



## Sentencia 11369 de 1997 Consejo de Estado

PERSONAL MILITAR - Proceso Disciplinario / REGLAMENTO DEL REGIMEN DISCIPLINARIO MILITAR - Violación / FALTA GRAVE - Ilegalidad captura de guerrilleros / OPERATIVO MILITAR - Captura de guerrilleros / SANCION DISCIPLINARIA - Destitución

Para la Sala es creíble la versión dada por el Capitán en su escrito de descargos, de no haber puesto los guerrilleros, de cuya militancia en la Farc dan cuenta los testimonios que obran en el plenario, inmediatamente a disposición de las autoridades, pues es innegable, sin necesidad de práctica de inspección alguna, que los peligros de la zona donde se encontraban adelantando el operativo militar, la forma como se ordenó éste y la existencia de grupos subversivos al margen de la ley, hacían difícil la entrega inmediata de los retenidos a la autoridad competente. Pero este razonamiento en manera alguna exculpa la conducta del encartado, pues lo cierto es que se evidencia que no existió la mínima intención del comandante de la patrulla de poner a disposición de la autoridad competente, los cuerpos sin vida de los guerrilleros. La exculpación que pretende el demandante sobre el primero de los cargos de la Procuraduría, no lo exonera de la responsabilidad que se le atribuye, así se acepte que no podía el día de la captura de los guerrilleros, ponerlos a disposición de la autoridad competente, pues ciertamente su actuación permite colegir que lo que quiso fue ocultar a la autoridad de los cadáveres de los detenidos, sepultándolos en un sitio del cual posteriormente no se pudo dar razón. Obra en el plenario la declaración de un reservista que certifica que el Capitán Bustos dio la orden de que les cortaran los dedos índices a las personas dadas de baja. Dicha declaración está corroborada con el acta de exhumación, pues en verdad los cuerpos presentaban mutilación de los dedos índices, y tales acusaciones no fueron desvirtuadas por el encartado Capitán Bustos. El demandante, como responsable de la operación, tenía la obligación de velar porque la retención de los guerrilleros se hiciera en un todo conforme a las normas que gobiernan la captura de detenidos, lo cual no aconteció en el sub lite. Y no puede librarse de la responsabilidad que se le atribuye, con la sola afirmación de que no hay prueba de que él hubiera insinuado tales atropellos, pues si ello es cierto, su actitud negligente y omisiva que permitió que los actos degradantes se dieran, también lo compromete, por ser el responsable directo, como se ha reiterado, de la operación militar. La conducta del encartado, típica, sin lugar a dudas, una falta grave al tenor del decreto 1776 de 27 de julio de 1979, Reglamento del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Militares, que gobernaba su situación, y es inadmisibles pretender que no era una falta grave, por la cita aislada de preceptos que en sentir del actor constituyen falta leve, porque si bien es cierto que en el pliego de cargos no se citó el art. 156 del decreto 1176 de 1979 que es el que enumera faltas constitutivas de causal de mala conducta, los cargos se formularon por hechos concretos que infringen disposiciones constitucionales que sí fueron citadas, los cuales, sin lugar a dudas, son de una gravedad manifiesta. Los hechos de los días 16 y 17 de octubre de 1986 en la operación militar cuya comandancia le fue asignada, ameritaban la más severa sanción, dada además la especial circunstancia de la jerarquía del inculpado como bien lo anotó la Procuraduría.

NOTA DE RELATORIA: Se menciona las sentencias de la Corte Constitucional Exp. C-244 de mayo 30 de 1996 y C-578 de diciembre 4 de 1995.

PERSONAL MILITAR - Ejecución instrucciones superiores

Alega el demandante que la operación obedeció a las instrucciones recibidas del comando, razonamiento que en nada lo favorece. Si la orden sobre el manejo de los detenidos, que era contraria a la ley, en realidad provino de sus superiores, no lo exonera de responsabilidad, pues el militar que conscientemente ejecuta órdenes superiores que abiertamente infrinjan la constitución y la ley, compromete su responsabilidad individual, máxime si sus actos comportan la violación de derechos fundamentales intangibles.

