

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado ponente

SP14205-2016

Radicación No. 42039

Aprobado Acta No. 312

Bogotá, D.C., cinco (5) de octubre de dos mil dieciséis (2016).

Asunto

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la defensora del Soldado Profesional Ermilson Álvarez Presiga, Cabo Primero Víctor Manuel Londoño Ortiz, Soldado Profesional Javier Pérez Rodríguez, Teniente César Mauricio Cataño Macías, Soldado Profesional Amaury Salazar Reyes y José Rubelio Morales Gómez contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Antioquia el 31 de enero de 2013, que confirmó la emitida por el Juzgado Primero Adjunto al Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, mediante la cual condenó a los procesados a la pena principal de 40 años de prisión y multa en el equivalente a 5.000 s.m.l.m., como responsables de los delitos de tortura, homicidio en persona protegida y secuestro simple.

Hechos y Actuación Procesal

Los hechos acá juzgados son certeramente sintetizados en la sentencia impugnada, así:

“El 17 de marzo de 2005, aproximadamente a la una de la tarde, el señor Lorenzo de Jesús Mesa López, se encontraba en su casa ubicada en el sector Porvenir, de la vereda Buenos Aires, municipio de San Luis, Antioquia, junto con Medardo de Jesús Mesa, su hijo, y Fernando, al parecer alias ‘pantera’, cuando llegó el Ejército y los sacaron al patio porque los señalaban de guerrilleros. Al joven Medardo lo tendieron en el piso, un soldado se le montó encima y le puso un machete en el pecho. Al otro muchacho lo sacaron a ‘punta de zapatazos’ y se los llevaron amarrados con las manos en la nuca. Como a las seis de la tarde, por el corregimiento Las Mercedes, se escuchó una ‘plomacera’, que duró como cinco minutos.

Al día siguiente le dijeron al señor LORENZO, que fuera a reclamar su hijo al anfiteatro. El señor alias ‘pantera’, quien también resultó muerto, presentaba heridas múltiples en el antebrazo izquierdo, región tenar de mano izquierda; herida irregular de piel y tejido celular subcutáneo a nivel del hipocondrio derecho, todas producidas con objeto romo irregular.

Según informe del Ejército de fecha 18 de marzo de 2005, firmado por el Teniente CÉSAR MAURICIO CATAÑO MACÍAS, los señores Medardo de Jesús Mesa y Fernando, alias ‘pantera’, fueron dados de baja en enfrentamiento con un grupo de bandidos, a quienes se les encontró un revolver, dos vainillas, 4 cartuchos, una granada, 3 proveedores, un chaleco, un radio con antena, 2 IOC y 3 tablas de frecuencia para radio.

Los señores HERMILSON ÁLVAREZ PRESIGA, VÍCTOR MANUEL LONDOÑO ORTIZ, JAVIER PÉREZ RODRÍGUEZ, CÉSAR MAURICIO CATAÑO MACÍAS, JOSÉ RUBELIO MORALES GÓMEZ y AMAURY SALAZAR REYES, fueron vinculados a la investigación porque hacían parte de la patrulla militar que reportó las muertes en combate, toda vez que el mismo no se presentó”.

La investigación por estos hechos, denunciados ante la Alta Comisionada de las Naciones Unidas, se adelantó en principio por la justicia penal militar. No obstante, mediante resolución del 30 de agosto de 2006 (fl. 127 c.c.1), la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía, solicitó al Tribunal Superior Militar el envío del expediente, proponiendo a la vez, de no aceptarse este pedido, colisión positiva de competencias. Como negara el Tribunal castrense la remisión del asunto, la actuación fue dirigida al Consejo Superior de la Judicatura y mediante auto del 25 de octubre posterior fue asignada a la Fiscalía.

El 17 de julio de 2007, la Fiscalía 16 de la Unidad Nacional de D.H. y D.I.H., decretó la nulidad de todo lo actuado, salvo las pruebas allegadas, acopiando, además, los testimonios de Lorenzo de Jesús Mesa López (fl.147.c.c.3), Gloria Edilma Galeano Arias ((fl. 152 c.c. 3), María Roselia García de Mesa (fl.156 c.c. 3), Alba Lucía Quintero Morales (fl.160 c.c.3) y del Médico Legista Vidal de Jesús Ramos Melchor (fl.168 y 239 c.c.3).

El 8 de agosto posterior se ordenó la formal apertura de la instrucción (fl.186 c.c.3), aportándose prueba de diversa índole, principalmente documental y testimonial, e igualmente se escuchó en indagatoria a los imputados Javier Pérez Rodríguez (fl.141 c.c.6), Amaury Salazar Reyes (fl.145 c.c.6), José Rubelio Morales Gómez (fl.149 c.c.6), Ermilson Álvarez Presiga (fl.153 c.c.6), Víctor Manuel Londoño Ortiz (fl.157 c.c.6) y César Mauricio Cataño Macías (fl.161 c.c.6).

Ampliados los testimonios de Lorenzo de Jesús Mesa López (fl.177 c.c.6) y María Roselia García de Mesa (fl.181 c.c.6), el 28 de octubre de 2008 se resolvió la situación jurídica de los sindicados, imponiéndose en su contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por los delitos de tortura, homicidio en persona protegida y secuestro simple en concurso homogéneo y heterogéneo (fl.186 c.c.6).

Practicada nueva ampliación del testimonio rendido por Vidal de Jesús Melchor Ramos

(fl.97 cc.7) y aportados los dictámenes médico legal y de balística (fls. 168 y 242 y 216, respectivamente, cc. 7), el 9 de marzo de 2009 se dispuso el cierre de la etapa instructiva (fl.254 cc.7).

A través de resolución calendada el 30 de abril de 2009, la Fiscalía 16 Especializada de la Unidad Nacional de D.H. y D.I.H., formuló resolución acusatoria en contra de los imputados por los delitos que motivaron su detención preventiva.

En firme dicha decisión, se adelantaron las fases preparatoria y del juicio, profiriéndose entonces las sentencias de primera y segunda instancia en los términos inicialmente señalados.

