejército Nacional (Juez de Primera Instancia), Comando de Santa Marta, dispuso el cierre del ciclo instructivo

25, dejando a salvo las pruebas practicadas con posterioridad a esa actuación.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen

MAURO SOLARTE PORTILLA

SIGIFREDO ESPINOSA PEREZ ALFREDO GOMEZ QUINTERO

Permiso

ALVARO O PEREZ PINZON MARINA PULIDO
 DE BARON

Salvamento parcial de voto

JORGE QUINTERO MILANES YESID RAMIREZ BASTIDAS

Aclaración de voto

JULIO SOCHA SALAMANCA JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria

ACLARACIÓN DE VOTO

A pesar que el proyecto presentado fue derrotado, al observar que la decisión mayoritaria es igual a la presentada por mí en cuanto a la existencia de una nulidad, respetuosamente expreso mi discrepancia en cuanto a la causal invocada por la Sala,

pues estoy convencido que el primer cargo formulado por el demandante a la sentencia impugnada, al amparo de la causal tercera de casación, consistente en la existencia de nulidad por falta de competencia de la jurisdicción penal militar, ha debido ser acogido.

Sigo sosteniendo las razones fácticas y jurídicas consignadas en el citado proyecto:

1. El Tribunal Superior Militar al dictar la sentencia de segunda instancia decidió retener la competencia funcional con los siguientes argumentos:

1.1. El carácter definitivo de la decisión de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura al dirimir el conflicto positivo de competencias antes mencionado y asignar el conocimiento a la jurisdicción castrense, derivado de la naturaleza de ley del proceso de dicha providencia.

1.2. La declaración autónoma de la Corte Constitucional -en providencia T-1001 de 2001 de la cual hizo una amplia transcripción- de la ausencia de configuración de vía de hecho judicial al determinar el Consejo la competencia de este asunto en la justicia penal militar, por considerar que los hechos dados a conocer a través de la demanda de tutela y las pruebas obrantes en el plenario indican que los homicidios investigados se desarrollaron en cumplimiento de una misión militar debidamente planeada y organizada por el Ejército Nacional, providencia que junto a Sentencia SU-1184 del mismo año, conforman precedente judicial de ineludible cumplimiento.

1.3. La imposibilidad de reabrir el debate sobre la competencia ante la inexistencia de prueba nueva con posterioridad a los pronunciamientos acabados de mencionar, con capacidad suficiente para modificar el acontecer fáctico y jurídico estimado en ellos.

1.4. La legalidad de la actuación cumplida por los militares al atardecer de autos

como quiera que correspondió a la operación previamente diseñada y a la reconocida presencia de grupos disidentes en la mencionada área, inferida, además, del uso de armas de fuego de largo y corto alcance por los aproximadamente 30 guerrilleros que emprendieron la huida ante la sorpresiva presencia del Ejército Nacional cuyos miembros repelieron el ataque en igual forma en defensa de la soberanía y del orden constitucional, conforme al artículo 217 de la Carta Política.

1.5. La demostración de que los miembros de la Fuerza Pública en ningún momento desplegaron un comportamiento ab-initio criminal según permite deducirlo el desconocimiento, de su parte, de los planes pactados entre la Corriente de Renovación Socialista y el Gobierno Nacional para la desmovilización de dicha facción que en ningún momento incluyó desmilitarización de Blanquicet ni el otorgamiento de privilegios a los voceros Carlos Manuel Prada González y Evelio Antonio Bolaños Castro, según lo confirmaron el Presidente de la República, el Ministro de Defensa y los voceros del Gobierno de la época.

1.6. Llama la atención sobre la refutación a dicha tesis ofrecida por los testigos Luz Ester Díaz, su compañero Bianor Enrique Vásquez Cabrera y Luis Enrique Nisperuza Hernández, cuya credibilidad pone en entredicho por ser uno de ellos guerrillero, vivir todos en área de influencia subversiva y ser sus manifestaciones inconsistentes, según apreciación en la cual también encuentra coincidencia con el juzgador de primera instancia.

1.7. Descalifica los diferentes dictámenes rendidos por el patólogo forense Pedro Emilio Morales Martínez al pretender a través de ellos imponer su criterio al juez y por las siguientes razones: por no haber coincidido con las apreciaciones del médico legista Zuluaga quien al elaborar el protocolo de necropsia de Enrique Buendía registró destrucción del corazón y ambos pulmones, suficiente para dejarlo en estado agónico y sin generar la necesidad en los militares de hacerle otros dos disparos en la base del

cuello, según hallazgo del patólogo, extrañamente omitido por el médico nombrado, de donde emerge una duda insalvable acerca del momento en el cual efectivamente recibió esos disparos; además, por afirmar que la fractura del occipital la causó:

“...el proyectil que ingresó a la bóveda craneana por la fosa anterior en el área del clivus, (sic) corresponde al efecto de la energía cinética del proyectil pero no al túnel de la lesión propiamente dicho, siendo una característica de las heridas producidas por proyectiles de alta velocidad, lo cual genera también dudas en cuanto se ha especulado sobre que estos supuestos disparos se efectuaron con armas de baja velocidad e inclusive con las mismas que portaban los voceros de la corriente.”

Otro de los argumentos es del siguiente tenor:

“Posteriormente el perito manifiesta a uno de los interrogantes del Tribunal, en el sentido de que si CARLOS PRADA GONZÁLEZ pudo recibir la herida en movimiento o en posición diferente a como la relaciona el Instituto de Medicina Legal y pudo ser con arma larga o arma corta; contestando que las características de las lesiones que presentaba el cuerpo de CARLOS PRADA GONZÁLEZ son las que habitualmente producen las armas de baja velocidad, pero que no se podría descartar totalmente que hubiera sido con arma de alta velocidad, así mismo que era difícil decir si la persona estaba en movimiento, estas afirmaciones indudablemente carecen de certeza y son dubitativas ya que dejan iguales opciones para una u otra circunstancia” (Énfasis agregado).

1.8. Le resta importancia a las diferencias establecidas por el patólogo entre la bandeleta de contusión y el tatuaje debido a que el médico legista Zuluaga nunca mencionó éste último al registrar los hallazgos producto de la necropsia, quien a su vez aclaró que la alusión a dicho término fue insinuada por los miembros de la Procuraduría que lo interrogaron, así como a la apreciación del patólogo de gránulos de pólvora

alrededor del túnel de una de las lesiones en cuanto se limitó a señalar una compatibilidad con dichas partículas ante la imposibilidad de establecer la existencia cierta de ellas, opinión que le abre el camino a la tesis de la defensa sobre la manipulación de los cadáveres y de la contaminación con los materiales existentes en la volqueta en la cual fueron trasladados.

1.9. También critica la “congestión hemorrágica” detectada en el curso de la exhumación del cadáver de Carlos Prada González por el doctor Pedro Emilio Morales en “...la cara izquierda...”, en razón de que el tiempo transcurrido entre el deceso y la citada diligencia impide el descubrimiento tardío de este tipo de evidencias, según explicación del mismo perito, con lo cual incluyó otro motivo de duda.

1.10. Demerita el descubrimiento de nuevas lesiones en la mejilla en el curso de las exhumaciones por considerar que las reveladas por las fotografías tomadas a los cadáveres (folios 1162 y 1163),

“...no parece corresponder a un orificio de salida de un proyectil sino a una excoriación, dado que de haber sido producida por proyectil, se observarían los bordes de la piel hacia fuera y lo más significativo de todo y que podría acercarnos a la verdad de los acontecimientos es la comparación de las fotografías que obran a los folios 188 y 189, observemos que en la panorámica del orificio de entrada 4.1 (fl. 188) y la trayectoria de la pinza que señala el túnel de lesión del citado proyectil, el orificio de entrada se encuentra a 22 centímetros del vértice y a 4 centímetros de la línea media submaxilar derecha y al observar las fotografías que obran en el folio 1163 tomadas a escaso tiempo de haberse producido la muerte, se observa con claridad esta zona a pesar de encontrarse la camiseta enrollada en la zona del cuello y es evidente que no aparece en el mencionado ninguna herida o huella de violencia, por lo que no es descabellado pensar que estas dos heridas se produjeron post mortem y después de la necropsia, pues repetimos, difícilmente se le podría escapar al médico que efectuó esta primera diligencia...”