FUERZAS MILITARES - Eficacia en el ejercicio de funciones / DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO - Principio de "ius cogens" / NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO INTERNACIONAL - Obligatoriedad / IUS COGENS - Normas imperativas del Derecho Internacional

La eficacia con que se deben desempeñar las Fuerzas Militares no puede en ningún momento desconocer el marco que le impone el principio de legalidad, que no es diferente al de las demás esferas de la administración pública. Además es insito a las Fuerzas Militares el uso de la fuerza con el fin de defender el orden constitucional y a las normas del Derecho Internacional Humanitario, que pertenecen al privilegio "ius cogens" o normas imperativas del Derecho Internacional, que no pueden ser alteradas por ningún medio, cuya obligatoriedad de sus preceptos es unilateral para cada fuerza en conflicto y así, si un bando viola de manera sistemática estas normas de conducta, nunca debe autorizar al otro para valerse de esa situación y desligarse de sus obligaciones, que proscriben, como es obvio, la violación de los derechos humanos y proscriben en forma clara normas sobre el manejo de detenidos.

ACCION DISCIPLINARIA Y ACCION PENAL - Diferencias / PRINCIPIO DEL NON BIS IN IDEM

Ha de decir la Sala como ha sido reiterado en la jurisprudencia, que la acción disciplinaria es independiente de la acción penal, ya que la finalidad de cada uno de tales procedimientos es distinta, pues los bienes que se protegen y el interés jurídico que se tutela son diferentes. El ente sancionador, independientemente del fallo de la justicia penal, podía enjuiciar la conducta del actor frente a las normas disciplinarias que gobernaban su situación, sin que ello implique violación del principio "non bis in idem", por ello, no es de recibo la manifestación del recurrente de que dicho cargo desapareció de plano con el fallo de la justicia penal militar.

PRUEBAS - Valoración / CONDUCTENCIA DE LA PRUEBA - Finalidad / DEBIDO PROCESO - No vulneración

El hecho de que la autoridad niegue la práctica de una prueba, no es un hecho que "per se" implique desconocimiento del debido proceso y al derecho de defensa, pues no hay que olvidar que la conducencia y la eficacia de los medios probatorios que informan la práctica de las pruebas. Como es sabido, la conducencia de la prueba, es la aptitud legal o jurídica, para convencer al fallador sobre el hecho a que se refiere este requisito, como lo ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia, persigue un fin que apunta a la economía procesal, evitando que se entorpezca y dificulte la actividad probatoria con medios que de antemano se sabe que no presentarán servicio alguno al proceso.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"

CONSEJERA PONENTE: DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

Santa fe de Bogotá D.C., febrero seis (6) de mil novecientos noventa y siete (1997).-

Radicación Número: 11369

Actor: Angélico Bustos Peña

Demandado: Ministerio De Defensa - Ejercito Nacional

Referencia: Autoridades Nacionales Apelación Sentencia

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 15 de noviembre de 1994.

ANTECEDENTES

1.- El actor, ANGELICO BUSTOS PEÑA, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó la nulidad del Decreto 373 de febrero 6 de 1991 expedido por el Presidente de la República y de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones No. 302 de julio 30 de 1990 y 453 de noviembre 8 de 1990, proferidas por la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares. Como restablecimiento del derecho solicitó el reitegro al cargo de Mayor del Ejército Nacional que tenía al momento de la separación del servicio o al grado superior que le correspondía por antigüedad en la fecha de cumplimiento de la sentencia, el pago de los sueldos y salarios dejados de devengar con ocasión del acto acusado hasta el día en que se produzca el reintegro al servicio, y la declaración de que no ha existido solución de continuidad en los servicios prestados a las Fuerzas Militares de Colombia.