Demanda

Dos son los reproches que la defensora de los procesados invoca contra la sentencia que hace objeto del recurso de casación: el primero por vía de nulidad y el segundo, con carácter subsidiario, por la causal primera del art. 207 de la Ley 600 de 2000, acusando error de hecho por falso juicio de existencia en la apreciación de diversas pruebas.

Primer cargo

Afirma en primer término la demandante la nulidad de la actuación cumplida por motivación deficiente o incompleta de la sentencia impugnada y consecuente quebranto de los arts. 1°, 6°, 9°, 10, 13 y 170 de la Ley 600 de 2000 y arts. 29, 85, 228 y 229 de la Carta Política.

Para la actora, la sentencia impugnada “no analizó cada una de las cuestiones objeto del recurso de alzada interpuesto” y no explicó la razón por la cual pese a no existir un combate resultó condenándose a los seis militares vinculados y no a otros

miembros de la unidad de contraguerrilla a la cual pertenecían.

Aun cuando reconoce que podía discreparse de los argumentos expuestos al sustentar el recurso, estima que era necesario en preservación de la defensa y el debido proceso dar respuesta a los mismos, como lo ha señalado doctrina de la Corte que por encontrarla pertinente cita.

Con el ánimo de destacar las deficiencias compositivas de la sentencia impugnada, a través de 28 numerales, enuncia aspectos sobre los cuales se ocupó la apelación que no fueron respondidos o lo fueron de manera “imprecisa” por el ad quem, simplemente reiterando los fundamentos de la primera instancia.

En tal sentido alude a “falencias en la aplicación de la técnica argumentativa” desde la propia narración de los hechos, la valoración probatoria y la falta de relación de los elementos allegados; o sostener que a los cadáveres se les aplicó el protocolo de Estambul para determinar la tortura, lo que no es cierto; o reconocer falencias en el protocolo de necropsia pero no hacerle producir a este hecho ningún efecto; o aceptar que una ONG indicara que los muertos eran campesinos, u omitir a autoridades que declararon no percibir signos de tortura; o desapercibir las graves incongruencias en los dichos de los familiares de las víctimas, o del MD Morcillo, o no determinar la condición de guerrilleros o civiles de los occisos, o no exponer los elementos típicos de los delitos imputados, todo lo cual se hizo incurriéndose en “errores de hecho y de derecho”, o valorar como testigo presencial a Alba Nidia Mesa, cuando lo fue de oídas, o el mal manejo de la prueba indiciaria, o el hecho de no arribar a la certeza y sin embargo no aceptar las dudas imperantes, o el trato dado a los occisos de ex combatientes en la acusación y civiles y en la sentencia; o aludir a alegatos de la Procuraduría General cuando éstos no se allegaron; o construir la sentencia con la teoría del derecho penal del enemigo y no clarificar la participación de los implicados; o no estar probado que las heridas premortales de uno de los occisos se hayan producido el día 17 de agosto de 2005, tampoco

que hubieran recibido una golpiza antes de su muerte, o que fueron maniatados; o sobre el tema de la munición gastada, en fin, para la demandante “la sentencia carece de una correcta argumentación jurídica lo cual a la luz de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales internacionales se traduce en una violación flagrante al derecho humano al debido proceso”.

Hace énfasis en la necesidad de que la sentencia se ocupe de efectuar una motivación completa y lógica, aspecto sobre el cual recaba con respaldo en abundante doctrina y jurisprudencia. Insiste entonces en que esta era la obligación del Tribunal, sin importar si la decisión era confirmar o revocar el fallo de primer grado, esto es “hacer un estudio juicioso del proceso y sustentar su motivación con las pruebas obrantes en el mismo”, en temas como el de la coautoría, o el relacionado con la tipicidad de las diversas conductas.

Afirma a continuación que el error acusado es trascendente, toda vez que confirmar la sentencia de primera instancia en los términos en que dicha decisión se produjo, conllevó vulneración de los derechos fundamentales de los procesados y principalmente el debido proceso, pues no se expusieron las razones de la condena. Además, la falta de motivación comporta relevancia jurídica, pues implica quebranto al principio de acceso efectivo a la administración de justicia, con desconocimiento de las razones que condujeron a declarar ajustada a derecho la sentencia y por ende los fundamentos por los cuales el principio de presunción de inocencia fue quebrantado.

Dando por suficientes los argumentos expuestos, peticiona se decrete la nulidad de la sentencia de segundo grado a efecto de que se desate de nuevo la alzada.

Segundo cargo

Aduce el libelo violación indirecta de la ley sustancial derivada de error de hecho por falso juicio de existencia, es decir, “un error que afectó la apreciación integral de todos los medios probatorios obrantes en el expediente y ello condujo a una conclusión errada

de los hechos”, con quebranto del art. 29 superior y los arts. 3°, 9°, 12, 21, 22, 29, 232 y 238 de la Ley 599 de 2000.

Para la censora, el Tribunal compartió las conclusiones consignadas en la primera instancia sin analizar la totalidad del expediente y fundado “en algunas declaraciones de testigos de oídas de los hechos y en otros eventos no realizó una ponderación de los testimonios para verificar realmente el alcance de los mismos, finalmente frente a la prueba científica le dio un valor que no tenía dejando por fuera la apreciación conjunto (sic) que debe realizar de otros medios probatorios con lo cual llegó a conclusiones erradas”.

Entre las pruebas que afirma omitidas por el sentenciador, relaciona:

El testimonio de Alba Lucía Quintero Morales, quien refirió conocer a los occisos como guerrilleros de las FARC y si bien fue vinculada mediante indagatoria a esta actuación penal, se hizo con el propósito de demeritar sus dichos, pero sin finalmente declarar su responsabilidad.

El informe pericial de balística de acuerdo con el cual se estableció que el revólver incautado a uno de los occisos había sido disparado, con lo que se establecería que, en efecto, hubo combate.

Los testimonios de Carlos Alberto Betancour Jiménez, Juan Manuel Villegas Duque y Cleofe López Ruíz, quienes también corroboraron la pertenencia de los occisos a las FARC.

La constancia de la diligencia de inspección judicial que no fue posible cumplir debido a que el lugar estaba minado, como de ello dio cuenta el Personero Municipal Francisco Peroni, aspecto también referido por los testigos López Ruíz y Villegas Duque. Esta circunstancia tampoco fue tomada en cuenta en las sentencias.