Con fundamento en las precedentes consideraciones el Tribunal descarta la configuración de un delito de “lesa humanidad”, así como una “ejecución extrajudicial” y concluye la consumación de los homicidios investigados en desarrollo de un combate entre las fuerzas militares legítimas y las subversivas.

2. La competencia, fundada en este caso en el factor subjetivo o personal, y en el funcional, como elemento integrante del derecho fundamental de primera generación al debido proceso público (artículo 29 de la Constitución Política), de no respetarse conlleva a la nulidad por vulneración a la garantía de juez natural cuyo linaje constitucional e internacional público es innegable.

1. La Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad del Código Penal Militar, a la luz de la nueva Carta Política sobre el fuero militar, señaló:

“La jurisdicción penal militar constituye una excepción constitucional a la regla del juez natural general. Por ende, su ámbito debe ser interpretado de manera restrictiva, tal como lo precisa la Carta Política al establecer en su artículo 221 que la justicia penal militar conocerá “de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio”. Conforme a la interpretación restrictiva que se impone en este campo, un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor —es decir del servicio— que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la Fuerza Pública. Esta definición implica las siguientes precisiones acerca del ámbito del fuero penal militar:

a. que para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir

un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Por el contrario, si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y el hecho punible del actor. En efecto, en tales eventos no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron ab initio criminales.

a. que el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad. En estas circunstancias, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública. Al respecto es importante mencionar que esta Corporación ya ha señalado que las conductas constitutivas de los delitos de lesa humanidad son manifiestamente contrarias a la dignidad humana y a los derechos de la persona, por lo cual no guardan ninguna conexidad con la función constitucional de la Fuerza Pública, hasta el punto de que una orden de cometer un hecho de esa naturaleza no merece ninguna obediencia.

(...)

a. que la relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso. Puesto que la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse. Ello significa que en las situaciones en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer en favor de la jurisdicción ordinaria, en razón de que no se pudo demostrar plenamente que se configuraba la excepción”²⁶ (Énfasis adicional).

4. La inmutabilidad de la decisión de un conflicto de competencia por ser ley del proceso es un principio relativo porque admite tres excepciones:

4.1. Desde antaño la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que la decisión emanada del organismo designado por el ordenamiento jurídico para desatar los conflictos de competencia suscitados entre autoridades de distinta jurisdicción, y específicamente la proveniente de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura cuando se presentan entre la jurisdicción ordinaria y la penal militar, según lo prevén los artículos 256, numeral 6° de la [Constitución Política](#) y 112, numeral 2° de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, tiene el carácter de ley del proceso, salvo que surjan hechos nuevos que la modifiquen²⁷, entre los que se pueden catalogar pruebas que apareciendo desde un comienzo en el expediente no fueron tenidas en cuenta por los órganos competentes.

4.2. La decisión del órgano disciplinario no puede mantener el carácter de ley del proceso en los casos de duda sobre la jurisdicción competente, según lo estableció la Corte Constitucional en la Sentencia C—358 de 1997 previamente transcrita, pues en tales situaciones la decisión deberá recaer en favor de la jurisdicción ordinaria²⁸.

4.3. Esta Sala²⁹ al reconsiderar el tema de la intangibilidad de la decisión definitiva de la controversia sobre competencia, prevalida de su condición de “máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria” y en ejercicio de sus funciones de tribunal de casación (artículos 234 y 235 de la [Constitución Política](#)), con facultad para sanear todos los vicios conculcadores de los derechos fundamentales de los sujetos procesales, para efectivizar el derecho material, para unificar la jurisprudencia nacional y reparar los agravios inferidos a las partes con la sentencia demandada (artículo 206 del Código de Procedimiento Penal), consideró:

“En ese orden de ideas, para la Corte no hay temas vedados dentro del juicio de casación, de modo que de su conocimiento no pueden excluirse a priori asuntos, por haber sido resueltos por otras autoridades con vocación de permanencia procesal. Específicamente no puede afirmarse que la definición de un conflicto de competencia por la autoridad a la que la Constitución o la Ley le haya asignado esa atribución, sea un tema intocable en juicio de casación por constituirse tal pronunciamiento en “ley del proceso”, pues en ese caso habría que reconocer dos situaciones: Una, que el juicio de casación no es comprensivo de manera absoluta, sino solo relativa, dando lugar a otra clase de acciones extraordinarias encaminadas a la reparación de agravios fundamentales; y, dos, el concepto de “ley del proceso” estaría por fuera del ordenamiento jurídico, pues no podría abordarse por la autoridad que tienen tal función dentro de la sede que justamente verifica que no haya sido violentado, esto es, reconocerle a aquél supremacía sobre la Constitución y la Ley.”

(...)

“Resulta entonces evidente que el concepto de ley del proceso, que se asigna a las definiciones de colisión de competencias, no es automático ni derivado per sé de la definición en sí misma considerada, sino que, como ocurre con cualquier ley, está sujeto a los juicios de pertinencia y validez que preceden la aplicabilidad del texto legal

formalmente considerado.

De esa manera y, conforme a la advertencia del antecedente jurisprudencial, la definición de competencia es acatable sólo en “cuanto no surjan hechos nuevos que la modifiquen” pues, resulta evidente, que tanto esa que es tenida por “ley del proceso”, como cualquiera otra, únicamente es aplicable a los hechos que puedan enmarcarse dentro de ella. De modo que si las condiciones fácticas o jurídicas cambian y de ellas surge la variación de competencia, su traslado al órgano correspondiente es ineludible so pena de afectar el principio constitucional del juez natural.”³⁰

Entonces, la providencia definitoria de un conflicto competencial es excepcionalmente mutable cuando dicha decisión conlleva la vulneración de la garantía del juez natural, actividad que cumple la Corte en ejercicio de la función nomofiláctica de la casación.

4.4. La acción de tutela es otro de los mecanismos estatuidos en el ordenamiento jurídico colombiano para remover la intangibilidad de la providencia que resuelve la controversia competencial, categoría a la que elevó el legislador procesal penal de 2004 el recurso de casación cuando le dio los alcances del certiorari norteamericano o del recurso de amparo mejicano, al señalarle entre sus fines la protección de los derechos fundamentales de todas las partes e intervinientes procesales y al asignarle a la Corte el deber de superar los defectos de la demanda para decidir de fondo “atendiendo los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del impugnante dentro del proceso e índole de la controversia planteada” (art. 184, inc. 3), además de una gran flexibilidad en punto de la llamada técnica para hacer del recurso algo más afín con el Estado de Derecho en su expresión máxima de Estado Constitucional de Derecho³¹.

5. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura al resolver la colisión positiva de competencias suscitada entre la Unidad Nacional de

Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación y la División Primera del Ejército Nacional, Juez de Primera Instancia, en providencia del 9 de septiembre de 1999³², asignó el conocimiento a la justicia penal militar a partir de la información suministrada por el Capitán Néstor Raúl Vargas Morales, inicialmente vinculado a este proceso, y previo un relato de la historia procesal y de los argumentos de los funcionarios trabados en conflicto, afianzándose en la siguiente motivación:

“También hay constancia de que se encontraban en cumplimiento de funciones inherentes a su condición de miembros del Ejército Nacional, puesto que efectuaban una misión oficial a lo largo de la vía Carepa, Chigorodó, Barranquillita hasta Blanquicet,”

con alusión inmediata a la interpretación dada por la Corte Constitucional en su sentencia C-358 de 1997 a la expresión “relación con el mismo servicio” contenida en los artículos 190, 259, 261 a 264, 266, 278 y 291 del Código Penal Militar (Decreto Ley 2550 de 1998), que describe el campo de la jurisdicción penal militar, lo cual demuestra, como lo destaca la Delegada, la invocación por lo menos formal y parcial del citado precedente. Y, concluye así:

“Ahora bien, según se ha visto, los sindicados vinculados a la investigación penal por el delito de homicidio se encontraban en una misión oficial que tenía como finalidad la evacuación de un soldado enfermo de paludismo del cerro Filocuchillo a las instalaciones del Batallón Voltígeros, y que al presentarse una confrontación con el grupo subversivo presente en la zona resultaron muertos Tapias Ahumada y Bolaños Castro.

El requisito que exige la sentencia C-358/97 al precisar el ámbito del fuero militar, es decir, que la relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso, se encuentra acreditado. Incluso si los hechos sucedieron en las circunstancias que se afirman por algunos de los testigos (cuando los señores Tapias Ahumada y Bolaños Castro ya habían sido capturados) no por ello se

podrá afirmar que sus muertes no ocurrieron en vinculación con el servicio a que estaban adscritos los sindicatos, pues se trataría de una extralimitación de poderes y funciones, de conocimiento, por ende, de la justicia especial.”³³

6. La jurisdicción contencioso administrativa negó el amparo constitucional demandado por Carmen González de Prada, madre del occiso Carlos Manuel Prada González, contra el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en busca de protección al derecho fundamental al debido proceso de las víctimas de los delitos y de acceso a la administración de justicia, presuntamente vulnerados por ésta Corporación al atribuirle la competencia para conocer de este proceso a la justicia penal militar cuando le corresponde a la justicia ordinaria, decisiones de cuya revisión y confirmación se ocupó la Corte Constitucional en la sentencia T-1001 de 2001³⁴, al encontrar que la autoridad demandada no incurrió en una vía de hecho en materia de interpretación judicial por defecto fáctico:

“...no encuentra la Corte que dicha autoridad haya incurrido en una vía de hecho judicial que suponga la intervención del juez constitucional para enmendar el presunto flagrante error judicial. Para esta Sala, la decisión cuestionada en sede de tutela encuentra sustento en el principio de libre valoración judicial y, antes que comportar el resultado de una actuación subjetiva, arbitraria, voluntaria y caprichosa, es en realidad el resultado de una interpretación razonable del material probatorio aportado al proceso, a su vez confrontado con las preceptivas constitucionales y los criterios jurisprudenciales que delimitan el marco de aplicación del fuero penal militar.

Sin perjuicio de que el juez constitucional comparta o no la determinación adoptada por la entidad accionada, y al margen de que la misma no satisfaga las expectativas de algunos de los sujetos procesales, no es posible afirmar, como equívocamente lo hace la

demanda, que la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura desconoció en forma grosera la juridicidad preestablecida y, sin consideración válida alguna, adoptó la decisión de entregarle a la justicia castrense, representada por el Comandante de la Primera División del Ejército Nacional, la competencia para investigar y juzgar a los miembros de la Fuerza Pública que resultaron involucrados en la muerte de Carlos Manuel Prada González y Evelio Antonio Bolaños Castro.

Como se extrae de los hechos arriba descritos y de las pruebas obrantes en el plenario, las circunstancias en las cuales perdieron la vida los miembros de la corriente de renovación socialista -CRS-, tiene como escenario natural el cumplimiento de una misión militar planeada y organizada por el Comandante y Jefe del Batallón de Infantería Voltígeros, en la que se ordena a la “Compañía A de contraguerrillas de la Primera División” efectuar operaciones de registro, control y patrullaje motorizado entre los municipios de Carepa, Chigorodó, Barranquillita y Blanquiset, prosiguiendo el desplazamiento a pie hasta la base del cerro de filo cuchillo, donde debían entrar en contacto con la contraguerrilla “Federico” y recoger un soldado enfermo de paludismo que requería evacuación urgente e inmediata.

En la citada orden de operaciones, denominada “OPERACIÓN RESCATE” e identificada con el número BR11-BIVOL-S3-375, además de describirse en forma pormenorizada el objetivo de la misión que había sido encomendada a la “Compañía A de contraguerrillas de la Primera División”, se hace especial énfasis en dos aspectos que delimitan el campo de acción de la tropa y advierten el vínculo de proximidad que se crea entre aquella y los hechos ocurridos. El primero, en cuanto se le informa al contingente sobre la presencia en la zona de distintos grupos subversivos, de sicarios y de narcotraficantes que, en cualquier caso y ante un eventual contacto, debían ser enfrentados y combatidos con especial cautela. El segundo, consecuencia del anterior, en cuanto se deja entrever la inminencia de posibles combates o ataques enemigos, para lo cual era imprescindible reforzar las medidas de seguridad en el desplazamiento y

aprovechar el sigilo y la sorpresa como factores de favorecimiento militar en la potencial confrontación” (Enseguida copia el documento descriptivo de la mencionada operación militar).

(...)

Bajo los anteriores supuestos, una vez que las tropas arribaron al municipio de Blanquiset -escala obligada en la operación ordenada- y detectaron la presencia de los miembros de la CRS, quienes según el material probatorio portaban armas de largo y corto alcance y sobrepasaban en número los 1235, se procedió, como era de esperarse, a desplegar un operativo táctico de seguridad y persecución que, al ser rechazado por las fuerzas insurgentes, derivó en la confrontación y ulterior muerte de Prada González y Bolaños Castro. Sobre este particular, cabe destacar que el sólo hecho de que los guerrilleros hubieran optado por emprender la huida, ante la sorpresiva e inesperada presencia del ejército, no conlleva a calificar la actitud asumida por los militares como un acto aislado e ilegítimo pues, dentro del contexto de la operación reseñada y en atención a las funciones que constitucionalmente le han sido asignadas a la Fuerza Pública, la obligación de sus miembros se concentraba, precisamente, en perseguir, capturar, enfrentar y combatir a los grupos subversivos que, como el CRS, actúan por fuera de la ley y se encuentran al margen del Estado de Derecho.

En estos términos, sin que sea el interés de la Sala entrar a determinar la forma en que finalmente fallecieron los voceros de la CRS, ya que tal evaluación es precisamente la causa jurídica del proceso penal que se encuentra en curso, lo cierto es que la proximidad y el carácter directo de la relación con el servicio, como criterios jurídicos y jurisprudenciales de cualificación de los delitos de competencia de la justicia penal militar, fueron en su momento debidamente evaluados por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en la decisión impugnada. En realidad, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dieron los acontecimientos y en

que fallecieron los miembros de la CRS, pueden resultar compatibles -como lo sostuvo la entidad demandada- con la actividad específica que venía realizando la Compañía A de contraguerrillas de la Primera División del Ejército Nacional y, desde esa perspectiva, guardan un claro fundamento de conexidad material con la misión encomendada y con las funciones que el artículo 217 de la Carta le asigna a la Fuerzas Militares, como son la defensa de la soberanía, de la independencia, de la integridad del territorio y del orden constitucional; postulados que, por lo demás, se encuentran seriamente amenazados por los distintos grupos alzados en armas que hacen presencia a lo largo y ancho del territorio Nacional.

