

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

SALA : SEGUNDA SALA DE DECISIÓN
MAGISTRADO
PONENTE : MY(r). JOSE LIBORIO MORALES CHINOME.
RADICADO : 157498-XV-62
PROCEDENCIA : JUZGADO SEGUNDO PENAL MILITAR DE BRIGADA
PROCESADO : C3. MARTIN SANCHEZ RICARDO HUMBERTO
SLR. SIERRA DELGADO JIOVANI
MOTIVO : APELACIÓN SENTENCIA ABSOLUTORIA
DELITO : HOMICIDIO AGRAVADO
DECISIÓN : CONFIRMA SENTENCIA ABSOLUTORIA

Bogotá, D.C., Veintiséis (26) de Junio de Dos Mil Trece (2013).

V I S T O S:

Procede la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar a desatar el recurso de apelación incoado por la DRA. ELBA RUTH URIBE MARTINEZ Procuradora Judicial Penal 293 delgada ante la Primera Instancia, contra la Sentencia de fecha 11 de septiembre de 2012 proferida por el Juzgado Segundo Penal Militar de Brigada, mediante la cual absolvió al C3. MARTIN SANCHEZ RICARDO HUMBERTO y SLR. SIERRA DELGADO JIOVANI acusados por el delito de HOMICIDIO AGRAVADO.

H E C H O S:

Fueron resumidos por e A - Quo de la siguiente manera:

*"Conforme se sintetiza en la Resolución de Acusación calendada el 6 de Noviembre de 2008, el **C3. MARTÍN SANCHEZ RICARDO HUMBERTO** y el **SLR. SIERRA DELGADO GIOVANI** el día 26 de agosto de 2006, a eso de las 11:00 horas, aproximadamente, estando en el sector conocido como Vereda del Caño Rasquiña, en jurisdicción de Barrancabermeja (Santander), en desarrollo de la misión táctica "Certo" por parte de tropas del **BATALLÓN ESPECIAL ENERGÉTICO Y VIAL NO. 7**, luego de realizar infiltración en el terreno, al divisar un individuo que vestía uniforme camuflado y portaba armamento, dispararon sus fusiles de dotación resultando con heridas fatales el IMP. **MENESES MORALES ALEJANDRO**.-"¹.*

ACTUACIÓN PROCESAL:

Con fundamento en el informe allegado por el señor TC. SAMUEL ALBERTO RIOS SEPÚLVEDA en su calidad de Comandante del Plan Energético y Vial No. 7, mediante la cual da a conocer la muerte del Infante de Marina MENESES MORALES ALEJANDRO, el Juzgado 38 de Instrucción Penal Militar, con auto del 26 de agosto de 2006², decretó apertura formal de investigación penal en contra de los militares C3. RICARDO MARTIN SANCHEZ y SLR. SIERRA DELGADO GIOVANNY por el

¹ Folio 746 co 3

² Folios 1 – 2 c.o. No. 1.

delito de HOMICIDIO, ordenando su vinculación mediante indagatoria, diligencia que se llevó a cabo el día 18 de Septiembre de 2006³.

Vinculados en legal forma, con auto datado el 22 de septiembre de 2006⁴ el Instructor resolvió la situación jurídica a los procesados, absteniéndose de imponer medida de aseguramiento en su contra por el punible de homicidio culposo.

La Fiscalía 25 Penal Militar con auto del 29 de junio del 2007⁵ clausuró la etapa instructiva y la Fiscalía 11 Penal Militar mediante auto fechado el 6 de noviembre de 2008⁶, calificó el mérito sumarial con resolución de acusación en contra de los militares C3. MARTIN SANCHEZ RICARDO y SLR. SIERRA DELGADO GIOVANNI a quienes les imputa la comisión del delito de homicidio agravado.

Surtidos los trámites de la audiencia de Corte Marcial⁷, el Juzgado Segundo Penal Militar de Brigada, mediante providencia fechada el 11 de septiembre de 2012⁸, absolvió a los procesados C3. MARTIN SANCHEZ RICARDO HUMBERTO y SLR. SIERRA DELGADO GIOVANNI por el delito de Homicidio Agravado, decisión que fue recurrida en apelación por la doctora ELBA RUTH

³ Folios 195-202, 203-209 c.o. No. 1.

⁴ Folios 221-234 c.o. No. 1.

⁵ Folio 298 co1

⁶ Folios 341 – 359, 375 – 393, 397 - 415 c.o. No. 2.

⁷ Folios 742 – 743 acta corte marcial

⁸ Folios 745-785 c.o. No. 2.

URIBE MARTINEZ Procuradora 293 Penal Judicial I, recurso de alzada que hoy conoce esta sala de decisión.

PROVIDENCIA APELADA

El Juzgado Segundo Penal Militar de Brigada, inicialmente concreta el objeto de la decisión, identifica al procesado, plasma una síntesis de la situación fáctica y precisa que los procesados fueron llamados a responder en juicio por la comisión del punible de homicidio descrito en el artículo 103 del Código Penal, agravado por la circunstancia prevista en el artículo 104.7 Ibídem, seguido realiza un resumen de los alegatos de los sujetos procesales presentados en la Audiencia Pública.

Precisa el Juez Primario que para desarrollar el proceso de adecuación típica del homicidio para los miembros de la fuerza pública, se debe partir de la caracterización de un conflicto armado de carácter no internacional, para establecer el límite en el uso de la fuerza, el tipo de operación militar y las reglas de comportamiento en la acción; a partir de esta premisa desarrolla un marco dogmático para caracterizar el concepto de conflicto con carácter no internacional; concreta las categorías de las operaciones militares conforme a la doctrina militar, para indicar en cuales

operaciones se puede hacer uso de la fuerza conforme a las reglas del Derecho Internacional Humanitario y en cuales se debe observar las reglas de los Derechos Humanos, para finalmente inferir, tomando como fundamento jurisprudencia del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia y la Corte Constitucional colombiana, que,

*"... sin duda alguna puede afirmarse que la situación de violencia que se vive en Colombia desde hace más de cinco (5) décadas, corresponde a la de un conflicto armado no internacional, y que por lo tanto el actuar de los miembros de la Fuerza Pública debe ser ponderado a la luz de las normas de Derecho Internacional Humanitario que limitan el comportamiento de los combatientes en este tipo de conflictos."*⁹.

Valora la prueba testimonial y documental, para afirmar que, no había duda sobre la materialidad de la conducta imputada, dado que se evidenciaba de manera clara la muerte del IMP. MENESES MORALES ALEJANDRO como consecuencia de las heridas por proyectil de arma de fuego, habiéndose establecido que los militares C3. MARTIN SANCHEZ RICARDO y SLR. SIERRA DELGADO JIOVANNI actuaron de manera conjunta en calidad de coautores del hecho, durante el desarrollo de la operación "FARAON", cuya finalidad era neutralizar el accionar de la cuadrilla Rafael Rangel de las F.A.R.C., en la que se contó con el apoyo de un elemento fluvial al mando del SSCIM.

⁹ Folio 756 co 3

ARROYO ORTEGA, quienes debían quedarse en el punto de desembarco mientras los integrantes de la patrulla del Ejército efectuaban la infiltración terrestre.

Afirma la falladora que podría pensarse en la posibilidad de la existencia de la causal de ausencia de responsabilidad, prevista el artículo 33.3 del Código Penal Militar, cuando se obre en estricto cumplimiento de un deber legal, no obstante, advierte que la presencia de los militares en ese lugar se debió precisamente al cumplimiento de una misión constitucional y legal conferida a la fuerza pública, por ello, esta circunstancia lejos de justificar su actuar, se constituye en el elemento que permite que opere el fuero, por tanto, como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, lo justificado es la muerte en combate de un integrante del grupo insurgente, que la víctima tenga esa condición y el suceso ocurra durante la conducción de hostilidades o actos hostiles.

Sin embargo, de acuerdo a lo alegado por la Fiscalía, el Ministerio Público en cuanto a la errada percepción que tenían los inculcados de las condiciones en que ocurrieron los hechos que rodearon el deceso del Infante de Marina, debe valorarse a la luz de lo descrito en el artículo 33.10 del Código Penal Militar, circunstancias conocidas en la teoría moderna del derecho penal como error de tipo y error de

prohibición; y en ese orden, seguido realiza una exposición sobre el contenido dogmática de las citadas causales, para establecer su diferenciación.