El “Informe No.56”, del CTI, en el cual se deja apenas latente la posibilidad de que una de

las personas relacionadas pudiera responder al nombre de 'Julio César Sepúlveda', al parecer perteneciente a las FARC, documento que hubiera "ayudado a la identificación de esta persona pero esto tampoco pasó, simplemente reposa en el expediente".

"Acta No. 10" que da cuenta de la destrucción de una granada e incautación de material de guerra, lo que demuestra que efectivamente "las personas fallecidas...si murieron en combate", como lo corroboran el Acta de entrega de material de guerra y el Poligrama de la Policía Nacional.

El Informe de Balística Forense 442177 del 28 de noviembre de 2009, acorde con el cual no fue posible determinar la dirección seguida por los proyectiles en el cuerpo de los occisos y entonces menos desvirtuar que fueron muertos en combate.

Asegura, de otra parte, que también concurre falso juicio de existencia por suposición, pues los "falladores dieron a las pocas pruebas que valoraron efectos que no tenían", como dice sucede con los dictámenes periciales orientados a demostrar la existencia del delito de tortura, pues lo único que arrojaron fue dudas sobre este particular.

En este sentido, la controversia surge de lo consignado por el médico Vidal de Jesús Ramos Melchor, quien realizó la autopsia y el concepto emitido por el Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias Forenses a cargo de la MD Morcillo Méndez, pues emerge el criterio según el cual existirían manifestaciones o signos de tortura en NN alias 'Pantera', cuando acorde con cita de autor forense, se estaría frente a una de aquellas hipótesis en que se confunden las partes objetivas y subjetivas de un protocolo o el error de sustituir una interpretación científicamente defendible por la intuición, pues para la libelista, las conclusiones de la perito no toman en cuenta otras formas de producción de lesiones superficiales en la piel. Cita, a propósito, algunos extractos de las conclusiones dadas por el médico Ramos Melchor, a las que no les encuentra "bases técnicas y científicas".

Insiste en que el origen de las abrasiones, escoriaciones y otras lesiones superficiales, pudo ser el combate, lo cual no se descarta con las diversas declaraciones de los médicos Ramos Melchor y Morcillo Méndez, pues así como no es posible asegurar su carácter premortem, tampoco que no se produjeron por efecto de la confrontación y entonces menos aun sostener que fueron producto de actos de tortura.

Se ocupa entonces del dictamen y lo depuesto por la médico Morcillo, criticando la propia fuente de sus valoraciones, así como sus conclusiones, algunas de las cuales encuentra relevantes para hacer notar que en relación con los hechos que valoran, tanto sus dichos y los del otro galeno emergen llenos de contradicciones y vacíos que descartan la existencia de tortura.

Alude enseguida a lo depuesto por María Roselia García y Lorenzo de Jesús Mesa, padres de Medardo, sintetizando sus dichos en orden a resaltar múltiples “Falencias” que dice condujeron a que la Fiscalía les atribuyera situaciones que “no corresponden con lo dicho por los testigos”, además de ser fallida la diligencia de reconocimiento fotográfico en relación con los imputados. Advierte, por otra parte, que en la acusación se dio por probado que el Ejército ingresó a la vivienda en forma irregular y maltrató a quienes luego fueron reportados como muertos en combate, a partir de lo depuesto por Alba Nidia Mesa, pese a no tratarse de una testigo presencial de los hechos.

Para la casacionista “contrario a lo dicho en el fallo de primera instancia estos declarantes no son claros ni precisos ni completamente creíbles”, máxime cuando asegura haber probado que en realidad son “incongruentes”.

El Tribunal debió, según criterio de la censora, haber reconocido que no existía certeza en relación con el delito de tortura y así mismo desechar la concurrencia de secuestro, por razón de las contradicciones de los testigos, a la vez que tratándose de integrantes de un grupo armado ilegal, no solamente no fueron secuestrados, sino que murieron en combate

con el Ejército.

Solicita se case la sentencia y absuelva a los procesados por todos los cargos.

Concepto de la Procuraduría Tercera en Casación

Por encontrarlo pertinente, previamente referirse a los cargos propuestos en la demanda, la señora Procuradora Tercera en Casación Penal aborda el estudio de los delitos objeto de imputación, desde la perspectiva de la justificación político criminal de los mismos, como también en relación con los elementos típicos que los conforman.

Hecho lo anterior, se ocupa la Procuradora de los reproches aducidos en la demanda por la defensora de los imputados, así:

En relación con el primer cargo, contrario a lo manifestado por la censora, encuentra el Ministerio Público que la sentencia impugnada cumple con todos los presupuestos de una decisión de estas características y se ocupó en detalle de las alegaciones y planteamientos defensivos, sin que sobre el particular pueda existir reparo alguno, con mayor razón cuando es sabido que la sentencia de segundo grado se integra a la de primera instancia y mientras se resuelva lo sustancial del debate, cumple con las exigencias de ley.

Así, se ocupó en detalle, para descartarlas, de las presuntas contradicciones presentadas en los dichos de los esposos Lorenzo de Jesús Mesa y María Roselia García y vislumbrar cómo fue el ingreso de los militares a su predio y la ilícita retención de Medardo, su hijo. Del mismo modo, si bien admitió la sentencia que los testigos no reconocieron a través de fotografías a quienes ingresaron a su vivienda, no dejaron lugar a dudas de que se trató de personal del Ejército Nacional. Respecto de si los occisos pertenecían o no

a un grupo subversivo “lo que se encuentra en discusión”, es un hecho probado que no existió ningún tipo de enfrentamiento.

La sentencia dejó en claro que los hechos materia de imputación se atribuyeron a los procesados a título de coautoría, de donde la crítica por falta de determinación de la intervención en el hecho punible de cada uno de los procesados tampoco es asunto sobre el que no haya existido pronunciamiento.

Respecto del informe Médico Legista y lo depuesto por el Médico Ramos Melchor, también la sentencia se detuvo para hacer notar que no existían contradicciones relevantes y despejó las dudas que se pudieran generar al respecto.