Que Prada González y Bolaños Castro ostentaran la calidad de negociadores o voceros en las conversaciones de paz que el grupo guerrillero de la CRS venía sosteniendo con el gobierno de la época, no desvirtúa o pone en duda la relación de proximidad existente entre su muerte y la operación militar que se venía desarrollando. Inicialmente, por cuanto en el momento de los hechos -22 de septiembre de 1993- éstos no gozaban de privilegio alguno o inmunidad especial de parte del Gobierno Nacional que a su vez fuera conocida por el ejército, y que hiciera suponer una acción militar preordenada o, en su defecto, un comportamiento ab initio criminal de los miembros de la fuerza pública. Pero además, porque el municipio de Blanquiset, donde tuvo lugar el combate y aquellos fueron dados de baja, no constituía zona de distensión o de despeje militar que, siendo advertida previamente por la fuerza pública, le impidiera a ésta actuar y cumplir con su deber constitucional de combatir a los grupos subversivos que se encuentran al margen de la ley” (A continuación y sobre el punto, transcribió algunos fragmentos de los distintos comunicados expedidos por la Consejería Presidencial para la Paz, aportados al proceso).

Aparte del material probatorio acogido por la Corporación constitucional con los argumentos previamente transcritos, otros elementos de convicción fueron descalificados en los siguientes términos:

Ciertamente, en relación con las pruebas testimoniales allegadas al expediente se cuestionó su validez por dos razones fundamentales: la primera, por tratarse de testigos impropios e indirectos cuya percepción de los hechos no se recibió directamente sino a través de datos que fueron suministrados por terceras personas, en la mayoría de las veces sin identificar -testigos de oídas-; la segunda, por cuanto ciertas declaraciones provenían de individuos que habían mantenido algún tipo de relación con la actividad subversiva o convivían en zonas de alta influencia guerrillera -testigos sospechosos-. Respecto a las pruebas técnicas, y concretamente en lo que toca con el experticio médico legal de necropsia, se afirma que el mismo ha estado precedido de serias inconsistencias relativas a la ubicación de los disparos, a la distancia desde donde éstos se produjeron y a la cantidad de los mismos, circunstancia que motivó la práctica de algunas otras pruebas científicas, e incluso, forzó la exhumación de los cadáveres para determinar con certeza la verdadera causa de la muerte de los voceros de la CRS.”

Además, hizo propio el concepto rendido por la Procuradora Delegada en lo Penal en el trámite del recurso de apelación interpuesto contra la medida de aseguramiento dictada a uno de los oficiales vinculados a esta actuación, en los siguientes términos:

“...dentro de las versiones rendidas por los particulares también podemos conseguir claridad respecto de la posibilidad que tuvieron los miembros del Ejército para divisar desde antes de llegar al poblado la presencia de personal armado y que huyó al enterarse de la llegada de los miembros del Ejército pero, ninguno pudo observar el momento exacto de los disparos ni las condiciones mismas en que estos se hicieron para confirmar a través de sus versiones por haberlas observado directamente y no solamente contarse con el testimonio de oídas que los voceros de la guerrilla le plantearon al Ejército una posición de rendición y de no voluntad de ataque quitándose la camisa y enarbolándola en las manos que por el color blanco significaría la paz.

“Ninguno de los testigos particulares nos confirman la anterior situación, nos confirman, se refieren solamente a comentarios porque nadie presencié lo ocurrido.

“...”

“EVELIO ANTONIO BOLAÑOS ENRIQUE BUENDÍA recibió cinco impactos que son descritos en el folio 15836 tres con trayectoria posteroanterior y dos con trayectoria anteroposterior y CARLOS PRADA GONZALEZ o GENEBERTO TAPIAS AHUMADA o RICARDO GONZALEZ recibió un solo impacto, de trayectoria posteroanterior que si conjugamos con la posible posición de víctima y sindicado en el desarrollo de la actividad del 22 de septiembre en nada nos contradice con las versiones ofrecidas por los soldados, quienes fueron los que estuvieron más cerca en la persecución de la guerrilla y a quienes se les endilga el haber causado la muerte con el uso del arma de dotación oficial.”

Y, concluyó:

“La valoración jurídica hecha por el organismo judicial demandado en la providencia que se acusa tuvo en cuenta los elementos fácticos —de orden subjetivo y funcional— que la Constitución y la jurisprudencia califican como imprescindibles para que se justifique la asignación de competencia a la justicia penal militar: (i) que los investigados y juzgados sean miembros de la fuerza pública en servicio activo -hecho plenamente demostrado en el proceso-, y (ii) que el delito por el que se les vincula al proceso tenga una relación directa y próxima con el servicio -circunstancia que se logra establecer con criterio válido por parte del Consejo Superior de la Judicatura-.”

7. Descendiendo al caso concreto la Sala estima -se afirmaba en el proyecto original- que las decisiones producidas en el ámbito nacional sobre la determinación de la competencia, no estuvieron antecedidas de un análisis de la totalidad del caudal probatorio pues se suprimieron algunos elementos con abundante información coherente y suficiente para revelar las circunstancias en que se

desarrollaron las conductas punibles investigadas.

Llama la atención que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura al motivar su providencia se hubiera limitado a transcribir el “informe hechos contacto armado” rendido por el Capitán NÉSTOR RAÚL VARGAS MORALES -procesado dentro del asunto- al Comandante del Batallón de Infantería N° 31 Voltígeros, el 23 de septiembre de 2003³⁷, y que con base exclusivamente en él hubiera afirmado que los procesados se encontraban cumpliendo la misión oficial de evacuación de un soldado enfermo de paludismo del cerro Filocuchillo a las instalaciones del Batallón Voltígeros y “...al presentarse una confrontación con el grupo subversivo presente en la zona...”, se produjo el resultado punible investigado.

La Corte Constitucional, conforme a la previa y amplia transcripción de su providencia, si bien profundizó en el análisis de las pruebas recopiladas, enfocó dicha actividad hacia el esclarecimiento de si la acción militar referida se cumplió o no para materializar un comportamiento ab initio criminal por parte de los miembros de la fuerza pública, sin aludir en ningún momento al dictamen del patólogo del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, doctor Pedro Emilio Morales Martínez, quien con sus opiniones científicas y técnicas introdujo la hipótesis de la consumación de los homicidios investigados fuera de combate.

El Tribunal Superior Militar, por su parte, según se anotó en precedencia, fundó la retención de la competencia en el mérito que otorgó a los testimonios de los militares que participaron en la “Operación Rescate”, a las diligencias de levantamiento de los cadáveres de Carlos Manuel Prada González y Evelio Antonio Bolaño Castro, a los protocolos de necropsia elaborados por el médico forense del Centro Hospitalario de Chigorodó, doctor Guillermo Zuluaga Z, y a los diferentes testimonios que éste rindió; y en la descalificación que hizo de las declaraciones de Luz Ester Díaz, Bianor Enrique Vásquez Cabrera y Luis Enrique Nisperuza por su proximidad política y regional con las

víctimas, así como en las contradicciones que a su juicio contienen los diferentes dictámenes rendidos por el patólogo forense Pedro Emilio Morales Martínez.

En dicho análisis el Tribunal castrense no utilizó el criterio de imparcialidad en cuanto admitió sospechas del grupo testimonial integrado por personas cercanas a las víctimas más no las reconoció en el grupo informador de la versión y situación opuesta, es decir, los miembros de la fuerza pública.

8. Se ocupará la Sala -decía el proyecto original-, entonces, de revisar el caudal probatorio con el fin de lograr la mayor aproximación a los episodios investigados:

El ambiente reinante en septiembre de 1993 en Urabá se caracterizaba por el accionar armado en esa región, específicamente en los Municipios de Carepa, Chigorodó, Barranquillita y Blanquicet, del grupo disidente del Ejército de Liberación Nacional denominado Corriente de Renovación Socialista, con el cual el 15 de los citados mes y año el Gobierno Nacional había acordado formalmente la instalación de un campamento en Flor del Monte, Ovejas, Sucre, dentro un proceso de negociación en busca de una solución política al conflicto armado y a la reincorporación a la vida civil de 300 integrantes de dicha facción, en respuesta a la decisión unilateral de cesar el fuego y suspender las actividades ofensivas³⁸.