Aduce que para el caso bajo estudio debe considerarse como obrante la segunda de las citadas, es decir, el error de prohibición, como quiera que los militares encartados consideraron *"... que al disparar hacía donde divisaban unos sujetos uniformados y armados, los que suponían eran "el enemigo", estaban cumpliendo con su función legal y constitucional, conforme el objetivo de la misión táctica que ejecutaban."*¹⁰, dado que según se infiere de las probanzas,

*"... dentro de las coordinaciones realizadas para la ejecución de la maniobra estaba acordado que el personal de la Infantería de Marina debía permanecer a bordo de los elementos fluviales, y que en caso de producirse su desembarco debían portar casco, chaleco y brazalete de identificación blanco; previsiones estas, ninguna de las cuales fueron cumplidas por los Infantes de Marina, y contrario a ello, avanzaron tierra adentro sin informar al personal que realizaba la infiltración terrestre ni adoptar mecanismos de identificación alguno de los previamente acordados."*¹¹.

E igualmente porque,

"Las tropas de Ejército Nacional tenían un conocimiento razonable de la presencia de subversivos en el área, y fue precisamente esto lo que llevó al planteamiento y ejecución de la misión táctica "CERTERO", por lo que no es descabellado ni salido de lógica el que al ver

¹⁰ Folio 775 co 3

¹¹ Folio 775 co 3

*personal uniformado y armado en el área en donde esperaban encontrar su objetivo llegaron a la conclusión de que se trataba del "enemigo", siendo entonces considerable que el **C3. MARTIN SANCHEZ RICARDO HUMBERTO y el SLR. SIERRA DELGADO JIOVANI** incurrieran en error de considerar que en el área se encontraba un dispositivo de seguridad de los guerrilleros y por ende presencia de un número mayor de ellos, es decir, se equivocaron sobre la situación real que se presentaba."*¹².

Afirmó que el error de permisión se presenta cuando el sujeto cree que su conducta está permitida o legitimada y recae sobre la existencia jurídica de una causal de justificación no prevista en el ordenamiento jurídico que el agente considera que existe y legitima su actuar.

Aduce que el solo hecho de tratarse de la muerte de un guerrillero no está prevista en la norma como justificante, no obstante, de un lado encuentra antecedentes culturales, en tanto que de acuerdo a la mentalidad guerrillera en que son formados los militares, dadas las circunstancias del conflicto interno, consuetudinariamente se ha considerado que los guerrilleros son el enemigo y representan un peligro inminente dada la potencial amenaza para la vida e integridad y de otro, no debe olvidarse que la legislación interna ha incorporado instrumentos de índole internacional que regulan el comportamiento de las partes en los eventos de conflictos bélicos.

¹² Folios 775 – 776 co 3

Asegura que en tratándose de un conflicto de carácter no internacional son aplicables tanto el artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra como el protocolo II adicional, por tanto, la actividad de los combatientes se encuentra circunscrita a una serie de disposiciones y a la abstención de ejecutar las conductas proscritas en el derecho internacional de los conflictos armados, como el empleo de métodos y medios de guerra no permitidos; no incurrir en perfidia; facultad de recurrir a las estratagemas; etc., luego bajo ese entendimiento la conducta ejecutada por los procesados, en su entender carecía de antijuricidad al estimar que se hallaba justificada conforme a los lineamientos que rigen la actividad de los combatientes, pero dicha convicción se originó en una percepción errada de la realidad, pues creyeron que lo que divisaban en la proximidad era el enemigo.

Resalta que el Código Penal Militar se orienta hacia la teoría del dolo, pues lo considera como parte de la culpabilidad por lo cual el juicio de reproche se realiza con base en el conocimiento que tenga el agente de la antijuricidad de su conducta, por ello, la creencia errada de la juricidad libera al sujeto de toda culpabilidad cuando el error es invencible, pero si fuere vencible, la conducta será objeto de reproche si el delito está

previsto como culposo, como en el caso del homicidio.

Afirma que en el caso se tiene como antecedente la concepción que tenían los acusados de la presencia del enemigo en la zona, lo cual generaba un estado de ansiedad ante el inminente peligro, luego al percatarse de la presencia de extraños en el área y como según lo coordinado no habían más tropas del Estado que confluyeran a ese lugar, elaboran una impresión mental errada y con fundamento en ella tomaron la decisión de ejecutar la acción, que consideraban justificada.

Ello en cuanto que al momento de planear la misión táctica se acordó que el personal de Infantería de Marina permaneciera en el punto de desembarco mientras las tropas del Ejército realizaban la infiltración, luego de ser necesario que los de Infantería de Marina desembarcaran, su radio estaba limitado al área de seguridad del elemento fluvial portando casco chaleco y brazalete de identificación, medidas que no cumplieron y en absoluta indisciplina se adentraron en el terreno, so pretexto de cargar un avantel y ante esa situación los procesados no contaban con elementos de juicio para diferenciarlos, más que los establecidos previamente por sus superiores.

Señala que extraña que el Ministerio Público y el Acusador, afirmen que los

militares no hicieron proclama alguna para anunciar su presencia, pues uno de los principios ofensivos de la guerra es la sorpresa táctica que permite golpear el enemigo de una manera para la que no esté preparado, para cambiar decisivamente el poder de combate, materializándose dicho principio utilizando fintas o engaños, por tanto la acción hostil sorpresiva no es un comportamiento censurable a las partes en conflicto, por el contrario ha de esperarse que el enemigo actúe de esa manera.

Finalmente afirma que,

*"No tenían forma alguna los acusados de salir de su error sin delatar su posición, poner en peligro su integridad y la de sus compañeros y perder la ventaja militar que les brindaba la sorpresa, razones por las cuales dicho error se convertía en invencible, dadas las concretas circunstancias y condiciones en que se desarrollaron los hechos, y en consecuencia el proceder de los **C3. MARTIN SANCHEZ RICARDO HUMBERTO y SLR. SIERRA DELGADO GIOVANNI** no puede considerarse como punible y por ende deberá proferirse en su favor sentencia absolutoria."*¹³.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

La doctora ELBA RUTH URIBE MARTINEZ en su condición de representante del Ministerio Público ante la Primera Instancia, impugnó por vía de apelación la decisión del A -Quo, al considerar que debía revocarse la sentencia absolutoria que favorecía a los procesados, para

¹³ Folio 783 co 3

que se responsabilicen del punible de homicidio culposo.

Destaca que obra en el expediente la misión táctica 064 del puesto fluvial avanzado No. 31 que tenía como misión el apoyo del transporte del personal del Ejército al área asignada a la misión y debía permanecer en el área de desembarco y en caso de desembarco su radio de acción estaba limitado al área del elemento fluvial, portando casco, chaleco y brazalete de identificación, situación que conocía todos los que integraban la operación, mientras el personal del Ejército realizaba la infiltración terrestre.

De igual manera, afirma que obra la orden de operaciones Misión Táctica "CERTERO" cuya finalidad era *"... neutralizar el accionar de Narcoterroristas de las ONT-FARC que venían intimidando la población de las veredas, para capturarlos y en caso de resistencia armada, mediante aplicación proporcionada de la fuerza reducir a los delincuentes, ..."*¹⁴, por ello estima que el actuar de los militares debía realizarse con fundamento en la misión táctica y en caso de reacción aplicar las instrucciones impartidas, pero contrario a ello, el componente militar actuó imprudentemente, pues el IMAR. MENESES MORALES ALEJANDRO en ningún momento accionó el arma que portaba, por el contrario se alejaba de ella, ni siquiera mostró un ademán que

¹⁴ Folio 795 co 3

significara ataque que pusiera en riesgo al personal del Ejército.

Afirmó que su inconformismo radicaba en que los uniformados que dispararon sus armas de acuerdo con el fallador, actuaron bajo el error invencible, cuando realmente se evidenciaba la presencia del error vencible y en ese evento la conducta sería punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.