2.- Alega el actor que los actos demandados infringen los artículos 16, 17, 26 y 30 de la Constitución Política, 7o. de la Ley 74 de 1968 71,72, 83 literal g), 156 y 157 del Decreto 1776 de 1979, 10, 11, 18 y 29 del Decreto 3409 de 1983. Considera que el Estado no le dio protección ni le garantizó la estabilidad a que tenía derecho como miembro de las Fuerzas Militares. Manifiesta que no se le aplicó correctamente el reglamento disciplinario, ya que los cargos que se le endilgaron corresponden a faltas comunes y sin embargo fue sancionado con la separación absoluta que sólo puede ser aplicada a quienes incurran en causal de mala conducta, las cuales son taxativamente señaladas y dentro de las que no aparecen los cargos que se le atribuyen. Expresa además que no se le garantizó plenamente el derecho de defensa, puesto que reiteradamente se le negaron varias pruebas pedidas en tiempo oportuno, lo que dio lugar a decisiones equivocadas.

Añade el libelista que los fallos disciplinarios no tuvieron en cuenta la excelente hoja de vida en la que constan numerosas felicitaciones, menciones y condecoraciones por sus destacados servicios no sólo en el Comando sino en las zonas de orden público donde opera la guerrilla y el narcotráfico. Alega que los cargos que le fueron formulados no fueron probados en el disciplinario y que por el contrario, ellos fueron desvirtuados, ya que la acusación de no haber entregado los detenidos inmediatamente a la autoridad competente, tiene justificación por las condiciones en que fue adelantado el operativo militar, en el cual la tropa se desplaza a pie, en cuatro pelotones por diversas zonas, no por vía carretable sino por trocha y dado lo avanzado de la hora y la peligrosidad de la región, le impedían detener el operativo por la simple captura de unas personas; que además no tenía autoridad para hacerlo y que la orden que se le había dado era tomar medidas de seguridad y evitar confrontaciones con los subversivos. Alega además que su obligación era informar, como lo hizo, a sus superiores de las novedades del operativo y recibir instrucciones.

Respecto del segundo de los cargos que se le formuló, de haber dejado a las tres personas presuntamente vinculadas con la subversión en poder de la tropa que comandaba y habérselas causado la muerte, practicado torturas y mutilado los dedos índices, considera que las providencias incurrir en falsa motivación, ya que son totalmente contrarias a lo que se acreditó en el informativo, pues no existe la prueba de que él haya hecho insinuación, instrucción u orden al personal de la tropa para que cometieran desafueros, torturas o malos tratos a los guerrilleros capturados; que por el contrario, hay prueba suficientemente clara de que los capturados intentaron fugarse y que los centinelas que los vigilaban tuvieron que hacer uso de las armas para impedir la evasión, causándoles la muerte, versión que tiene respaldo en numerosos testimonios.

Expresa que no existe ningún medio de prueba que demuestre que el personal del operativo le causó a los detenidos tortura o amputación de los dedos índices; que por el contrario, la providencia penal de fecha 5 de octubre de 1990 del juez de instancia penal militar, descartó de plano la existencia de torturas, ya que el pronunciamiento científico forense no es categórico en señalar que ese evento se dio sobre los cuerpos de los

tres retenidos. Añade el actor que la mayoría de los testimonios que sirvieron de fundamento a la providencia de la Procuraduría son de oídas y que la única prueba que se tuvo fue el acta de levantamiento que días después practicó el Inspector de Villagarzón, prueba que es jurídicamente incompleta, porque no conduce a la identificación de los cadáveres y así demostrar que eran los mismos que capturó el Ejército; que los nombres que suministró el quejoso no son los mismos que se identificaron en el operativo y que aún más, cuando fue necesaria su presencia para hacer tal aclaración, dicho quejoso no apareció.