La implementación de tal convenio fue encomendada por el Presidente de la República César Gaviria Trujillo y por el Ministro de Gobierno Fabio Villegas Ramírez³⁹, al Consejero Presidencial para la Seguridad Nacional y encargado de las funciones de Consejería para la Paz, Ricardo Santamaría⁴⁰, cuyo asesor Gonzalo de Francisco⁴¹, el 20 de septiembre, se entrevistó con “Enrique Buendía” o sea Carlos Manuel Prada González, y con Evelio Antonio Bolaños Castro, alias Ricardo González, miembros de la Corriente de Renovación Socialista, con quienes convinieron la concentración de sus integrantes en Blanquicet y Barranquillita el 22 y 23

inmediatamente siguientes, con el fin de trasladarlos por vía aérea y terrestre al campamento que instalaría el Gobierno en Flor del Monte a partir del 1° de octubre, actividades estas de conocimiento del Ministro de Defensa Rodrigo Pardo⁴², del Obispo de Sincelejo Nel H. Beltrán Santamaría⁴³, del Inspector General de las Fuerzas Militares General Camilo Zúñiga Chaparro⁴⁴ y del Comandante del Comando Operativo N° 1, orgánico de la Brigada XI, Coronel Fernando Becerra Pacheco, con sede en Montería, al mando del Batallón de Infantería Voltígeros, sin que en ningún momento hubieran autorizado un cese al fuego en esa región aunque según Gonzalo de Francisco sí convino con el último coronel mencionado un replegamiento militar hacia el sur de esa área para facilitar la movilización de los nombrados rebeldes, quienes habían sido trasladados el 20 de septiembre del mencionado año en helicóptero hasta cerca de Barranquillita, lugar en donde los dejó el asesor Gonzalo de Francisco, movimiento éste del cual no enteró específicamente a ningún mando militar.

Avanzando en este proyecto Carlos Manuel Prada González y Evelio Antonio Bolaño Castro convocaron a una reunión en Blanquicet a los miembros de su grupo en la tarde del 22 de septiembre de 1993 para enterar a sus militantes de los pactos alcanzados, abruptamente interrumpida por la aproximación de tres vehículos con 66 miembros del Ejército Nacional armados⁴⁵, quienes según da cuenta la “Orden de operaciones fragmentaria OPERACIÓN RESCATE”, cumplían la “MISIÓN” de “...efectuar operaciones de registro y control militar de área a partir del 22 16:00 -SEP T-93, hasta el día “D” hora “H” sobre el área general de Carepa, Chigorodó, Barranquillita y Blanquicet para prevenir actividades de acciones subversivas contra la población”. Además, según cita del Anexo “B”, contenida en el mismo documento, tenían como propósito inmediato a partir del último municipio nombrado seguir “...a pie hasta pata del cerro de Filocuchillo donde toman contacto con la contraguerrilla “Federico” de la Compañía de RIL.110, reciben soldado que se encuentra enfermo de paludismo para su evacuación al Hospital. Durante los desplazamientos de ida y regreso se deben extremar al máximo las medidas

de seguridad en los puntos críticos y manteniendo la capacidad de reacción ante una posible emboscada del enemigo.”

Estos movimientos fueron descritos por el Comandante del Batallón de Infantería Voltígeros N° 31, Teniente Coronel Édgar Cevallos Mendoza, por el Capitán NÉSTOR RAÚL VARGAS MORALES⁴⁶, y por el soldado Carlos Enrique Benítez⁴⁷, quien fue recogido enfermo de paludismo -hecho plenamente demostrado dentro del plenario- en el cerro Filocuhillo, todo lo cual refuerza la hipótesis de que la operación no obedecía a un propósito criminal.

La percepción mutua de cada uno de los citados grupos los hizo reaccionar de manera diferente:

Los sediciosos, según descripción bajo juramento rendida por los soldados Julio Alberto Lascarro Vanegas, Osvaldo Rentería Capaña, Richard Abdul Flórez Jelez, Carlos Alberto Arango Gallego, Robinsón Córdoba, Ángel Custodio Guzmán Ríos y Ever Alfonso López Arrieta⁴⁸, huyeron accionando las armas de largo y corto alcance que llevaban consigo, algunos de los cuales vestían prendas de camuflaje.

Los civiles Edilberto Antonio Díaz Mestra, Sofía Alegre Morelos y Marleny Martínez Santos⁴⁹ informaron lacónicamente que los subversivos ante la presencia militar salieron corriendo en diferentes direcciones hacia el monte, seguidos por los oponentes, después escucharon unos disparos y se enteraron de la muerte de dos miembros de la Corriente de Renovación Socialista.

En forma más precisa rindieron testimonio Rónel de Jesús Rovira Valenzuela⁵⁰, quien contó que al momento de reunirse con los muchachos para comentarles el contenido de los diálogos de paz dirigidos a la desmovilización armada, apareció el

Ejército, pero no hubo enfrentamiento sino que salieron corriendo; Catalina Jiménez Jiménez⁵¹, quien confirmó la reunión entre militantes de la Corriente y precisó que éstos no dispararon al Ejército sino que se dispersaron al verlo llegar, con la creencia de que no iban a matar a los negociadores pues estos se entregaron; y en similares términos depusieron Elsy Ávila viuda de Correa⁵², Bernardo Roldán Chavera⁵³ y Jorge Luis Tano⁵⁴.

En este punto es indispensable traer a colación la definición de combate construida por esta Sala en pretérita ocasión:

“...el cual es considerado como un enfrentamiento armado de carácter militar, regular o irregular, colectivo, determinado en tiempo y espacio, con el propósito de someter al contrario y con el fin último de imponer un nuevo régimen constitucional o derrocar al Gobierno Nacional por parte de los rebeldes.

Confrontación que implica una lucha de contrarios, una reacción ante el ataque que depende no solo de la capacidad de respuesta, sino que exige además la posibilidad de que se pueda repeler”⁵⁵.

Las contradicciones entre los grupos de testimoniantes previamente reseñados dificultan establecer si entre las fuerzas regulares e irregulares mencionadas hubo o no combate pues nótese cómo mientras al atardecer de ese día el Ejército se disponía a auxiliar a uno de sus miembros enfermo con el sigilo que imponía la zona con presencia subversiva y la disposición a reaccionar inmediatamente, la facción revolucionaria estaba reunida enterando a sus integrantes de los planes de desmovilización armada convenidos con la cúpula del Gobierno Nacional ante la decisión unilateral de cesar hostilidades; llama la atención el número reducido de disparos de arma de fuego evidenciado en Blanquicet pues el Comandante de la Operación solamente entregó tres vainillas y dos armas de corto alcance⁵⁶, y en igual cifra fueron analizadas por la

Sección de Criminalística de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá; obsérvese cómo los resultados dañosos del citado enfrentamiento se redujeron a la muerte de las víctimas subversivas pues ningún miembro del Ejército fue lesionado o perdió la vida, ni los vehículos fueron alcanzados por los proyectiles, tampoco la población civil dio cuenta de daños personales, en sus viviendas o en sus bienes.

Sin embargo, admitida la modalidad de combate consistente en un enfrentamiento armado de carácter militar irregular, con el propósito específico del Ejército Nacional, en este caso, de responder a la violencia armada del contrario para someterlo y capturarlo con el fin de mantener el régimen constitucional, surge la hipótesis del censor de que la persecución emprendida por las fuerzas militares a los sediciosos no concluyó con su aprehensión para ser puestos a disposición de las autoridades competentes sino con el homicidio fuera de combate de Carlos Manuel Prada González y Evelio Antonio Bolaños Castro.

En forma conteste los militares han dicho que la activación que ellos hicieron de sus armas en respuesta al uso que de las suyas hicieron los subversivos en la fuga, correspondió a la reacción táctica de entrar en contacto con éstos para combatirlos, pues de haber dudado en hacerlo hubieran sido dados de baja por el enemigo, términos estos con los cuales explica el Coronel Becerra Pacheco, Comandante del Batallón de Infantería Voltígeros⁵⁷, las hostilidades averiguadas y el infortunado resultado de la muerte de las víctimas nombradas.