Considera la conducta como culposa, por cuanto conforme lo revelan las probanzas se observa que la tropa bajo el mando del SSCIM. ARROYO incumplieron la orden de permanecer a bordo de los elementos de combate, adentrándose en el terreno con el pretexto de recargar el avantel, sin la previa advertencia al personal del Ejército que se encontraba en tierra, situación que generó el error y creó en la mente de la tropa que se trataba de guerrilleros, por lo que dispararon sus armas con la creencia que se trataba de facinerosos, pero debe tenerse en cuenta que la persona que vestía de camuflado no los atacaba, llevaba el arma terciada en la espalda, caminaba de espalda a la tropa, por ello recibió el disparo en la parte posterior como lo indica la necropsia.

Dijo que los uniformados no obraron con el cuidado y sigilo que se debía tener en el procedimiento, por el contrario fueron

negligentes en su actuar, olvidando el cuidado y la diligencia que debían observar en esos operativos, si bien el infante estaba armado no tenía empuñado su arma, ya que la portaba terciada a su espalda, posición que no permitía reaccionar fácilmente para percutirla, cerca de una vivienda en zona poco boscosa como lo muestra el álbum fotográfico, además, era pleno día, razón por la que predicaba que no estaba desplegando acción ofensiva alguna.

Asegura además que, del material de prueba testimonial se podía establecer que el personal del Ejército no emitió ninguna proclama solo los disparos, razones para solicitar la revocatoria de la sentencia absolutoria y responsabilizar a los procesados por el delito de homicidio culposo.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador 315 Judicial II Penal Dr. JAIRO ALFONSO PLATA QUINTERO, como Representante del Ministerio Público ante esta Instancia, afirmó que debía revocarse la sentencia apelada para en su lugar condenar a los procesados por el punible de homicidio culposo, en atención a que de las pruebas aportadas se demostraba que los procesados no lanzaron la proclama.

Adujo que los uniformados hicieron uso de sus armas de manera apresurada, pues el militar muerto no representaba un peligro para ellos, como tampoco era un enemigo, y aunque estuviere armado estaba de espaldas con el arma terciada y sin ninguna posibilidad de atentar contra ellos, pues el mismo DIH contemplaba normas propias de guerra, donde además existían parámetros y normas que cumplir y respetar y los procesados lo desconocieron.

Normas internacionales sobre derechos humanos que no podían desconocer al igual que las normas sobre el uso de las armas, por el contrario fueron apresurados y desmedidos en el uso de sus armas, *"... y por tanto pudieron haberlo reducido, haberle hecho la proclama o haberle disparado a una de sus piernas pero no tomar la decisión de dispararle a muerte cuando no tenían certeza de quien se trataba."*¹⁵.

Si bien el infante de marina desobedeció las ordenes, al no permanecer en el sitio dispuesto, se adentro a tierra, no se comunicó con el militar del ejército para avisar su movimiento y no portó los elementos que lo distinguían como infante como casco, brazalete, chaleco, lo que facilitó y permitió que los militares lo confundieran con el enemigo, quienes también omitieron los deberes, pues sin proclama accionaron el arma de fuego contra el sujeto sin certeza que era el enemigo.

¹⁵ Folio 806 co 3

Sostiene que si existía un error en el actuar de los uniformados, tal error era vencible, ya que bastaba lanzar la proclama para alertar al sujeto y si era un enemigo desplegar su experiencia, pero no accionar sus armas sin el mínimo esfuerzo en asegurarse de quien se trataba, disparándole por la espalda, por ello estima que no está claro que la conducta sea culposa ya que encajaba más en un dolo eventual, al estar probado que no existió enfrentamiento alguno, y por el contrario de manera responsable y excesiva usaron sus armas de dotación.

CONSIDERACIONES PREVIAS:

Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto, conforme a las previsiones de los artículos 238, numeral 3 y 360 del Código Penal Militar, por vía de apelación, para referirse únicamente a los aspectos impugnados y a los que inescindiblemente resulten vinculados al objeto de impugnación, con excepción de la nulidad, de conformidad con el principio de limitación consagrado en el artículo 583 del Estatuto Punitivo Castrense.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Por vía de apelación le corresponde a esta Sala de Decisión entrar a definir, conforme a los argumentos que sustentan el recurso de alzada, si procede o no la revocatoria

de la sentencia datada el 11 de septiembre de 2012 proferida por el Juzgado Segundo Penal Militar de Brigada, mediante la cual absolvió a los militares C3. MARTIN SANCHEZ RICARDO HUMBERTO y el SLR. SIERRA DELGADO JIOVANNI por el punible de HOMICIDIO AGRAVADO, conforme al principio de limitación consagrado en el artículo 583 del Estatuto Punitivo Castrense, para referirse únicamente a los aspectos impugnados y a los que inescindiblemente resulten vinculados al objeto de impugnación sujeto al interés del apelante, con excepción de la nulidad.

En ese orden debe resaltarse que, si bien es cierto el Fallador de Segunda Instancia al desatar el recurso de apelación, conforme al principio de limitación, solo debe pronunciarse sobre los aspectos referidos en el recurso de alzada, el mismo no es absoluto, como quiera que el Ad - quem está facultado para extender su estudio a otras materias inescindibles, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, *"... doctrina y jurisprudencia coinciden en concluir que la extensión de la competencia del superior a temas inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación resulta procedente cuando se advierta hacer prevalecer el derecho sustancial o cuando ello influya en la coherencia y la lógica que ha de observarse en la decisión del superior funcional ..."*¹⁶.

Justipreciados los argumentos en los que la apelante DRA. ELBA RUTH URIBE

¹⁶ Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal.- Radicado 23259 – Sentencia del 23 de Marzo de 2006.- MP. DR. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

MARTINEZ, representante del Ministerio Público ante la Primera Instancia funda el recurso de alzada y los plasmados en el concepto rendido por el Ministerio Público Ad - quem, con los vertidos por el A - quo en la sentencia impugnada, encuentra este colegiado que el único reproche formulado está referido a la vencibilidad del error en que pudieron haber incurrido los procesados, en todos los demás aspectos se muestran conformes, luego, ese será el asunto que deberá examinar la Sala, de acuerdo al principio de limitación que gobierna el recurso de alzada.

Como quiera que del estudio de la providencia impugnada se observa alguna ambivalencia en relación con el desarrollo dogmático respecto del error en el que funda la decisión, amén de ello, como la planeación de la misión táctica y la ejecución de la misma se cumplieron bajo los principios del Derecho Internacional Humanitario, no obstante, la apelante ataca la sentencia desde la óptica del derecho interno como si la operación militar se hubiese desarrollado bajo la égida de los derechos humanos, previo a resolver el asunto de fondo se harán algunas precisiones en estas materias, como aspectos inescindibles de la apelación, consideraciones que permitirán imprimir la coherencia necesaria a la decisión que se debe adoptar.

1.- De la misión táctica, el acontecer fáctico y su relación con los principios del Derecho Internacional Humanitario.

De la valoración en conjunto de los medios de prueba, conforme a las reglas de la sana crítica, se infiere que para el día 26 de agosto de 2006, el pelotón "GRULOC - 1" del Batallón Especial Plan Energético y Vial No. 7, al mando del ST. JAIRO ENRIQUE GOMEZ MARTINEZ en cumplimiento de la "MISIÓN TÁCTICA N° 04 CERTERO", que incluía un componente de la Armada Nacional "PUESTO FLUVIAL AVANZADO No. 31" al mando del SSCIM. ROBINSON ARROYO ORTEGA, se trasladan por el río Magdalena hasta el sitio denominado "Caño Rasguño", donde el componente del Ejército desembarca e inicia la fase de infiltración hacia el objetivo y, de acuerdo a la orden de operaciones y las coordinaciones efectuadas directamente por el ST. GOMEZ MARTINEZ con el SSCIM. ARROYO ORTEGA, el componente de la Marina debía permanecer en el lugar donde se efectuó el desembarco, con comunicación directa por vía avantel y solo podía desembarcar con autorización del Comandante de la Operación (ST. GOMEZ).

El desembarco del componente del Ejército se produce a las 05:30 horas e inmediatamente se inicia la fase de infiltración pedestre hacia el objetivo, a las 06:55 se efectúa un alto, se monta el "PRO" (punto de reorganización antes del objetivo), el

observatorio y aprovechan ese espacio para que el personal desayune, a las 09:40 horas, el C3. MARTIN SANCHEZ y el SLR. SIERRA DELGADO observan a una distancia aproximada de 300 metros a dos personas con uniforme camuflado con armamento de lo cual le informan al oficial, pero cuando éste trata de verificar la información con la mira "minrrro", ya no estaban; dado que la distancia era considerable el oficial ordena realizar un envolvimiento con aproximación para tratar de identificar las personas uniformadas.