En síntesis, para la Delegada, no le asiste razón a la demandante en esta censura.

Al detenerse en el estudio del segundo ataque, a través del contraste de diversos apartes del fallo, dice hacerse evidente que los afirmados errores de hecho por omisión probatoria no existieron, al margen desde luego, de que la conclusión a que arribara el Tribunal sea diferente a la pretendida por la defensa, pues si bien a través de lo sostenido por Alba Lucía Quintero, Carlos Alberto Betancourt y Juan Manuel Villegas, podría entenderse que Medardo y a. “pantera” pertenecían a un grupo subversivo, es claro que al momento “de su aprehensión los hoy occisos no se encontraban uniformados, no portaban armas, estaban indefensos respecto de la tropa, es decir no se encontraban en combate”; de donde, el hecho de ser de la guerrilla, en nada exime de responsabilidad a los inculpados, toda vez que los combatientes que no se encuentren haciendo parte de las hostilidades, no pueden ser objeto de tratos inhumanos, degradantes o de retenciones ilegales o ejecuciones extrajudiciales, pues están protegidos por el derecho internacional humanitario.

Sobre el “informe de balística, la inspección judicial, el informe No.56 y el acta No.10”, tampoco es cierta la aseveración de la casacionista en el sentido que el Tribunal haya

omitido apreciar estos elementos materiales probatorios, pues son referidos dentro de los argumentos de la sentencia. Por lo demás, los argumentos expuestos por la demandante dejan de lado el hecho de estar evidenciado que no existió en momento alguno enfrentamiento entre Medardo de Jesús y Fernando a. 'Pantera' con el Ejército y respecto de la posible pertenencia de los occisos a un grupo guerrillero, doctrina internacional, a que a propósito alude, enseña que en casos como el presente aquéllos estaban amparados por el hecho de ser considerados población civil, máxime cuando no se encontraban participando en hostilidades.

En estas condiciones, para el Ministerio Público, la demanda no debe prosperar.

CONSIDERACIONES

Primer cargo

1. Esta censura se ha presentado bajo los supuestos de la causal de nulidad, afirmando "motivación deficiente o incompleta de la sentencia impugnada".

Siendo este el sentido del ataque propuesto, es necesario recordar inicialmente cómo, a través de doctrina decantada por años con apego a supuestos de raigambre constitucional y desarrollo legal, ciertamente la Corte ha sentado un marco teórico general de acuerdo con el cual emerge como un imperativo que las decisiones judiciales deben tener una completa y razonada motivación, dado que su ausencia puede poner en riesgo garantías fundamentales tales como el debido proceso y el derecho de defensa. De ahí que, si se pretende erigir en causal de nulidad falencias de este orden, resulta por manera insuficiente que dicho sustento tenga por simple argumento las expectativas que el sujeto procesal tiene sobre sus propuestas, máxime si las respuestas dadas son adecuadas al planteamiento jurídico o probatorio que se ha hecho, o cuando inexorablemente por el contenido de los fundamentos de la sentencia, no puede existir ningún efecto distinto que entender lógicamente desaprobadas las proposiciones de los

sujetos procesales o el propio contenido de sus impugnaciones.

De ahí que, a pesar de exaltar el valor de garantía superior que tiene la dialéctica surgida entre los argumentos expuestos por los sujetos procesales y la respuesta que correspondientemente debe dárseles en la sentencia y sin pretensiones de agotar hasta sus últimas consecuencias los parámetros de referencia a considerar en la valoración de cada caso, reiteradamente se hace notar la precariedad en los alegatos esbozados que propugnan por una aparente ausencia de respuesta cuando realmente encubren una disparidad de criterio o valorativa, toda vez que esta clase de censuras sólo pueden tener una material justificación en aquéllas hipótesis en que hay una completa y absoluta falta de consideración de las razones alegadas o los motivos del disenso, o si la dada es en tal forma incomprensible que conspire contra el ejercicio del contradictorio, exclusivo ámbito en que se hace viable sostener vulnerado el debido proceso y eventualmente el derecho de defensa, aspectos todos recogidos por la doctrina de la Sala dentro de las categorías de motivación ausente, incompleta o deficiente, ambivalente o dilógica y falsa o sofística.

En efecto, este ha sido por lustros el derrotero fijado por la Corte que encuentra, entre otras decisiones, en la Casación 24108 de 2007, la siguiente teórica esquematización:

“Es verdad sabida que la motivación de la sentencia hace parte o integra la garantía constitucional al debido proceso (artículo 29 C. P.) y se traduce en el derecho que le asiste a los sujetos procesales de conocer los supuestos fácticos, las razones probatorias concretas y los juicios lógico jurídicos sobre los cuales el fallador construye la declaración de justicia contenida en su decisión, prerrogativa que a su vez hace posible ejercer control sobre el proceso, pues permite identificar los puntos que son motivo de discrepancia, a efectos de dinamizar los mecanismos de impugnación establecidos por el legislador.

De lo anterior se desprende como carga del operador jurídico, no solo en la sentencia, sino en las providencias que resuelvan aspectos sustanciales, referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales (Ley 270 de 1996, artículo 55), con indicación expresa y concreta de las razones fácticas, jurídicas y probatorias que respaldan el sentido del pronunciamiento.

El numeral 4° del artículo 170 de la Ley 600 de 2000 (Decreto Ley 2700 de 1991, artículo 180) señala que en toda sentencia debe hacerse un análisis de los alegatos y la valoración jurídica de las pruebas en la que el juez ha de fundar su decisión, mandato que constituye reiteración de las fuentes Constitucional y Estatutaria de las que dimana la obligación a cargo del fallador de motivar adecuadamente sus decisiones.