En sentido muy diferente han depuesto Luz Esther Díaz, su compañero de vida Bianor Enrique Vásquez Cabrera, y otro de los habitantes de las afueras de Blanquicet, Luis Enrique Nisperuza Hernández⁵⁸. Los dos primeros vieron a las víctimas cuando corrían perseguidas por el Ejército y a uno de ellos levantar una camisa blanca cuando los

militares se les aproximaron, dijeron además, que después escucharon los disparos, y Bianor asegura haber visto caer al suelo a uno de los subversivos y cuando lo amarraron a un palo.

El último deponente señala que al exigir el Ejército a los occisos que se entregaran, éstos accedieron y en ese momento vio a una distancia de 215 metros - establecida en inspección judicial- cuando mataron a “Ricardo”, “...cerquita le pusieron el fusil abajo (sic) de la mandíbula y le volaron la cabeza todita...”, además observó cuando lo colgaron de un leño y pusieron al compañero a cargarlo.

Este trío de declarantes ha sido calificado de sospechoso por el Tribunal Superior Militar aduciendo la militancia política y el paisanaje que compartían con las víctimas, sin embargo, el expediente contiene información en sentido opuesto.

Se trata de las fotografías tomadas a los cuerpos de Carlos Manuel Prada González y de Evelio Antonio Bolaño Castro⁵⁹, poco después del deceso, que revelan que uno de ellos no llevaba puesta camisa alguna, luego es posible que la utilizara como emblema de tregua, mientras que el otro exhibía una camiseta verde; y de la indicación del Sargento LUIS EDUARDO GARCÍA, el día de la inspección judicial practicada al lugar en donde perdieron la vida las víctimas, sobre la distancia de tres metros a la cual quedaron entre sí los cadáveres, así como del hallazgo en poder de estos de un revólver y una pistola, incautados por el Ejército, circunstancias que unidas al hecho de que el único lugar en donde quedaron evidencias del uso de armas fue en el inspeccionado judicialmente y que los únicos afectados fueron los dos voceros en trance de reinserción, respaldan la hipótesis de su homicidio cuando estaban sometidos a la autoridad militar.

Pero la prueba más esclarecedora proviene del patólogo forense del Instituto de Medicina

Legal y Ciencias Forenses de Bogotá, doctor Pedro Emilio Morales Martínez, cuya idoneidad se infiere de su vinculación a dicha institución científicamente acreditada, de las pruebas radiográficas y del estudio histopatológico practicados sobre los cuerpos de los occisos una vez exhumados, que permitieron descubrir la trayectoria de los proyectiles que ingresaron al cuerpo de Evelio Antonio Bolaño Castro, ignorada por el médico forense Guillermo Zuluaga al practicarles la necropsia, según aceptó en el curso de la exhumación realizada bajo la veeduría de trece personas entre funcionarios del Ministerio Público y representantes de la Corriente de Renovación Socialista -imposible de sobrepasar para manipular evidencia, como sostiene el Tribunal Militar-, omisión razonablemente explicada por el médico Zuluaga al rendir testimonio⁶⁰ e informar sobre sus precarios conocimientos en ciencias forenses pues tan solo contaba en ese entonces con las instrucciones recibidas de los colegas que lo antecedieron en servicio médico social obligatorio que prestó en el Municipio de Apartadó durante un año, tiempo al cual se limitó su experiencia forense.

El médico Morales Martínez con fundamento en los hallazgos obtenidos en la necropsia y otros elementos periciales recaudados durante el proceso llegó a las siguientes conclusiones⁶¹ en relación con Evelio Antonio Bolaño Castro :

“La víctima pudo permanecer de pie o haber caído y posteriormente incorporarse para quedar de pie, a un mismo nivel de tierra plano con el tirador quien se ubica de frente a su blanco, persona esta que debió de ser menor estatura que la víctima (177 cms.). El tirador coloca la trompetilla del arma tangencial y a corta distancia del cuello del hoy occiso efectuando un primer disparo cuyo proyectil penetra en base derecha del cuello para salir en la región parietal superior izquierda, ocasionando múltiples fracturas descritas en la cavidad craneana.

Como resultado del impacto, lesión y reacción, la víctima se desplaza hacia atrás exponiendo por la extensión del cuello la región submaxilar derecha, al unísono que el

tirador en secuencia rápida y a la misma distancia (presencia de gránulos de pólvora en estudio histopatológico⁶²) le efectúa el segundo disparo cuyo proyectil penetra por esta región saliendo por la mejilla del mismo lado.

De acuerdo al análisis de las lesiones en cuanto a su naturaleza, ubicación, severidad y trayectoria el disparo mortal fue el que penetró por la parte derecha de la base del cuello y en cuya trayectoria lacera estructuras de encéfalo base y bóveda del cráneo con efectos secundarios.”

Nótese el respaldo brindado a las anteriores descripciones por el diagrama elaborado por el mismo forense que ilustra la posible posición de la mencionada víctima al momento de recibir los impactos letales de las armas de fuego y que permite inferir que fue atacada de frente y de abajo hacia arriba⁶³, descripción generadora de duda razonable sobre la realización del homicidio cuando ya había cesado el combate y la víctima se había sometido a su oponente militar.

Y, prosigue el experto:

“Dado el mismo análisis de las lesiones que conllevaron a la muerte de Ricardo González (Evelio Antonio Bolaño Castro), y que se detallaron anteriormente son compatibles con proyectil de alta velocidad disparado por arma de hombro tipo fusil.”

Respecto de Carlos Prada González expresó:

“Teniendo en cuenta la localización anatómica y matemática de los orificios de entrada y salida descritos, así como las lesiones señaladas, esta víctima debía presentar una única y posible posición para el momento en que se efectúa el disparo: Sobre un nivel de tierra de carácter granuloso o pulverulento, en posición de rodillas con inclinación del

tórax hacia delante hasta apoyar la hemicara izquierda sobre el terreno (Técnicamente: decúbito ventral con apoyo en rodillas y facial izquierda)⁶⁴.

Dada la irregularidad en la proyección de las abrasiones lineales de la hemicara izquierda y su congestión hemorrágica, debió existir fricción pre-mortem y al momento del impacto. Estando la persona en la posición anotada y desde su parte posterior derecha con un arma de puño (Pistola o revólver) y a corta distancia (Por posición), se efectuó el disparo cuyo proyectil penetró ocasionando las lesiones ya descritas por la región escapular derecha saliendo por la zona temporal izquierda del cráneo”

En ampliación del dictamen a petición del instructor castrense, el patólogo Morales Martínez⁶⁵ mantuvo sus opiniones.

Y si bien es cierto dicho perito concluyó que las víctimas “...fallecieron secundariamente a lesiones producidas por proyectil de arma de fuego, fuera de combate o enfrentamiento armado..”⁶⁶ (énfasis agregado), por la emisión de tal juicio no se puede descalificar su colaboración oficial para darle crédito al inexperto médico legista Guillermo Zuluaga, según posición asumida por el Tribunal, sobre todo en razón de la carencia de fuerza vinculante para el juzgador de este tipo de conclusiones.