Con el mismo fin, el ST. GOMEZ se comunica con el "COC" para establecer si en esa jurisdicción se hallaba tropa del Estado y la ubicación del pelotón "CENTURIUM 3", comprometido en la misma misión táctica en esa región y como de acuerdo a las coordenadas ese grupo se hallaba muy distante de ese lugar, reiteradamente trató de comunicarse por el avantel con el SSCIM. ARROYO ORTEGA con resultados negativos, por tanto ordena continuar con el acercamiento hacia el sitio donde habían observado a los uniformados.

Utilizando dentro de la táctica de patrullaje la técnica de avance por saltos vigilados, se dirigen hacia el objetivo, más adelante montan un observatorio desde un árbol con los dos punteros, el C3. MARTIN SANCHEZ y el SLR. SIERRA DELGADO y desde allí estos observan a un sujeto en uniforme camuflado armado con fusil, "... sin ninguna clase de distintivo es decir: no tenía ni

*chaleco, ni casco, ni los respectivos brazaletes, y teniendo en cuenta cada una de las coordinaciones al inicio de la operación, donde se sabía que no podía haber personal de las Fuerzas militares por este sector, yo supe que esta persona era el enemigo, y por este motivo yo le dije al soldado hágale dele, y en ese momento fue que disparamos, no sé cuánto se disparó, pero de inmediato ellos también empezaron a disparar, de donde se escuchaba ametralladora y fusil, ..."*¹⁷, según revela en indagatoria el C3. MARTIN, quien además afirma que el personal de la infantería de marina, de acuerdo a las coordinaciones no tenía autorización para desembarcar y debía permanecer en el lugar donde la tropa abandono los elementos fluviales, aseveraciones en las que converge el otro procesado, SLR. SIERRA DELGADO.

Insiste el C3. MARTIN SANCHEZ que por las anteriores razones *"en ese momento estaba plenamente identificado que era el enemigo, y al ver que este se está alejando, yo procedo a disparar, y como comandante de escuadra yo abro fuego, en este momento no había orden de ningún superior, ..."*¹⁸, reitera que el hecho se presentó por indisciplina del componente de la armada, pues, dada la falta de distintivos del Infante daba *"... una imagen de bandido"*¹⁹, contexto que lo llevó a la certeza que se trataba del enemigo y bajo ese entendido afirma *"... yo en ningún momento quise dar de baja al infante, yo quise dar de baja al enemigo, el cual ya lo tenía identificado por lo anteriormente mencionado."*²⁰, argumentos que esgrime igualmente el SLR. SIERRA DELGADO.

¹⁷ Folio 199 co 1, indagatoria C3. MARTIN SANCHEZ

¹⁸ Folios 198 -199 co. 1. Indagatoria C3. MARTIN SANCHEZ.

¹⁹ Folio 200 co 1

²⁰ Folio 200 co 1

Del examen de las indagatorias en conjunto con los demás medios de prueba, se infiere de manera razonada que si bien es cierto, los procesados admiten haber disparado contra el hoy occiso, también lo es que, de un lado lo hicieron bajo la convicción errada que se trataba de un integrante del grupo guerrillero objeto de la misión táctica, de acuerdo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se presentó el hecho, y de otro, con el convencimiento que se trataba de un blanco lícito conforme a las previsiones del derecho internacional humanitario, como se explicará adelante, por ello, este Ad - quem, en principio comparte lo expresado por el Juez Primario, en cuanto que los hechos objeto de esta investigación, deben examinarse tomando como reglas de interpretación los principios del Derecho Internacional que regula los conflictos armados.

Al respecto habrá de precisarse que los principios, reglas y preceptos contenidos en el Derecho Internacional de los Conflictos Armados, tiene plena vigencia y son aplicables dentro del territorio Colombiano al conflicto sin carácter internacional que vive nuestro país, en virtud del denominado bloque de constitucionalidad inferido del artículo 93 superior y de las leyes 5 de 1960 aprobatorias de los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949; 171 de 1994 aprobatoria del Protocolo II de 1977

adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra; y la Ley 32 de 1985 aprobatoria de la Convención de Viena de 1969, disposiciones que permiten afirmar que en el caso bajo estudio debe aplicarse como regla de interpretación los Principios del Derecho Internacional Humanitario.

En este punto ha de aclararse que la figura jurídica de origen foráneo conocida como "*bloque de constitucionalidad*", es una técnica jurídica que permite al Juez Constitucional, en virtud de la existencia de cláusulas de reenvío instituidas en aquellas Constituciones abiertas, como la nuestra, a través de una interpretación armónica con un texto normativo concreto o conjunto de textos normativos, un principio o un conjunto de principios, ampliar el contenido objetivo del texto fundamental, que para el caso del marco constitucional colombiano, por disposición de los artículos 93 y 94 superiores, está limitado a los derechos, deberes y garantías consagrados en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

En ese orden de ideas, desde la sentencia C-225 de 1995 que trata sobre el control automático de constitucionalidad de la Ley 171 de 1994 aprobatoria del protocolo II de 1977 adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, la Corte Constitucional

ha precisado que el contenido de tales disposiciones "... no vulnera la soberanía nacional, ni equivale a un reconocimiento de beligerancia de los grupos insurgentes.", por tanto, los tratados internacionales sobre derecho internacional humanitario, son llamados a ser aplicados en las situaciones del conflicto armado sin carácter internacional, posición que ha sostenido de manera pacífica en posteriores decisiones, entre muchas otras, la C-148 de 2005, C-291 de 2007, C-488 de 2009 y C-615 de 2009, precedentes constitucionales en los que se ha entendido que los cuatro convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales, al igual que la convención contra el genocidio, hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Dentro del marco precedente, debe tenerse en cuenta que la obligación de abstenerse de utilizar la fuerza o hacer uso de ella como última ratio y en especial la fuerza letal, no hace parte del Derecho Internacional Humanitario o Derecho de la Guerra, por el contrario la existencia de confrontaciones bélicas, bien sea de carácter internacional (guerra entre estados) o sin carácter internacional, es decir, confrontaciones armadas entre Fuerzas del Estado y Grupos Insurgentes, es lo que origina la necesidad militar y en consecuencia, justifica la aplicación del Derecho Internacional de los conflictos armados que de un lado determina la protección de la víctimas de los conflictos

armados y de otro, establece las normas internacionales que rigen la conducción de las hostilidades.

Bajo ese entendido, el único objetivo válido que se debe buscar al planear y ejecutar una operación militar, deberá ser el debilitar el potencial de su adversario para alcanzar una ventaja decisiva de carácter militar, presupuesto del que germina el principio de necesidad militar que justifica el uso de la fuerza letal, la adopción de medidas, la utilización de medios y métodos de violencia permitidos por el derecho convencional y el derecho consuetudinario, indispensables para obtener la única finalidad bélica.

El derecho a emplear la fuerza o violencia en la forma y en el nivel necesario para alcanzar el sometimiento del adversario, debe ejercerse bajo el respeto absoluto de los cuatro principios que representan el mínimo de humanidad, los cuales deben observarse, tanto en los conflictos de carácter internacional como en aquellos que no poseen esa representación, los cuales corresponden en su orden a los principios de Distinción, Proporcionalidad, Limitación y Respeto a las Garantías Fundamentales de las Personas, los tres primeros atañen a la forma como deben conducirse las hostilidades y el último, al respeto del ser humano víctima del conflicto.

Estos principios por su naturaleza son generales y abstractos, no obstante, de su contenido se derivan reglas específicas que los puntualizan, desarrollan y facilitan su aplicación en términos prácticos, así, según el principio de distinción, se debe diferenciar entre quienes participan directamente en las hostilidades y quienes no lo hacen, es decir, la población civil, pues su finalidad específica es garantizar el respeto y la protección de la población civil y los bienes de carácter civil, en esa medida solamente pueden dirigirse los ataques contra objetivos militares (bienes y sujetos combatientes).