Ahora bien, cuando en casación se aspira a quebrar el fallo por la trasgresión del debido proceso a consecuencia de vicios en la fundamentación de la sentencia, al recurrente le corresponde precisar qué aspectos de la apelación, o cuáles inescindiblemente vinculados a ésta, no resolvió el superior jerárquico, y si tales defectos ocurrieron a consecuencia de alguna de las siguientes situaciones decantadas por la jurisprudencia¹ como causa enervante por falta de motivación de la sentencia:

- 1) Ausencia absoluta de motivación, que se presenta cuando el fallador no expone las razones de orden probatorio ni los fundamentos lógico jurídicos en los cuales sustenta su decisión;
- 2) Motivación incompleta o deficiente, la cual se configura al omitir el juzgador el análisis de alguno de aquellos dos aspectos, o porque los motivos aducidos son insuficientes para identificar las causas en las que se sustenta el fallo, o porque se dejan de examinar los alegatos de los sujetos procesales en aspectos trascendentales para resolver el problema jurídico concreto;
- 3) Motivación ambivalente o dilógica, que se presenta cuando el juez incurre en

contradicciones en la parte motiva que impiden desentrañar el verdadero sentido de la sentencia o las razones expuestas en ella son contrarias a la determinación finalmente adoptada en la resolutive; y

4) Motivación falsa o sofística, la cual tiene lugar cuando a través de una valoración incompleta o deformada de la prueba se construye una realidad diferente al factum, el juez se aparta abiertamente de la verdad probada, para llegar así a conclusiones abiertamente equívocas.

Las tres primeras constituyen errores in procedendo y son enjuiciables a través de la causal tercera de casación, en tanto que la última, como vicio de juicio o in iudicando, es atacable por vía de la causal primera cuerpo segundo”.

2. Así, la censorsa se acogió a la causal tercera de casación, persiguiendo la nulidad de lo actuado, según se advirtió, por “Motivación deficiente o incompleta”, sin observar, en primer término, que tales falencias, de existir, impondrían a la Sala el deber de corrección y por ende, el imperativo de dar alcance de respuesta a aquellos temas que se anuncian relevantes y sobre los cuales la precariedad de la sentencia, que según se sabe de la primera y segunda instancia por tratarse de decisiones adoptadas en idéntico sentido constituyen un mismo cuerpo jurídico, (para los efectos de este trámite como se sabe, la de primera y segunda instancia por tratarse de decisiones adoptadas en idéntico sentido y constituir un mismo cuerpo jurídico), eludió en su integralidad, razón suficiente para entonces entender que la consecuencia no sería la invalidación de lo actuado ni el reenvío del expediente para su refacción procesal, conforme se solicita, sino la de completar aquellos aspectos pretendidamente no abordados por los juzgadores.

3. Superado no obstante este desajuste del libelo, encuentra la Sala que la inconformidad de la demandante se expresa a través de un inventario de casi una treintena de “aspectos principales del recurso de alzada” sobre los cuales acusa la sentencia de no haberse

pronunciado. Sin embargo, revisado el escrito de apelación y confrontado su contenido con el fallo impugnado, encuentra la Corte que no corresponde a la realidad, de una parte, que el Tribunal haya desapercibido dar estricta contestación a las alegaciones de la defensa. Y en relación con cada uno de los temas referidos por la recurrente éstos fueron enunciados en dicho escrito realmente a manera de “conclusiones” y no de propuestas, pese a lo cual, es en todo caso infundado que los aspectos que involucraban hayan escapado al pronunciamiento del ad quem, entre otras razones porque resultaba absolutamente improbable una hipótesis semejante, ya que tenían directa atinencia a la propia controversia sobre el devenir de los acontecimientos en que perdieron la vida Medardo de Jesús Mesa García y N.N. alias ‘Fernando’ o ‘Pantera’, o sobre la prueba sustento de las diversas tipificaciones delictivas y en fin, sobre la responsabilidad penal predicable de los militares vinculados en este asunto en su realización.

4. En efecto, según se reseñó, los hechos que se declararon probados determinan que al medio día del 17 de marzo de 2005, hasta la casa habitada por los campesinos Lorenzo de Jesús Mesa López y María Roselia García de Mesa, ubicada en la vereda Buenos Aires del Municipio de San Luis, Antioquia, llegó el Ejército inquiriendo por su hijo Medardo de Jesús, a quien encontraron en compañía de su amigo N.N. a. ‘Fernando’ o ‘Pantera’ y tras señalarlos como guerrilleros de las FARC, los retuvieron y sometieron por la fuerza, siendo llevados amarrados al corregimiento Las Mercedes. Mediante Informe del 18 de marzo posterior el Teniente César Cataño Macías, Comandante de la Contraguerrilla “Cañón 2” reportó haber sostenido un combate y dado muerte a “bandidos del noveno frente de las FARC”, que precisamente correspondían a los ciudadanos retenidos la víspera.

5. La apelación hizo énfasis sobre la pertenencia a la guerrilla de los occisos y aun cuando no dejó en claro la consecuencia de esta condición, este fue un aspecto destacado a espacio por la sentencia de primera instancia y sobre el cual alude el Tribunal

reconociendo el carácter de milicianos que tenían Medardo y a. ‘Fernando’ o ‘Pantera’, haciendo notar que el hecho de estar ya capturados y desarmados los convertía en personas protegidas por el DIH y que, desde luego, dicha circunstancia no podía justificar la intervención de los militares en la forma como quedó probado por la investigación.

Es cierto que no se ocupó el fallo de la hipótesis, apenas esbozada por la impugnante, de acuerdo con la cual el hecho de ser admitido que los occisos eran miembros de una agrupación guerrillera pudiera incidir en la tipificación de la conducta que les fue imputada a los procesados. Desde luego, es explicable que no haya sido un tema abordado a partir de considerar, como no podía ser de otro modo, que una vez cautivos los dos ciudadanos, así fuera predicable pese a la ausencia de constataciones oficiales que de este hecho dieran cuenta, su pertenencia a la guerrilla de las FARC, no podían considerarse objetivo militar ni ejercerse en su contra actos de fuerza de ninguna índole.

En este sentido, pese a la dificultad que a veces se presenta para aplicar el principio de distinción, que como se sabe es uno de los postulados esenciales del derecho internacional humanitario y que está orientado a diferenciar entre quienes participan directa o activamente en las hostilidades y quienes no tienen dicha participación, pues muchas veces está condicionada por el rol que personas civiles cumplen en desarrollo de tal intervención, esto no puede conducir a que las autoridades produzcan ataques indiscriminados a tales actores o a que una vez neutralizados se les haga objeto de agresiones deliberadas.