Sin desconocer que al responder el forense Morales Martínez el interrogatorio que le formulara el Tribunal a través del auto del 25 de abril de 1998⁶⁷, confirmó que las heridas causadas a Carlos Prada González son habitualmente producidas por armas de baja velocidad aunque no descartó totalmente que hubieran sido causadas con arma de alta velocidad y admitió la dificultad que representa establecer si dicha víctima se encontraba en movimiento al momento de recibir los impactos⁶⁸; y en diligencia posterior aceptó la contradicción terminológica existente en la expresión congestión hemorrágica que atribuye a un error mecanográfico y explicó que la compatibilidad con los residuos de pólvora hallados en el cuerpo de Evelio Antonio Bolaños Castro no

excluye necesariamente otro elemento, lo cierto es que mantuvo las restantes conclusiones consignadas como resultado de la necropsia y en el experticio aclaratorio posterior, previamente transcrito en esta providencia, sobre el número de proyectiles que ingresaron al cuerpo de los occisos, los orificios de ingreso y egreso de los mismos, la trayectoria seguida y la posición en que se encontraban cuando fueron atacados letalmente, especialmente, Evelio Antonio Bolaños Castro al recibir el de la base derecha del cuello que le produjo fractura craneana⁶⁹.

Luego las incoherencias que le atribuye el Tribunal a dicho experto no son substanciales o por lo menos podrían ser objeto de aclaración, por tanto, el análisis probatorio elaborado por esta Corporación permite concluir que si el homicidio de Carlos Manuel Prada González y de Evelio Antonio Bolaño Castro posiblemente no se produjo en el curso de un combate entre fuerzas irregulares y del Ejército Nacional, por lo menos existe duda al respecto, tanto que el mismo Tribunal Militar la admite en su providencia al analizar el referido experticio, según se destacó en la transcripción.

En estas condiciones, el desconocimiento de la prueba de patología forense por parte del Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y de la Corte Constitucional, -prueba ésta con notoria incidencia en la solución del conflicto de competencias relacionada con el fuero militar adoptada por la corporación inicialmente nombrada- les obstaculizó admitir la existencia de duda acerca de si los homicidios investigados fueron cometidos con ocasión del servicio militar, luego la decisión del órgano disciplinario no puede mantener el carácter de ley del proceso pues le corresponde a la justicia ordinaria conocer del proceso en caso de duda sobre la jurisdicción competente, decisión que se adopta en ejercicio de la función nomofiláctica atribuida a la casación y para materializar la protección del derecho fundamental al debido proceso público, incluida la garantía del juez natural, ineludible por parte de la Corte dentro del marco político del Estado Social de Derecho.

9. Es pertinente tener en cuenta que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la interposición de la denuncia contra la República de Colombia por el incumplimiento de la obligación de respetar y garantizar los derechos a la vida, la integridad personal y la protección judicial de Carlos Manuel Prada González y Evelio Bolaños Castro, consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos⁷⁰ abrió el caso 11.710 y emitió el informe N°63 del 6 de abril de 2001, del siguiente tenor:

“En vista de los antecedentes de hecho y de derecho analizados supra, la Comisión reitera sus conclusiones en el sentido de que agentes del Estado ejecutaron extrajudicialmente a Carlos Manuel Prada González y Evelio Bolaños Castro y como consecuencia el Estado es responsable por la violación del artículo 4, en perjuicio de Evelio Bolaños Castro, y del artículo 4 y 5 en perjuicio de Carlos Manuel Prada González, y 8 (1), 25 y 1(1) en perjuicio de ambas víctimas.” (Resaltado fuera de texto)

Y, entre otras recomendaciones, hizo la siguiente:

“Llevar a cabo una investigación completa, imparcial y efectiva en la jurisdicción ordinaria con el fin de juzgar y sancionar a los responsables de la ejecución extrajudicial de Carlos Manuel Prada González y Evelio Bolaños Castro” (se resalta adicionalmente).

10. En conclusión: de las piezas que conforman el proceso se desprende que los acusados han venido siendo juzgados por la jurisdicción militar por hechos en los que no se ha establecido con certeza que guardan relación sustancial con el servicio o que fueron cometidos con ocasión de él, y por tanto, deben ser tratados como si los hubiera realizado un “particular”, luego se estructura la causal de nulidad invocada por el demandante cuya declaratoria se impone a partir del auto del 11 de octubre de 1996, mediante el cual la Primera División del Ejército Nacional, Comando de Santa Marta, declaró cerrada la investigación, más no desde el auto del 4 de junio de 1999, mediante el

cual dicha División trabó el conflicto positivo de competencias que le propusiera la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, según pedimento del censor.

11. Finalmente dígase que la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares impuso sanción disciplinaria, con solicitud de destitución (separación absoluta de las Fuerzas Militares) al Capitán NÉSTOR RAÚL VARGAS MORALES, al Teniente JOSÉ MIGUEL VELANDIA MORA, al Sargento Segundo LUIS EDUARDO GARCÍA NIETO, a los Cabos Primeros JUAN MANUEL ARANA ROJAS y WILDER CALAMBARES PECHENECHÉ, a los Cabos Segundos CIRO ANTONIO DUARTE SANDOVAL y JOSÉ HERRERA SUÁREZ⁷¹, intervinientes en los sucesos de Blanquiceth investigados, por abuso de autoridad, negligencia en el mando y faltas contra el servicio, contenidas en el artículo 65, del Decreto 85 de 1989.

Por las anteriores razones la Sala mayoritaria ha debido casar la sentencia impugnada acogiendo los planteamientos del demandante en el primer cargo de su demanda casacional y no de forma oficiosa como finalmente decidió, invocando violación del debido proceso.

Cordialmente,

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Magistrado

Fecha ut supra.

1 Se trataba de la recepción del testimonio de los miembros de la Corriente de

renovación Socialista que estuvieron en Blanquicet (folio 2454).

2 El Fiscal adujo básicamente que se trató de una ejecución de facto de personas que se rindieron ante el operativo del ejército, y que por lo tanto esos hechos no guardan relación con el servicio.

3 Contra esta decisión se interpuso acción de tutela, la cual fue decidida negativamente el 9 de marzo de 2000 por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, y por el Consejo de Estado el 4 de mayo del mismo año, e incluso por la Corte Constitucional, mediante sentencia T 1001 del 18 de septiembre de 2001.

4 La providencia quedó en firme el 28 de febrero de 2000.

5 Cfr., sentencia T 1001 de 2001

6 Cfr., sentencia C 358 de 1997.

7 Cfr, www.Cid.org.

8 Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 6 de marzo de 2003, radicado 17.550.

9 En este sentido, en auto del 12 de diciembre de 2003, radicado 21379, la Corte indicó que, “Para denunciar la configuración de un motivo de nulidad derivado de la falta de competencia del juzgador, la censura debe formularse al amparo de la causal tercera pero desarrollarse siguiendo los lineamiento técnicos de la primera, optando por una de las vías establecidas para ella. Si se opta por la directa es deber del censor indicar las disposiciones que el juzgador aplicó indebidamente y de las que correlativamente dejó de aplicar, o aquéllas en las que se equivocó en fijar su contenido o alcance y las razones jurídicas de este desacierto, sin que por dicha vía sea procedente controvertir la

apreciación probatoria. Si la transgresión a la ley se originó en errores de apreciación probatoria, es su deber concretar cada uno de ellos, si de existencia, identidad, legalidad o convicción, y demostrar su incidencia en la violación de la ley, y, por ende, la falta del órgano jurisdicente con compromiso de la validez del juicio.

10 Corte Suprema de Justicia, Sentencia. del 6 de marzo de 2003, radicado número 17.550.

11 Consejo Superior de la Judicatura, auto del 9 de septiembre de 1999, Radicado. 19990673 (Cuaderno. original. N° 7, fs. 2603-2634).