El principio de proporcionalidad tiene como finalidad minimizar los daños colaterales ocasionados a la población civil y a los bienes de carácter civil, que puedan generarse como resultado de una operación militar y en ese sentido, cuando sean, inevitables debe existir un equilibrio entre los perjuicios ocasionados a personas y bienes de carácter civil, respecto de la ventaja militar específica que se pretende obtener. Por su parte, el principio de limitación, no permite la utilización de medios y métodos de guerra que puedan causar daños superfluos o sufrimientos innecesarios en el adversario; y finalmente, el principio de respeto a las Garantías Fundamentales de las Personas, busca garantizar el trato conforme a la dignidad humana y el

permitir el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas que no participan en las hostilidades o han dejado de participar, por cualquier causa.

Desde esa perspectiva, como quiera que los hechos objeto de la presente investigación tuvieron ocurrencia durante el desarrollo de una operación militar planeada dentro del marco del derecho de los conflictos armados, según se evidencia en la orden fragmentaria de operaciones "*MISION TACTICA N° 04 CERTERO A LA OPERACIÓN FARAON DE LA QUINTA BRIGADA*", en la que de manera expresa desarrolla los principios de distinción y proporcionalidad, necesariamente los nefastos y lamentables resultados, deben examinarse tomando como reglas de interpretación los principios del Derecho Internacional que regula los conflictos armados, en perfecta armonía con las disposiciones del derecho punitivo interno, relativas al error en que pudieron haber incurrido los procesados, aspecto central del recurso de alzada.

2.- Del error de prohibición como causal de inculpabilidad en el caso concreto, valorado desde la óptica del derecho internacional humanitario.

Mientras el A - Quo, afirma que al momento de planear la misión táctica se acordó que el personal de Infantería de Marina

permaneciera en el punto de desembarco y de ser necesario que desembarcaran, su radio estaba limitado al área de seguridad del elemento fluvial portando casco, chaleco y brazalete de identificación, medidas que no cumplieron y en absoluta indisciplina se adentraron en el terreno, so pretexto de cargar un avantel y ante esa situación, "Ni el **C3. MARTIN SANCHEZ RICARDO HUMBERTO** ni el **SLR. SIERRA DELGADO JIOVANNI** contaban con elementos de juicio para diferenciar al **IMP. MENESES MORALES ALEJANDRO**, más que los mismos previamente establecidos por sus superiores cuando planearon la ejecución de la misión táctica, y que fueron los mismos que la víctima omitió utilizar y tener en cuenta."²¹, y dadas las circunstancias, no era posible realizar proclama alguna para anunciar su presencia, pues uno de los principios ofensivos de la guerra es la sorpresa táctica que permite golpear al enemigo de una manera para la que no esté preparado, para cambiar decisivamente el poder de combate, por ello considera que, "No tenían forma alguna los acusados de salir de su error sin delatar su posición, poner en peligro su integridad y la de sus compañeros y perder la ventaja militar que les brindaba la sorpresa, razones por las cuales dicho error se convertía en invencible, dadas las concretas circunstancias y condiciones en que se desarrollaron los hechos, y en consecuencia el proceder de los **C3. MARTIN SANCHEZ RICARDO HUMBERTO y SLR. SIERRA DELGADO JIOVANNI** no puede considerarse como punible y por ende deberá proferirse en su favor sentencia absolutoria."²².

²¹ Folio 782 co 3²² Folio 783 co 3

Por su parte, la apelante considera que efectivamente se presentó un error de tipo, como lo precisa la Juez Primario, no obstante, estima que realmente se evidencia que era vencible, pues de acuerdo a la orden de operaciones Misión Táctica "CERTERO", la finalidad era neutralizar el accionar de Narcoterroristas de las ONT-FARC, para capturarlos y en caso de resistencia armada, mediante aplicación de la fuerza reducir a los delincuentes, pero contrario a ello, el componente militar actuó imprudentemente, no obraron con el cuidado y sigilo que se debía tener en el procedimiento, fueron negligentes en su actuar y si bien, dispararon sus armas con la creencia que se trataba de facinerosos, lo hicieron sin antes realizar la proclama contra la persona que vestía de camuflado con el arma terciada en la espalda, caminaba de espalda a la tropa y se alejaba de ella sin mostrar siquiera un ademán que significara ataque que pusiera en riesgo al personal del Ejército, por ello considera que en ese evento, como la ley ha previsto tal conducta como culposa, la conducta es punible.

Lo primero que advierte la sala es la ambivalencia con la que la señora Juez de Conocimiento desarrolla la teoría del error, pues de un lado al precisar el fundamento jurídico transcribe la causal prevista en el numeral 10 del artículo 33 de la ley 1407 de 2010 (nuevo

código penal militar), que trata del error de tipo y de otro, desarrolla conceptual y dogmáticamente el contenido del error de prohibición contenido en el numeral 11 de la norma en cita, tal vez por ello, la apelante en sus argumentos se refiere al error de tipo previsto en el numeral 10 del artículo 32 del código penal y plantea la posibilidad de una condena por homicidio culposo.

En ese orden, se hace necesario recordar que los hechos objeto de la presente investigación tuvieron ocurrencia el día 26 de agosto de 2006, durante el desarrollo de la "MISION TACTICA N° 04 CERTERO", data en la que se encontraba en vigencia la ley 522 de 1999 (anterior código penal militar), norma que si bien es cierto, consagra en el artículo 35, numerales 3 y 4 el error de prohibición y error de tipo, respectivamente, con un contenido dogmático muy similar a lo preceptuado en el artículo 33, numerales 10 y 11 de la ley 1407 de 2010, y artículo 32 numerales 10 y 11 de la ley 599 de 2000, las consecuencias jurídico punitivas difieren en grado diverso de éstas dos últimas codificaciones.

Mientras que la ley 522 de 1999, prevé para los casos en que se presente error de prohibición y este sea vencible, *"Si el error proviene de culpa, el hecho será punible cuando la ley lo*

hubiere previsto como culposo.”²³, por su parte, las leyes 599 de 2000 y 1407 de 2010, establecen que “Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.”²⁴, luego, atendiendo tales preceptivas resulta menos gravosa para la situación del procesado, la aplicación de las normas previstas en la ley 522 de 1999 (anterior código penal militar), en lo que tiene que ver con las consecuencias jurídico punitivas, que las disposiciones de la ley 1407 de 2010 (actual código penal militar), por lo cual, haciendo efectivo el principio de favorabilidad, se deberá aplicar en forma ultractiva la regulación prevista en el anterior código penal militar, como quiera que los hechos tuvieron ocurrencia en vigencia de esa sistemática.

Conforme a lo dispuesto en el numeral tercero del artículo 35 de la ley 522 de 1.999 - Código Penal Militar -, no es culpable, *“Quien realice el hecho con la convicción errada e invencible de que su acción u omisión es lícita.*

Si el error proviene de culpa, el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo.”, es decir, el legislador en la norma punitiva Castrense excluyó de responsabilidad a quien realice la conducta con la convicción errada e invencible que su comportamiento es lícito, siempre y cuando dicho error no provenga de culpa, evento en el cual, si el delito se halla

²³ Inciso segundo del numeral 3, artículo 35 ley 522 de 1999.

²⁴ Artículo 32, numeral 11, ley 599 de 2000 y artículo 33, numeral 11, ley 1407 de 2010.

previsto como culposo, responderá a título de culpa.

Por su parte, el numeral cuarto de la misma norma, preceptúa que no es culpable, *"Quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurren en la acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal."*, vale decir, cuando el sujeto realiza la conducta bajo la errada convicción que su actuar no comprende el aspecto objetivo del tipo, por tanto excluye la tipicidad dolosa, contrario al error de prohibición que recae sobre el conocimiento de la antijuricidad.

Aunque la Corte Suprema de Justicia no ha realizado ningún pronunciamiento en cuanto al alcance del contenido del artículo 35.3,4 de la ley 522 de 1.999, que como se dijo consagra el error de prohibición y de tipo, respectivamente, como causal de inculpabilidad, si lo ha hecho en relación con la misma figura consagrada en el artículo 32, numerales 10 y 11 de la ley 599 de 2.000 - Código Penal -, en múltiples oportunidades, por ello y como fundamento de la decisión que aquí se adoptará, la sala estima necesaria transliterar apartes de un pronunciamiento reciente.