2.- Las entidades demandadas se opusieron a las pretensiones de la demanda. Manifestó la Procuraduría que los actos no transgredieron las normas constitucionales invocadas en el libelo, ya que el actor no fue separado del servicio de manera injusta o arbitraria, sino por faltas disciplinarias debidamente comprobadas; que además fueron observadas las normas propias del juzgamiento disciplinario al tenor de los decretos que regulan el régimen disciplinario de las Fuerzas Militares. Expresó el Ministerio Público que una vez iniciada la investigación disciplinaria por la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares, no se podía convocar el Tribunal Disciplinario, que de haberlo hecho se habría desconocido los derechos del implicado al promoversele dos acciones disciplinarias en forma paralela y que como la Procuraduría tuvo la iniciativa de abrir el disciplinario, por haber sido la entidad que primero tuvo conocimiento sobre la acusación, le dio el trámite correspondiente y por ello produjo el fallo que se ataca en la demanda.

Consideró además el ente sancionador que en virtud del grado que ostentaba el demandante y la misión que se le encomendó, era el responsable directo de cualquier actividad que se ejercitara en las operaciones militares; que por la gravedad de los hechos y las circunstancias modales en que se desarrollaron, no puede alegarse circunstancias atenuantes. Añade además el Ministerio Público que en el proceso disciplinario se demostró la falta cometida por el Capitán.

La Nación - Ministerio de Defensa -, demandado en el sub lite, manifestó en la contestación de la demanda que la administración obró conforme a derecho y en cumplimiento a lo ordenado por el artículo 143 de la Constitución Política en armonía con la Ley 25 de 1974 y el Decreto 3404 de 1983 que faculta a la Procuraduría General de la Nación para supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos, dentro de los cuales se encuentran los miembros de las Fuerzas Militares, ejecutando con el decreto acusado lo ordenado por el Ministerio Público que dispuso la separación del servicio del Capitán Bustos.

#### DEL FALLO RECURRIDO

3.- El Tribunal Administrativo de Boyacá negó las pretensiones de la demanda. Manifestó el a quo que la Constitución Política permite la coexistencia de la capacidad sancionatoria del Estado, siendo prevalente la que radica en el Ministerio Público. Expresó que no puede darse la violación de los artículos 16, 17 y 30 de la Constitución Política, ya que la potestad disciplinaria no puede neutralizarse por la garantía constitucional al trabajo y a los derechos adquiridos. Expresó además el a quo, respecto de las faltas endilgadas al actor, que en el disciplinario se demostró que la captura de las personas que dijeron pertenecer a las Farconcluyó no con la aplicación de la ley, sino con la muerte de éstos, explicada por los militares dentro del episodio de un conato de fuga que paradójicamente es contradicha por las circunstancias en que fueron encontrados los cadáveres.

Añade el Tribunal que las circunstancias en que es explicado el uso de las armas con el resultado letal de la muerte de los capturados, hace totalmente incongruente el hecho de la amputación de los dedos índices, las señales de ahorcamiento que presentaban los cuerpos y el modo escalonado en que se oyeron por parte de los habitantes de la región las detonaciones que presumiblemente impactaron a los presuntos guerrilleros; que pretender argumentar que los cadáveres mutilados pertenecían a otros diferentes de los capturados, con la prueba que se recogió, equivale a plantear contra corriente una justificación inane ante la dimensión de una responsabilidad que indiscutiblemente y por los reglamentos militares caracterizados por el principio de obediencia jerárquica descansa en el comandante de la patrulla.

Agregó el a quo que no se violó el derecho de defensa, pues el hecho de haberse negado unas pruebas en el disciplinario, se explica dentro de los principios de pertinencia y utilidad de la prueba, argumentados con claridad en la providencia que las negó. Manifestó además el Tribunal que la gravedad de los hechos que motivaron la destitución del demandante chocan con la argumentación de la censura, en cuanto pretende equivocada tipificación de la falta por considerar que el demandante no era el imputado directo por los hechos que originaron la investigación, lo que, en sentir del a quo, carece de seriedad si se revisa que el expediente estableció que el actor era el Comandante de la patrulla militar que consumó el triple homicidio de las personas capturadas en octubre de 1986.