12 C. original. N° 7, folios. 2589-2599.

13 Corte Constitucional, sentencia 358 del 5 de agosto de 1997.

14 Corte Suprema de Justicia, sentencia del 6 de octubre de 2004, casación 15904

15 Cfr, en este sentido, Corte Suprema de Justicia, casación 24026 de 20 de octubre de 2005

16 Maier, Julio B. Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 2002.

17 Sentencia del 29 de septiembre de 2005, radicado 23914.

18 Corte Suprema de Justicia, sentencia del 18 de diciembre de 2003, radicado 17308.

19 Corte Suprema de Justicia, sentencia del 22 de mayo de 2003, radicado 20756.

20 Cfr., acerca del error privilegiado, Hassemer Winfried y Larrauri Elena. Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal. Editorial Tecnos, Madrid,

1997

21 Corte Suprema de Justicia, sentencia del 5 de mayo de 2004, radicado 19922.

22 Cfr, Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón, Editorial Trotta, 1997.

23 Providencia de julio 24 de 1997, fs., 2005, cuaderno 5

24 Sentencia del 11 de julio de 2002

25 C. original. N° 5, fol. 1852.

26 CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C—358 del 5 de agosto de 1997, M. P., doctor EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

27 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Autos del 22 de noviembre de 1989, rad. N° 3.928; y del 24 de marzo de 1998, rad. N° 12.911.

En respaldo de esta tesis el legislador procesal penal produjo los artículos 21 (Cosa juzgada) y 192, numeral 4º de la Ley 906 de 2004 (“Cuando después del fallo absolutorio en procesos por violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano de ha aceptado formalmente la competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones. En este caso no será necesario acreditar existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates”).

28 CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-358 del 5 de agosto de 1997, M. P. DOCTOR EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

29 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sent. del 6 de marzo de 2003, rad. N° 17.550.

30 Ibídem, Sent. del 6 de marzo de 2003, rad. N° 17.550.

31 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Auto del 24 de noviembre de 2005, Rad. N° 24.323; y Acta #33 de la Comisión Constitucional Redactora del Proyecto de Código de Procedimiento Penal de 2004. Las tres excepciones a la inmutabilidad de la providencia que define competencia también son fijadas por la Corte Constitucional en Sents. C-358 de 1997 y T-1001 de 2001.

32 CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, Auto del 9 de septiembre de 1999, Rad. N° 19990673-A, M. P., Doctor LEOVIGILDO BERNAL ANDRADE, con salvamentos de voto de los doctores ÁLVARO ECHEVERRI URUBURO, AMELIA MANTILLA VILLEGAS y EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN, hoy día Procurador General de la Nación (C. orig. N° 7, fls. 2603-2634).

33 C. orig. N° 7, fols. 2589-2599. Sobre tema tan importante, el Tribunal Constitucional sentenció que “El ejercicio del monopolio de la fuerza por el Estado, y las condiciones y modalidades en que se desarrolla, sólo son legítimos cuando se realizan conforme a la Constitución y a la ley. (...) El uniforme del militar, por sí sólo, no es indicativo de que lo que hace la persona que lo lleva sea en sí mismo delito militar; por lo tanto, deberá examinarse si su acción o abstención guarda relación con una específica misión militar. De otro lado, el miembro de la fuerza pública, así se encuentre en servicio activo, ha podido cometer el crimen al margen de la misión castrense encomendada (...) Además del elemento subjetivo -ser miembro de la fuerza pública en servicio activo -, se requiere que intervenga un elemento funcional en orden a que se configure constitucionalmente el fuero militar: el delito debe tener relación con el mismo servicio. Lo anterior no significa que la comisión de delitos sea un medio aceptable para cumplir las misiones confiadas a la fuerza pública. Por el contrario, la Constitución y la ley

repudian y sancionan a todo aquel que escoja este camino para realizar los altos cometidos que se asocian al uso y disposición de la fuerza en el Estado de derecho, puesto que éste ni requiere ni tolera el recurso a medios ilegítimos para la consecución de sus fines.” CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-358 de 1997.

34 CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. T-1001 del 18 de septiembre de 2001, M. P, Doctor RODRIGO ESCOBAR GIL (C. orig. N° 7, fls. 3014-3042).

35 Esta información se extrae del material probatorio aportado al proceso de tutela. Particularmente, en la demanda de amparo se afirma al respecto: “El día 22 de septiembre poco antes de las cinco (5) de la tarde llegaron a la población doce (12) guerrilleros de la CRS, que venían desde el norte. Mientras tanto, Buendía y González esperaban en compañía de otros rebeldes...”. Dentro de los hechos descritos en la sentencia de primera instancia, de fecha 5 de agosto de 2000, se afirma igualmente: “quienes se desplazaban en el primer automotor, observaron personas vestidas de camuflado y otras de verde, portando armas de largo alcance pensando que se trataba de miembros del ejército que habían llevado hasta allí al soldado enfermo, pero a renglón seguido notaron que se trataba de guerrilla...”. Finalmente, uno de los militares notificados de la acción de tutela en sede de revisión, sostiene en su escrito de intervención que: “El mismo Abogado de la Parte Civil, en el memorial de presentación de la demanda ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca y en todas sus intervenciones, reconoce y acepta la presencia guerrillera en el casco urbano de Blanquiseñ, para ese 22 de septiembre. Presencia de insurgentes que oscilaba entre cuarenta y doce, con armas largas y cortas y algunos uniformados.”

36 Alude al primer dictamen emitido el 19 de noviembre de 1999, por el patólogo forense Pedro Emilio Morales Martínez del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Bogotá, obrante en el C. orig. N° 1, fols. 154-159.

37 C. orig. N° 1, fols. 1-2.

38 C. orig. N° 2, fol. 373.

39 C. orig. N° 2, fols. 363 y 366.

40 C. orig. N° 1, fols. 267-276.

41 C. orig. N° 1, fols. 278-287 y C. orig. N° 2, fol. 385.

42 C. orig. N° 2, fol. 381.

43 C. orig. N° 2, fl. 470.

44 C. orig. N° 1, fol. 214.

45 C. orig. N° 1, fols. 140.

46 C. orig. N° 1, fols. 202 y 216.

47 C. orig. N° 2, fol. 508.

48 C. orig. N° 2, fols, 470, 498, 507, 508 y 514; C. orig. N° 3, fols, 814, 815; C. orig. N° 4, fols. 1102 y 1103.

49 C. orig. N° 1, fols. 18, 19 y 22 vto.

50 C. orig. N° 4, fol. 1281

51 C. orig. N° 4, fol. 1239

52 C. orig. N° 4, fol. 1293.

53 C. orig. N° 4, fol. 1294.

54 C. orig. N° 4, fol. 1299.

55 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sents. del 27 de mayo de 1999, rad. N° 12.661; y del 15 de febrero de 2006, rad. N° 21.330.

56 C. orig. N° 1, fols. 2 y 83.

57 C. orig. N° 2, fol. 429-449

58 C. orig. N° 3, fols. 798, 800 y 803; y C. orig. N° 4, fols. 1267 y 1305.

59 C. orig. N° 1, fol. 64.

60 C. orig. N° 1, fol. 115 y C. orig. N° 4, fol. 1208.

61 C. orig. N° 1, fols. 720-729.

62 En ampliación de este dictamen, ante funcionario el instructor castrense, el patólogo forense Pedro Emilio Morales Martínez explicó que no es posible establecer con certeza la existencia de dichos gránulos, sino tan sólo la compatibilidad (C. orig. N° 6 (a) , fl. 2499).

63 C. orig. N° 1, fol.156 y C. orig. N° 3, fol. 705.

64 Esta opinión la confirmó en la ampliación antes reseñada aun cuando aludió a la imposibilidad de establecer si la víctima estaba en movimiento (C. orig. N° 6 (a), fol. 2495).

65 C. orig. N° 5, fols. 1559-1563,

66 C. orig. N° 1, fol. 729.

67 C. orig. N° 6, fol. 2436.

68 C. orig. N° 5, fols. 2493-2497.

69 C. orig. N° 5, fols. 2498-2500.

70 Bloque de constitucionalidad, artículos. 93 y 94 de la Constitución Política; 2º del Código de Procedimiento Penal de 2000; y, 181, numeral 1º de la Ley 906 de 2004.

71 C. orig. N° 5, fol. 1539-152.