"5.1. La Sala ha venido considerando que la Constitución Política establece el derecho penal de acto como principio rector, por lo que el delito es, ante todo, conducta o comportamiento humano, como lo determina el artículo 9 de la ley 599 de 2000. De modo que es un hacer humano cualificado,

reglado y descrito con elementos normativos exclusivos del orden jurídico que incluyen desvalor de la acción y del resultado²⁵.

De este modo, la conducta y la afectación del bien jurídico constituyen los elementos básicos del injusto, estando la primera inserta en la estructura del arquetipo legal que la prohíbe, y conformada por unas partes subjetiva y objetiva, que integran el tipo penal.

La subjetiva se refiere al proceso ideativo de la acción, representación o motivación, que constituye el proceso de selección de los mecanismos o medios y la voluntad que mueve al acto. La objetiva es la exteriorización del comportamiento que se proyecta en relación con los bienes jurídicos que son objeto de tutela penal, lesionándolos o colocándolos en peligro efectivo.

Así, cuando el legislador en ejercicio del poder punitivo del Estado, para salvaguardar bienes jurídicos, tipifica una conducta humana como delito, se dirige a los asociados a fin de que conozcan anticipadamente el desvalor jurídico que le asigna a la misma y, por lo tanto, se abstengan de ejecutarla y sus actuaciones en el mundo de relación se ajusten a las exigencias normativas, de suerte que el legislador en ese proceso de criminalización sugiere los aspectos relacionados con la motivación - procesos internos- de las personas para que a partir de ese conocimiento encasillen su actuación²⁶.

De este modo, el desconocimiento o error, de los elementos descriptivos o normativos -aspectos objetivos del tipo de injusto- por parte de quien realiza la conducta prohibida excluye el dolo. No obstante si ese error, atendido el entorno y las condiciones de orden personal en las que se

²⁵ Roxin, Claus, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. Estructura de la Teoría del Delito, Civitas, 1997. § 10, num. 88, págs. 319 - 320 "Según la concepción actual, la realización del tipo presupone en todo caso y sin excepción tanto un desvalor de la acción como un desvalor del resultado. Es verdad que la configuración del desvalor de la acción puede ser diferente según la forma, requerida en cada caso concreto, de dolo o de imprudencia, de tendencia y de cualidad de la acción, y que también el desvalor del resultado se configura de modo distinto en la consumación o en la tentativa, en la lesión o en la puesta en peligro; pero el injusto consiste siempre en una unión de ambos, pues incluso en los llamados delitos de mera actividad (cfr. nm. 103 ss.), como el allanamiento de morada (§ 123), existe un resultado extremo, aunque el mismo es inseparable de la acción".

²⁶ Muñoz Conde, Francisco, Derecho Penal, Parte General, 2ª. ediciones Tirant lo blanch, Valencia 1996, Págs. 31 - 32 "En cualquier tipo de sociedad, por primitiva que ésta sea, se dan una serie de reglas, las normas sociales, que sancionan de algún modo -segregación, aislamiento, pérdida de prestigio social, etc.- los ataques a la convivencia. Estas normas sociales forman el orden social. Históricamente éste orden social se ha mostrado por sí solo como insuficiente para garantizar la convivencia. En algún momento histórico se hizo necesario un grado de organización y regulación de conductas humanas más preciso y vigoroso. Nace así, secundariamente, la norma jurídica que a través de la sanción jurídica se propone, conforme a un determinado plan, dirigir, desarrollar o modificar el orden social. El conjunto de estas normas constituye el orden jurídico. Titular de este orden jurídico es el Estado, titular del orden social de la sociedad. Tanto el orden social, como el jurídico se presentan como un medio de represión del individuo y, por tanto, como un medio violento, justificado sólo en tanto sea un medio necesario para posibilitar la convivencia..."

"...La norma jurídica penal constituye también un sistema de expectativas: se espera que no se realice la conducta en ella prohibida y se espera igualmente que, si se realiza, se reaccione con la pena en ella prevista..."

desenvuelve, fuere de naturaleza vencible, transmuta el tipo objetivo de injusto en delito imprudente si así lo ha previsto el legislador. Sin embargo, útil es aclarar que si el error recae estrictamente en el elemento normativo, suficiente es que el autor haya realizado una valoración paralela del mismo, incluso desde la perspectiva del lego, para imputarle su conocimiento a título de dolo.

El error acerca de los elementos concernientes a categorías disímiles al tipo, no posee relevancia jurídica alguna en sede de tipicidad, pues, solamente el relacionado con los elementos del tipo elimina el dolo.

5.2. *El error de prohibición difiere del error de tipo en que el agente conoce la ilicitud de su comportamiento pero erradamente asume que el mismo le está permitido y que, por lo tanto, lo excluye de responsabilidad penal. En otras palabras, supone que hay unas condiciones mínimas pero serias que en alguna medida hagan razonable la inferencia subjetiva que equivocadamente se valora.*

Luego aquí -en el error de prohibición- la falla en el conocimiento del agente no reside en los elementos estructurales del modelo de conducta prohibida por la ley, las cuales conoce, sino en la asunción que tiene acerca de su permisibilidad²⁷.

Para que el mismo tenga relevancia jurídica, es decir, excluya al sujeto de responsabilidad penal, debe ser invencible, pues, si fuere superable, deberá responder por el delito ejecutado de manera atenuada, como lo prevé el numeral 11 del artículo 32 de la ley 599 de 2000.”²⁸.

La sistemática punitiva castrense, al igual que en el Código Penal, deslinda el error de tipo del error de prohibición, debiéndose insistir que el primero de los citados, excluye la tipicidad dolosa, mientras que el denominado error de prohibición recae sobre el conocimiento de la antijuricidad como

²⁷ Roxin, Claus, Ob. Cit. § 21, Pág. 861. "Concorre un error de prohibición cuando el sujeto pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no está permitida".

²⁸ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal.- Radicado 28948.- sentencia del 19 de Mayo de 2008, MP: JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.

presupuesto de la culpabilidad, es decir, sobre la comprensión de lo injusto de la conducta, por ello, no es posible emitir un juicio de exigibilidad sobre una conducta reprochada punitivamente solamente como dolosa, por tanto, no es culpable o responsable quien de acuerdo a las circunstancias personales, sociales, culturales, etc., en las que consumó el injusto (conducta típica y antijurídica), no tiene la posibilidad de comprender la ilicitud de su actuar.

El DR. FERNANDO VELASQUEZ en su libro "Manual de Derecho Penal", tercera edición, año 2007, Pág. 415, afirma, *"No obra culpablemente quien no está en condiciones de comprender la antijuricidad de su hacer, esto es, quien actúa sin tener la posibilidad de conocer su ilicitud formal y materialmente concebida, sea porque suponga que su comportamiento no constituye injusto (representación equivocada), sea porque no piensa en absoluto en el injusto (ausencia de representación); por ello cuando el agente no sabe ni puede saber que su conducta contradice los mandatos y las prohibiciones contenidas en las normas jurídicas, no se puede emitir en su contra juicio de exigibilidad. En otras palabras: el que se conduce motivado por error de prohibición y se dan ciertas condiciones, es inculpable;..."*.

Ahora bien, ese error de prohibición puede ser, como lo ha sostenido la jurisprudencia y la doctrina, vencible o invencible, el primero se presenta cuando el sujeto tiene la posibilidad de evitar el error

actualizando el conocimiento en relación con las circunstancias de su actuar y la significación del hecho, y el segundo se presenta, según el autor antes citado, *"... cuando el autor, al obrar con la diligencia debida, no hubiese podido comprender la antijuricidad de su injusto, esto es, se trata de un error que cualquier persona en la situación del autor hubiera padecido. Por supuesto, al respecto se advierte que no se pueden dar reglas fijas para determinar en cada caso la vencibilidad del error. Se trata por ello, de un asunto que se debe precisar teniendo en cuenta las características personales autor (profesión, grado de instrucción, medio cultural, la técnica legislativa empleada al redactar la ley, etc.), sin olvidar el contexto social en que el hecho se produce."*.