#### SUSTENTACION DE LA APELACION

Manifiesta el actor que el fallo del Tribunal no analizó ni debatió las causales de nulidad formuladas en el libelo demandatorio, sino que en forma muy general se limitó a hacer énfasis en la existencia de normas de protección de los derechos fundamentales y en la discordancia que puede existir entre la conducta de los funcionarios y dichos preceptos. Alega que el a quo negó las pretensiones de la demanda sin la necesaria relación de causalidad entre el comportamiento del demandante y los resultados de la operación, con el simple argumento de la existencia de la captura, las señales de mal trato y la muerte de los capturados, justificando además la negación de las pruebas del actor, con el argumento de que el instructor no está obligado a practicarlas; que por estas inconsistencias del fallo, el Magistrado Dr. Juan Donaldo Gámez, cuya ponencia inicial no tuvo la mayoría requerida, en su salvamento de voto, se aparta del contenido del fallo indicando puntos concretos de contradicción tanto en las pruebas como en la parcializada apreciación de la Procuraduría.

Agrega el recurrente que de la simple lectura de la demanda se infiere que el planteamiento general de la acción no está dirigido a desconocer las garantías constitucionales de protección de los derechos fundamentales, ni a discutir las atribuciones disciplinarias de la Procuraduría, sino al hecho claro de que los fallos disciplinarios desconocieron las normas que invocó como transgredidas; que el Tribunal no profundizó en el estudio de dichas normas, ni apreció bien la prueba, ni tuvo en cuenta que los cargos fueron desvirtuados y las causales de nulidad demostradas.

Insiste el apelante en que los cargos formulados por la Procuraduría fueron desvirtuados, ya que no hay en el informativo hecho alguno que lo comprometa en esa clase de acciones, pues ni insinuó ni ordenó a la tropa la práctica de mal trato o torturas a las personas retenidas; que dicho cargo desapareció de plano con el fallo penal absolutorio de octubre 5 de 1990, proferido por la Justicia Penal Militar. Expresa que la existencia de torturas y malos tratos son analizados muy bien por el Magistrado que salvó el voto en la providencia recurrida. Añade que por lo demás cumplió a cabalidad con las funciones que le habían sido encomendadas, haciendo lo que físicamente podía hacer e informando las novedades a sus superiores en la hora radial programada, que era el único medio de comunicación y que su actuación fue tan clara y reglamentaria que recibió de sus superiores una felicitación, la cual se encuentra registrada en su hoja de vida.

Insiste además el recurrente en su recurso de alzada en la violación del derecho de defensa, ya que las pruebas para demostrar por qué no puso a disposición inmediata de las autoridades a los retenidos, le fueron negadas. Manifiesta que los actos sancionatorios fueron falsamente motivados, porque se fundamentaron en el informe de la abogada investigadora de la Procuraduría que fue a priori, pues en el momento que rindió el informe sólo tenía la versión de los oficiales y los soldados. Con relación al ocultamiento de los cadáveres dice el apelante que la conclusión del informe es tendencioso y prevenido, ya que éstos no fueron "ocultados" sino enterrados; que el Ejército no podía cargar con ellos ni era razonable ni posible otro tratamiento en aquellas circunstancias geográficas y ambientales. Finalmente sostiene el recurrente que las normas citadas por la Procuraduría como fundamento para la sanción (arts. 71 sección A literal k, Sección B, literal a, Sección C literal m, Sección F, literales a, b, c y s y los artículos 16, 18 y 19 del Decreto Ley 1776 de 1979), tipifican faltas comunes las cuales conforme al reglamento militar no dan lugar a la separación o destitución sino a la aplicación de correctivos menores.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

#### CONSIDERACIONES

Como la controversia del libelo demandatorio se centra sobre los actos sancionatorios proferidos en el disciplinario que se rituló, a los cuales se les endilga el cargo de ser violatorios del debido proceso, de haber sido expedidos con infracción de las normas que debían gobernar su situación y de falsa motivación, se impone para la Sala estudiar cada uno de las acusaciones formuladas, frente a los fundamentos de que da cuenta el plenario y a las razones de inconformidad que alega el recurrente en su escrito de alzada.