6. Precisamente, dada la dificultad en la aplicación del principio de distinción, el Comité Internacional de la Cruz Roja publicó en el año 2009 la “Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el D.I.H.” y en la introducción de la misma, sobre el particular señaló:

“Todos estos aspectos de la guerra contemporánea han creado confusión e incertidumbre respecto a la distinción entre objetivos militares y personas protegidas contra los ataques directos. Esas dificultades son mayores aun cuando los actores armados no se distinguen de la población civil; por ejemplo, cuando llevan a cabo operaciones militares clandestinas o cuando actúan como agricultores de día y como combatientes por la noche. Por consiguiente, hay más probabilidad de que las personas civiles sean víctimas de ataques erróneos o arbitrarios, al tiempo que los miembros de las fuerzas armadas, ante la imposibilidad de identificar correctamente al adversario, están más expuestos de ser atacados por personas que ellos no pueden distinguir de la población civil”.

También indica la Guía que pese a dicha vulnerabilidad, de acuerdo con el DIH las fuerzas armadas pueden realizar ataques directos y confrontar a aparentes civiles sólo si ejercen una participación directa en las hostilidades (art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra), de modo que se pierde la protección contra ataques directos por parte de la autoridad durante todo el tiempo que se asuma una función continua de combate.

Por tanto, consecuente con dichas premisas, las personas que han sido apresadas o puestas fuera de combate son pasibles del mismo grado de protección que los civiles que no participan en las hostilidades. Y se sabe que la persona civil goza de inmunidad contra los ataques directos. La única salvedad en relación con éstos estriba en que no quedan exentos de ser enjuiciados por las violaciones que puedan haber cometido contra el derecho interno.

7. En este sentido y los supuestos de este caso, al margen de que para los militares de acuerdo con ‘informaciones’ (que se insiste, no eran oficiales), se estuviera en presencia de combatientes no regulares de las FARC, en las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que Medardo de Jesús y N.N. a. ‘Pantera’ o ‘Fernando’ fueron

aprehendidos y sometidos por la Fuerza Pública, sólo podían ser considerados como civiles, ostentando plena protección al tenor del derecho internacional humanitario, en términos de los Protocolos Adicionales a la Convención de Ginebra de 1949, conforme a la remisión que en este sentido hacen los arts. 135 y 137 del C.P., en orden a construir la tipicidad de los delitos de homicidio y tortura en persona protegida de que fueron objeto.

Por tanto, los combatientes, regulares o irregulares y aun en esta última hipótesis los combatientes que se mimetizan en personas aparentemente civiles, una vez son sometidos y aprehendidos por las autoridades deben serles protegidos todos sus derechos fundamentales, así como todas las garantías procesales, de donde emergen carentes de cualquier legítima intervención aquellos casos en que, como sucedió en el presente, se han puesto a buen recaudo a quienes se consideraban miembros de la insurgencia, pero ya habían sido sometidos por la autoridad, independientemente de que se les calificara de terroristas, amotinados, bandidos o secuestradores, pues al momento de ser aprehendidos y por ende estar fuera de combate, tenían plena protección contra ataques directos, máxime cuando la pérdida de dicha protección sólo es aceptable mientras dura cada acto constitutivo de participación en las hostilidades y no podían desde luego ni ser objeto de sufrimientos físicos o psíquicos y tampoco de ejecución extrajudicial.

8. Ahora bien, la descalificación de los testigos directos del momento en que los militares se llevaron a Medardo de Jesús y a NN a. 'Fernando' o 'Pantera', esto es, Lorenzo de Jesús Mesa López y María Roselia García de Mesa, no es asunto que haya pasado desapercibido para el Tribunal. Por el contrario, dedicó detenido espacio al mismo, haciendo notar que las críticas por presentar pretendidas "falencias" sus dichos, carecían de fundamento, pues no dejaron margen a duda sobre las circunstancias en que fueron retenidos, de modo que las mínimas diferencias que se esmeró la defensa en destacar para su descalificación, en ningún momento configuran contradicciones externas

que pudieran hacer pensar en que hubieran faltado a la verdad.

La intervención de los militares el día de los hechos está incontrovertiblemente acreditada no sólo a través del relato confiable y certero de los referidos testigos, sino que se ve ratificada por el informe en que, el Ejército, en circunstancias ciertamente disímiles, dice haber sostenido una confrontación armada con los dos ciudadanos retenidos la víspera. Estos dos episodios se relacionan y anudan indisolublemente, al margen del reparo consistente en los testigos no haber identificado en forma directa a los acusados, pues expresaron tener la certeza absoluta de que los captores de Medardo de Jesús y NN pertenecían al Ejército, por ya haberlos visto en la zona, especialmente a un “Cabo” que los acompañaba y constatar Nicolás de Jesús Alzate (fl. 55 c.4) que en varias oportunidades el Ejército buscaba a aquéllos por considerarlos vinculados con las FARC, según de ello dieron cuenta Carlos Alberto Betancur (fl.97 c.1) y Juan Manuel Villegas (fl.100 c.1).

9. La lista de pretendidos aspectos que aduce la demanda como no abordados por la sentencia son realmente enunciados temáticos que involucran criterios divergentes en sus distintos contenidos, pero no alegaciones que debiera abordar la segunda instancia en forma distinta a como se les dio respuesta. Se trata de constancias de inconformidad que no asumen en forma cierta las pruebas sustento de la sentencia de primer grado, para declarar la responsabilidad de los miembros del Ejército en los delitos por los cuales se les formuló acusación, lo que sucede con la afirmación según la cual el delito de tortura se habría determinado a través del “protocolo de Estambul”, cuando otros elementos permitieron constatar que a las víctimas se les infligieron lesiones y dolores pre mortem; o reconocer falencias en el protocolo de necropsia, pero sin desvirtuar lo esencial de dicha diligencia, o, como se vio, si las víctimas eran o no miembros de las FARC tema inocuo en las consecuencias que para la defensa tenía esta circunstancia como no fuera descontextualizada de los hechos que se declararon probados, o englobar estos tópicos con la aseveración en el sentido que se habría incurrido en diversos “errores de hecho y de derecho”, o “valorar como testigo presencial a Alba Nidia Mesa”, cuando el

Tribunal fue enfático en que los únicos presenciales fueron los padres de Medardo de Jesús, o sostener que no se aceptaron las dudas, o aludir a alegatos de la Procuraduría General cuando éstos no se allegaron, o la munición gastada por los militares, como si estas generalidades fueran alegatos serios que ameritaran alguna clase de respuesta.