Ese error de prohibición puede darse de manera directa o indirecta, el primero se presenta cuando el autor no conoce la norma que prohíbe directamente el hecho y por tanto estima que su actuar es lícito, casos que se conocen como *"error sobre la existencia de una prohibición"*, según la doctrina y la jurisprudencia, igualmente, puede ocurrir que el agente conoce la norma prohibitiva, pero considera que no está vigente, eventos que son denominados como *"error sobre la validez de la norma"*, y finalmente, puede ocurrir que el sujeto interprete de manera equivocada la norma y la considere no aplicable, conocido como *"error de interpretación o error de subsunción"*.

El error de prohibición indirecto recae sobre una causal de justificación y puede

presentarse en primer lugar, cuando el agente cree que su conducta se halla justificada, vale decir, supone la presencia de una causal de antijuricidad no prevista en la ley, evento que se conoce como *"error sobre la existencia de una justificante"*; en segundo lugar, puede darse el caso que el sujeto tenga una noción equivocada sobre los límites de una causal de justificación y exceda los requerimientos exigidos en la ley, para que en ese caso concreto surja una causal excluyente de la antijuricidad, en otras palabras se presenta un exceso determinado por un error, evento que se conoce como *"error sobre los límites de una justificante"*, que de presentarse coetáneamente con el error sobre la existencia de la justificante, estaríamos en presencia del denominado *"error de permisión"*.

Finalmente, se puede presentar que el individuo suponga que en su actuar concurren los presupuestos objetivos de una causal de justificación reconocida por la ley, cuando en la realidad ello no ocurre, como sucede en los casos que algunos tratadistas han denominado justificantes putativas, eventos denominados como *"error sobre la concurrencia de circunstancias que de darse justificarían el hecho"*.

Por las razones expuestas en precedencia, en cada caso concreto el operador jurídico al realizar el juicio de responsabilidad debe valorar las circunstancias

personales del agente, su preparación intelectual, el medio cultural en que se desenvuelve y el contexto social en que tuvo ocurrencia el hecho, determinado por las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la realización del acontecer fáctico.

En ese orden, debe tenerse en cuenta que el acontecer fáctico imputado a los aquí enjuiciados tuvo ocurrencia durante la ejecución de una operación militar planeada y diseñada conforme a los principios que regulan la conducción de hostilidades prevista en el derecho internacional de los conflictos armados, misión táctica en la que participaban militares preparados y entrenados bajo la égida del derecho de guerra, que tenían claro el concepto de objetivo militar, luego, era lógico que una vez hubieren diferenciado a quien vestía prendas militares y utilizaba armamento de guerra, creyeran que estaban ante un blanco lícito, cuando en realidad se trataba de un compañero de armas.

Las razones fácticas que los indujeron en el error, las relata de manera detallada la Juez de Primera Instancia y saltan de bulto en las probanzas allegadas, todas relacionadas con el incumplimiento por parte del componente de la armada, de las instrucciones y mandatos impartidas en la orden de operaciones que dispuso la ejecución de misión táctica.

Véase como según la orden de operaciones, la misión del componente de la Armada al mando del SSCIM. ROBINSON ARROYO, era trasladar vía fluvial hasta el sitio conocido como "Caño Rasguño", sobre el río Magdalena, al pelotón del Ejército que realizaba la operación terrestre, producido el desembarco de la tropa, debía permanecer a bordo de las motonaves a órdenes del ST. JAIRO ENRIQUE GOMEZ MARTINEZ quien comandaba la operación y en caso de ser necesario, prestar el apoyo a las tropas que se hallaban en tierra, de acuerdo a los requerimientos del oficial, no obstante, movilizó los elementos fluviales río arriba en la misma dirección en que las tropas de tierra efectuaban la infiltración y quinientos metros más adelante desembarcó con algunos infantes de marina y se dirigió a una vivienda ubicada a menos de cien metros de la orilla del río, bajo el pretexto de cargar la batería del avantel.

Ese movimiento lo colocó en el eje de avance que seguía el grupo que se movilizaba por tierra, ubicación que desconocía la patrulla del Ejército, pues no solicitó autorización para realizar dicho desplazamiento, tampoco lo reportó al TE. GÓMEZ, contexto que aunado al incumplimiento de la orden de mantener permanente contacto radial utilizando el equipo avantel, a pesar de los reiterados llamados que hiciera el oficial por este medio, necesariamente llevaron a que los aquí

encausados creyeran de manera fundada que el componente de la armada se hallaba en el lugar donde habían desembarcado, por tanto, los sujetos uniformados que observaban en medio de la maleza, debían pertenecer al grupo guerrillero que buscaban.

Aunado a lo anterior, conforme a la orden de operaciones, tanto el componente de la armada, como el del Ejército, debían utilizar caso militar, chaleco y un brazalete blanco en el brazo izquierdo, orden que no cumplió el componente fluvial, escenario que llevó a los procesados a creer de manera errada que estaban frente a integrantes del grupo insurgente objeto de la orden de operaciones, como reiteradamente lo refieren los sumariados en diligencia de injurada, pues afirman que dada la falta de distintivos del Infante que murió daba “... una imagen de bandido”²⁹, por ello consideraron “en ese momento estaba plenamente identificado que era el enemigo ...”³⁰, teniendo en cuenta que de acuerdo a las informaciones que motivaron la emisión de la orden de operaciones, se sabía que en ese sector operaba una la “... cuadrilla Rafael Rangel Gómez ONT FARC al mando de alias “EL GURRE”³¹.

Bajo esa falsa creencia, consideran cumplido el principio de distinción previsto en las disposiciones del derecho internacional humanitario y en la orden de operaciones en la

²⁹ Folio 200 co 1

³⁰ Folios 198 -199 CO. 1. Indagatoria C3. MARTIN SANCHEZ.

³¹ Orden de operaciones Folio 172 CO. 1

que se disponía que "... al establecer contacto con el enemigo deberán establecer plenamente ..." ³² que se trataba de integrantes del grupo subversivo objeto de la orden de operaciones y bajo ese entendido, asumieron de manera errada que el uniformado que observaban era un integrante de la guerrilla ("*cuadrilla Rafael Rangel Gómez ONT FARC*") que participaba directamente en las hostilidades, ello en cuanto que, a) tenían el conocimiento de acuerdo a la información de inteligencia en la que se fundó la orden de operaciones así lo indicaba; b) se emitió la orden de operaciones para neutralizar el accionar de dicha cuadrilla; c) de acuerdo a las coordinaciones el componente de armada debía estar en el sitio donde desembarcaron las tropas, y; d) conforme a la información obtenida del COC el pelotón "*CENTURIUM 3*", comprometido en la misma misión táctica en esa región, de acuerdo a las coordenadas ese grupo se hallaba muy distante de ese lugar y tampoco se había previsto movimientos de tropas del Estado en ese sector.

En ese orden, la presencia de uniformados en camuflado, con armamento de guerra, precisamente en el sector objeto de la operación militar, fundadamente les hacía prever que se trataba de integrantes de la "*cuadrilla Rafael Rangel Gómez ONT FARC*", en consecuencia, era un blanco lícito contra el cual podían dirigir

³² Folio 173 co 1

el ataque ofensivo sin necesidad de realizar ninguna proclama, de un lado porque esta no está prevista en el derecho de la guerra, y de otro, porque uno de los principios en la conducción de hostilidades es la sorpresa, como lo afirmó el A - Quo.

Debe resaltarse que el uso de la fuerza se halla regulada en dos contextos que no siempre son excluyentes, cuando se actúa en situación de conflicto armado se aplican los principios del derecho internacional humanitario y en ese escenario está permitido el ataque ofensivo y no se requiere de proclama, por el contrario, cuando se actúa en situaciones distintas al conflicto armado en escenarios de normalidad, ante manifestaciones civiles, revueltas estudiantiles, obreras, sindicales, etc., y de cualquier índole parecida, los miembros de la fuerza pública deben observar los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y las armas de fuego, adoptados en el octavo congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito, el 27 de Agosto de 1990, en armonía con las normas internas que regulan esta materia, debiendo agotar ciertos pasos en los que inicialmente se requiere la persuasión, para luego utilizar la fuerza mínima y últimas, el uso de las armas, si la situación así lo amerita, es decir, bajo ese escenario la utilización de la fuerza se constituye en la última ratio.

Valorado el acontecer fáctico bajo la óptica conceptual, dogmática y jurisprudencial del derecho internacional de los conflictos armados, en armonía con el derecho penal interno, se infiere de manera razonada que la conducta ejecutada por los procesados se halla enmarcada dentro del error de prohibición, pues es evidente que los militares conocían la descripción del tipo penal de homicidio y sabían que matar a una persona era un delito, no obstante, al materializar el principio de distinción previsto en el derecho internacional humanitario y recreado en la orden de operaciones, erradamente creyeron que estaban en presencia de un integrante del grupo subversivo contra el cual estaba dirigida la operación militar que estaban ejecutando y bajo esa premisa, realizaron el ataque letal contra el sujeto que reputaban era su enemigo, su adversario, es decir, una persona que participaba directamente en las hostilidades contra el cual, lícitamente podían realizar el ataque ofensivo.

Tal comportamiento se enmarca dentro del error de prohibición, en cuanto los procesados creyeron que en su actuar concurrían los presupuestos objetivos de una causal de justificación reconocida por la ley, pues tenían el convencimiento que se presentaban las circunstancias previstas en el derecho internacional humanitario, que de darse

justificarían el hecho, dado que como se ha dicho, conforme al principio de distinción, contra las personas que participan directamente en las hostilidades militares, se puede ejecutar la acción ofensiva de manera lícita.

Bajo ese entendido, como quiera que en virtud del denominado bloque de constitucionalidad, por virtud de las cláusulas de reenvío que permiten interpretar armónicamente con el derecho interno, los principios contenidos en las disposiciones internacionales que por esta técnica jurídica amplían el contenido material del texto fundamental y como el derecho de la guerra previsto en los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, conforme a lo ha expresado la Corte Constitucional, forman parte del derecho interno, las causales de justificación previstas en el derecho internacional de los conflictos armados, son invocables y aplicables siempre y cuando el hecho haya tenido ocurrencia dentro del desarrollo de una operación militar en el contexto del conflicto interno.

Debe recordarse que el error de prohibición es invencible, según se dijo arriba, cuando el autor a pesar de haber obrado con la diligencia debida, no hubiere podido comprender la antijuricidad de su conducta, en otras palabras, hubiere podido actualizar el

conocimiento de la antijuricidad, en tanto que la vencibilidad en el error de prohibición no se predica respecto del supuesto fáctico, como lo entendió la primera instancia, sino del conocimiento de la antijuricidad.

Es evidente que este presupuesto que se halla acreditado en el caso bajo estudio, pues las condiciones socioculturales del medio en que desempeñaban sus funciones los procesados y, la preparación académica y militar bajo la que fueron formados, así como los constantes reentrenamientos, están centrados en las operaciones que deben ejecutar en el marco del conflicto armado sin carácter internacional, por tanto, en las disposiciones y principios que regulan la conducción de hostilidades, por ello, el error era invencible dado que tenían la convicción errada que dirigían el ataque contra un adversario que participaba directamente en las hostilidades.

La apelante afirma que “*Con fundamento en las probanzas predica esta Agencia que la conducta desplegada por los sindicatos es desde todo punto de vista culposa ...*”³³ y considera que los militares actuaron con imprudencia, negligencia y sin observar el debido cuidado y sigilo que se debía tener en el procedimiento, al no haber emitido la proclama antes de disparar.

³³ Folio 796 co 3

Frente a tales planteamientos habrá de recordarse a la distinguida apelante que la conducta se considera culposa cuando el agente ejecuta el hecho por falta de previsión del resultado previsible o cuando habiéndolo previsto confió en poder evitarlo, presupuestos que no se dan en el caso bajo estudio, por el contrario, es evidente que los procesados dirigieron el ataque de manera voluntaria, deliberada e intencional, contra quien de manera errada creían era un integrante del grupo subversivo objeto de la operación, los mismos procesados así lo advierten en sus indagatorias cuando afirman que su intención era dar de baja a su adversario, luego, no es posible predicar la existencia de una conducta culposa cuando de bulto se advierte que se trata de un homicidio doloso, que como ya se dijo, se halla justificado por la presencia de un error de prohibición invencible.

Ahora bien en relación con la proclama, como se dijo, esta no está prevista en el derecho de la guerra, dado que tal actuación es propia de los procedimientos realizados por los funcionarios oficiales encargados de hacer cumplir la ley, que actúan bajo las disposiciones de los derechos humanos, donde la utilización de la fuerza se constituye en la última ratio, amén de ello, dado que de manera fundada creyeron que se trataba de un integrante del grupo subversivo, consideraron que era un blanco lícito contra el cual podían dirigir el ataque ofensivo.

Ataque de acuerdo a la definición que realiza el numeral primero del artículo 49 del Protocolo I de 1977 Adicional a los cuatro convenios de Ginebra, son todos aquellos "... actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos.", disposiciones que son aplicables a los ataques que se realicen en cualquier territorio en conflicto y a cualquier operación de guerra terrestre, naval o aérea, según rezan las subsiguientes disposiciones de la citada normativa internacional.

Finalmente, habrá de precisarse que cuando en el código penal se dispone que si el error fuere vencible, la conducta será punible cuando la hubiere previsto como culposa, aspecto que resalta la apelante, tal disposición se contrae a los efectos punitivos, en otras palabras, si el error fuere vencible, se aplicará la pena prevista para el delito culposo previsto en la ley, dado que no es posible a la luz de tal preceptiva, mutar una conducta dolosa en culposa, simplemente el legislador quiso darle un trato más benigno al autor que actuara bajo un error que fuera vencible.

Bajo ese entendido y conforme a las razones expuestas a lo largo de esta providencia, no es posible compartir los argumentos de la apelante, como tampoco acceder a las pretensiones en consecuencia, se despacharán en forma negativa.

Corolario de lo expuesto a lo largo de esta providencia, se despachará de manera desfavorable las pretensiones del apelante, en consecuencia, se confirmará la sentencia absolutoria proferida el 11 de septiembre de 2012 proferida por el Juzgado Segundo Penal Militar de Brigada, a favor de los procesados C3. MARTIN SANCHEZ RICARDO HUMBERTO y SLR. SIERRA DELGADO GIOVANNI, juzgados por el delito de homicidio, de quien en vida respondía al nombre de MENESES MORALES ALEJANDRO y se desempeñaba como Infante de Marian Profesional, en hechos ocurridos el 26 de agosto de 2006, durante la ejecución de una operación militar en el sitio conocido como Caño Rasguño, bajo el entendido que actuaron movidos por un error de prohibición invencible.

OTRAS CONSIDERACIONES

Conforme a las consideraciones esbozadas en la parte motiva, la génesis del acontecer fáctico en la que se fundó el error en que incurrieron los aquí procesados, se presentó por la omisión en el cumplimiento de las ordenes e instrucciones previstas en la orden de operaciones, por parte del componente de la armada a cargo del señor SSCIM. ARROYO ORTEGA ROBINSON, se dispone la compulsación de copias del expediente para que se investigue la posible responsabilidad penal del SSCIM. ARROYO ORTEGA, por omisión, dada su condición de garante de los

militares de la Armada Nacional que se encontraban en el operativo.

Sin más consideraciones jurídicas, la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: DESPACHAR DE MANERA DESFAVORABLE las pretensiones de la apelante, en consecuencia, **CONFIRMAR** la providencia del 11 de septiembre de 2012 proferida por el Juzgado Segundo Penal Militar de Brigada, mediante la cual absolvió a los militares C3. MARTIN SANCHEZ RICARDO y SLR. SIERRA DELGADO JIOVANNI acusados de la comisión del punible de homicidio, de conformidad con lo expuesto ut-supra.

SEGUNDO: SE ORDENA compulsar copias del expediente para que se investigue la posible responsabilidad penal del SSCIM. ARROYO ORTEGA ROBINSON, por omisión, dada su condición de garante de los militares de la Armada Nacional que se encontraban en el operativo, de conformidad con lo expuesta en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al juzgado de origen, para lo de su cargo y para que se cumplimiento a lo ordenado en el numeral segundo de la parte resolutive.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Mayor ® JOSE LIBORIO MORALES CHINOME
Magistrado Ponente

Coronel MARIA PAULINA LEGUIZAMON ZARATE
Magistrada

Coronel FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS
Magistrado

Abogada **MARTHA LOZANO BERNAL**
Secretaria