10. Así las cosas, la sentencia impugnada, contrariamente a lo sostenido por la demanda, si realizó un “estudio juicioso del proceso” y lo sustentó obviamente en las pruebas aportadas; pero más aun, respondió los alegatos de la apelación en forma concreta, con detenimiento, ameritando especial cuidado la típica concreción del delito de tortura sobre el que se hicieron particulares objeciones, sin que pueda válidamente sostenerse que existan falibilidades en orden al cumplimiento del debido proceso y el derecho de defensa por falta de motivación, o por no satisfacerse los presupuestos sustanciales de esta clase de decisiones, acorde con el sentido y alcance que a su contenido le ha fijado el art. 170 de la Ley 600 de 2000.

En estas condiciones, el cargo no prospera.

Segundo cargo

1. Esta censura se encamina por violación indirecta de la ley sustancial derivada de error de hecho por falso juicio de existencia, que es explicado por la libelista como “un error que afectó la apreciación integral de todos los medios probatorios obrantes en el expediente y ello condujo a una conclusión errada de los hechos”. Siendo ello así, lo primero que dimana de semejante postulado, por corresponder al supuesto de los yerros fácticos en la especie aducida, es que el sentenciador habría pretermitido la valoración de elementos de convicción relevantes, con aptitud suficiente para modificar el sentido de la decisión atacada.

2. No obstante, el desarrollo del reparo afirma que el fallo se fundó en “testigos de oídas”, o en la falta de “ponderación” de otros testigos, o no darle el “valor” que tenía la

prueba científica y en general no efectuar una apreciación conjunta de la totalidad de los elementos allegados.

Queriendo encauzar dentro de los supuestos originales el reproche, adujo como omitidos los testimonios de Alba Lucía Quintero Morales, Carlos Alberto Betancour Jiménez, Juan Manuel Villegas Duque y Cleofe López Ruíz, quienes corroboraron la pertenencia de los occisos a las FARC.

Aun cuando según ya se advirtió, la sentencia reconoce que a pesar de no existir informaciones oficiales, las personas muertas pudieron hacer parte de la insurgencia y en este sentido depusieron los referidos testigos, este es un aspecto sobre el cual a espacio se ocuparon las sentencias, en forma tal que es evidentemente infundado que se esté frente a unas pruebas omitidas, conocida no sólo la complementariedad de las decisiones de primer y segundo grado en esta materia, sino además que, por las razones señaladas, reconocer la vinculación de los occisos a las FARC es asunto aceptado por el sentenciador, sin incidencia alguna en la índole del compromiso penal de los procesados.

3. Expuso también desconocido el informe pericial de balística por medio del cual se determinó que el revólver incautado a uno de los occisos había sido disparado, pretendiendo a través del mismo demostrado que hubo combate.

Los alegatos defensivos en audiencia pública dieron cuenta de haber omitido la Fiscalía valorar la referida prueba pericial y de este modo fueron reseñados por el juez. No obstante, dado que diversa prueba permitió descartar que la muerte de Medardo de Jesús y NN, hubiera sido consecuencia de una confrontación armada con el Ejército, la puesta en escena de diversos elementos, entre ellos el revólver mencionado, resultaba irrelevante para por ese medio pretender evidenciar la existencia de combate.

Ciertamente, es ostensible la precariedad del razonamiento propuesto. El hallazgo de dicho artefacto al lado de uno de los cuerpos y el hecho de constatarse que el mismo

pudo ser disparado, en manera alguna permite concluir que hubo “combate” con el Ejército y más bien, dadas las circunstancias en que se desarrollaron los hechos, a todo cuanto apunta dicho hallazgo es a considerar que el mismo fue dejado en ese lugar precisamente para procurar hacer solventable la tesis de la confrontación.

4. En relación con la inspección judicial a que alude la demanda como diligencia que no fue posible realizar por razones de orden público, es muy claro que no se trata de una prueba omitida, en el sentido en que resulta propio el yerro fáctico de existencia, razón suficiente para calificar de incierto el argumento que se pretende construir de esta manera, sin que en todo caso participe de los errores de hecho atacables en casación.

5. Ciertamente la sentencia no se detuvo en el aludido “Informe No.56 del CTI”, relacionado con la posible identidad de uno de los occisos y su eventual vinculación a las FARC. Una vez más, la censora prescinde de explicar el interés de esta prueba, siendo por el contrario elocuente su insignificancia, admitido, como quedó referido, que los dos ciudadanos ultimados pudieran pertenecer a una agrupación insurgente y sin que este aspecto pudiera, en las circunstancias de los hechos juzgados, afectar positivamente la intervención delictiva de los integrantes del Ejército.

Lo propio cabe señalar en relación con el “Acta No. 10” que da cuenta de la destrucción de una granada e incautación de material de guerra y que para la libelista demostraría que hubo combate, pues tales elementos no posibilitan semejante conclusión, como no fuera a través de su valoración fuera de contexto y con desmedro de la demás prueba que ilustra el devenir a partir de la retención de las víctimas y su posterior inerte ejecución.

Nada aporta en orden al pretendido error de hecho acusado, el Informe de Balística Forense 442177 del 28 de noviembre de 2009, en que se detalla no ser posible determinar la dirección seguida por los proyectiles en el cuerpo de los occisos, como para inferir

caprichosamente que esta imposibilidad científica conduzca a reconocer que si hubo combate. También fue reseñada por la sentencia de primera instancia (fl.210 c.10).

6. Introdujo la censura un falso juicio de existencia por suposición, pues los “falladores dieron a las pocas pruebas que valoraron efectos que no tenían”, referido a los dictámenes periciales que estuvieron destinados a demostrar la existencia del delito de tortura y que según su criterio sólo evidencian dudas en favor de los encausados.

En realidad, la demandante no desarrolla el error aducido, que bien se sabe le imponía demostrar que los sentenciadores pese a no existir pruebas capaces de acreditar que en vida se les pudo infligir a los occisos dolores o sufrimientos físicos o síquicos, dieron por evidenciados los mismos.

El delito de tortura fue materia de amplia controversia procesal, sin que no obstante diera lugar a incertidumbre su concurrencia típica, toda vez que algunas de las lesiones observadas en los cuerpos de los occisos proclaman que fueron ocasionadas cuando aún se encontraban con vida.

En esa dirección fueron los testimonios del médico Vidal de Jesús Ramos Melchor, a cuyo cargo estuviera la realización del acta de protocolo de necropsia, pues al deponer sobre las conclusiones de su dictamen, el 3 de agosto de 2007 refirió que las heridas observadas en el cuerpo de NN a. ‘Fernando’ o ‘Pantera’, se produjeron “en el preciso momento de la muerte o después” (fl.232 c.7), pero en ampliación de esta diligencia el 16 de agosto posterior, sostuvo que por sus características se habrían presentado en vida (fl.238, c.7). Dada la aparente contradicción depuso nuevamente el 18 de noviembre de 2008 (fl.97 c.7), señalando que las heridas pudieron presentarse al momento de la muerte o minutos antes de su acaecimiento.

Este panorama determinó solicitar al Instituto Nacional de Medicina Legal un concepto científico, que estuvo a cargo de la Médico María Dolores Morcillo Méndez, quien tanto en su concepto inicial (fl.169 c.7), como en ampliación del mismo (fl.242 c.7), concluyó que las heridas en NN a 'Fernando o 'Pantera', "fueron causadas en el sujeto aún con vida".

7. Con estricta sujeción al contenido de la aludida prueba, esto es, sin que quepa sostener que en procura de su valoración haya entrado a suponer alguna diversa a aquella acopiada al expediente, concluyó el Tribunal en que si bien podía existir algún reparo respecto del dictamen rendido por Medicina Legal con base en fotografías y no directamente en los cuerpos de las víctimas, no sucedía igual con las constataciones del Médico Ramos Melchor, de acuerdo con el cual las heridas encontradas "tienen las características de lesiones peri mortem, es decir producidas momentos antes o en el instante mismo de la muerte".

Pero la concurrencia típica del delito de tortura, como se sabe, no quedó con exclusividad supeditada a la prueba pericial, pues como lo advierte el Tribunal, acorde con la versión de los testigos presenciales "Desde el preciso momento de la retención, estos dos individuos fueron sometidos a sufrimientos injustificados", como de ello dio cuenta Lorenzo Mesa (fl.147 c.3 y fl.177 c.6). En efecto, narró el testigo:

"Ya los sacaron al patio, los amarraron y al hijo lo tendieron al suelo, y un soldado se le montó así encima y le puso un machete en el pecho, y yo oía que lo trataban mal pero no escuchaba lo que le decían. Al otro si lo sacaron a punta de zapatazos, con el pie, con patadas, sonaba como si fuera un aparejo que le estuvieran dando. A ellos los amarraron con los lazos de la casa, que tenía para amarrar carga a las bestias. Los amarraron con las manos a la nuca (el declarante coloca las manos detrás del cuello). Ya después de ahí se fueron, ya después escuchamos fue el papeleo (sic) de queseaban (sic) enfrentados con la guerrilla. Esa plomacera se dio fue por ahí cerquita de la escuela del corregimiento

de las mercedes. Esa plomacera duró por ahí cinco minutos máximo, la plomacera fue por ahí a las 6 .P.M. Al día siguiente, me llevaron fue la noticia que viniera a reclamarlo aquí al anfiteatro". (fl.148 c.3).

Colige por ello la sentencia impugnada:

"Es evidente, que estas amenazas proferidas por los integrantes de la patrulla militar que llegaron hasta la residencia del señor Lorenzo Mesa y las agresiones físicas en contra de los hoy occisos, se dieron como consecuencia de su señalamiento como integrantes de la guerrilla, lo que a la luz de los tratados internacionales, la jurisprudencia antes mencionada y las normas legales, constituyen un típico caso de tortura tanto física como psicológica, porque estas conductas evidentemente crearían en cualquier ciudadano un estado de desazón y zozobra.

Por lo mismo, atendiendo estos instrumentos internacionales acogidos por la Legislación Nacional y teniendo como base el principio de libertad probatoria, consideramos que para este primer evento de tortura, ejecutado en medio de la retención ilegal de las víctimas, no era necesario, como lo solicita el recurrente, la existencia de un dictamen en donde se establecieran lesiones en el cuerpo de los hoy occisos relacionadas con los puntapiés o los amarres referenciados por el señor Lorenzo Mesa...".

Lo propio señala la sentencia, respecto de las lesiones observadas en el cuerpo de NN a. 'Fernando' o 'Pantera', al advertir que:

"No encontramos explicación al hecho, de si el señor Fernando NN se encontraba privado de su libertad por parte de los soldados pueda presentar estas lesiones causadas con un objeto contundente, o como los define el médico Vidal 'objeto de punta roma', ya que con la prueba técnica se derrumba la explicación ofrecida por los militares, quienes, en un relato homogéneo, siempre justificaron las heridas halladas en los cuerpos con las supuestas caídas reiteradas de las víctimas de los caballos donde eran

transportados luego de su muerte, situación que carece de veracidad, pues, como se vio, las lesiones fueron causadas cuando el secuestrado aún se encontraba con vida, lo que inexorablemente nos lleva a concluir que al señor Fernando NN también conocido como ‘Pantera’, se le infligieron sufrimientos físicos como castigo por su condición de subversivo”.

8. La contención valorativa de los dictámenes periciales o de los testimonios de Lorenzo Mesa y Roselia García, o la cita del resultado fallido del reconocimiento fotográfico, son expresiones de inconformidad sobre el mérito que para la casacionista merecen como pruebas, pero que en manera alguna configuran errores de hecho oponibles en esta sede y menos aun en la especie del yerro fáctico por omisión o suposición aducidos.

En estas condiciones, esta censura tampoco tiene vocación de éxito.

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

RESUELVE

No casar el fallo impugnado.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Sentencia de 12 de diciembre de 2005. Proceso N° 24.011.