1.- De la violación del derecho de defensa.

Fundamenta este cargo el apelante en el hecho de que la Procuraduría le negó mediante providencia de noviembre 22 de 1988 (Fl. 197 cdno. 2) la práctica de una inspección judicial al lugar de los hechos, prueba que fue pedida para que se estableciera el tiempo que podría durar el recorrido desde el lugar en donde fueron capturados los presuntos guerrilleros, hasta el sitio en que se podía hacer entrega a las autoridades respectivas más cercanas, y la solicitud de los documentos que contienen los reglamentos de operaciones, pruebas éstas que en su sentir desvirtuaban una de las acusaciones que le fueron formuladas por el ente sancionador, de no haber puesto inmediatamente a órdenes de las autoridades.

En primer lugar ha de decir la Sala que no aparece prueba en el expediente de que el encartado Capitán Angélico Bustos, expresara inconformidad con la decisión del ente sancionador (Fl. 192 cdno. 2) respecto de la negativa al decreto de las pruebas que ahora echa de menos, lo que lleva a inferir su conformidad con la decisión. Como es sabido los recursos contra las providencias emanadas de cualquier autoridad están instituidos a favor de los afectados, para que la autoridad que profirió el acto o su superior, revisen la actuación, con el fin de corregir los errores de juicio o procedimiento en que se hubiera incurrido. Si no se presenta la impugnación en su debida oportunidad, la decisión queda en firme, pues la marcha ordenada del proceso hace imperiosa la preclusión de los términos concedidos para ejercer el derecho a recurrir. Mal puede entonces predicarse que existe violación al derecho de defensa, cuando la parte que tenía el derecho a recurrir no lo hizo en su oportunidad.

Pero además, el hecho de que la autoridad niegue la práctica de una prueba, no es un hecho que "per se" implique desconocimiento al debido proceso y al derecho de defensa, pues no hay que olvidar que la conducencia y la eficacia de los medios probatorios son principios que informan la práctica de las pruebas. Como es sabido, la conducencia de la prueba, es la aptitud legal o jurídica, para convencer al fallador sobre el hecho a que se refiere. Este requisito, como lo ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia, persigue un fin que apunta a la economía procesal, evitando que se entorpezca y dificulte la actividad probatoria con medios que de antemano se sabe que no prestarán servicio alguno al proceso.

En el proveído de noviembre 22 de 1988 de la Procuraduría, se estimó que la inspección judicial en el lugar de los hechos, de cuya falta se queja ahora el demandante, no fue decretada, porque, como dijo el ente sancionador, "no aporta nada a la presente investigación, ya que las tres personas capturadas nunca fueron puestos a órdenes de ninguna autoridad competente ya que fueron dados de baja en las condiciones descritas por los inculcados...". Respecto de los testimonios que no fueron decretados, se dijo que nada les constaba personalmente sobre los hechos investigados, y en cuanto a la declaración del Inspector de Policía, que ésta no podía aportar nada diferente a lo consignado en el acta de levantamiento de los cadáveres.

La valoración que hizo el ente sancionador para no decretar las pruebas por inconducentes es razonable y por ello no puede configurarse desconocimiento del derecho de defensa, ya que no fueron éstas las únicas solicitadas por el encartado. Da cuenta el plenario (fl. 197 cdno. 2) que a excepción de las pruebas que le fueron negadas, se decretaron las demás que solicitó, como fueron:

- Oficio a la registraduría Nacional del Estado Civil para que certificara la vigencia de las cédulas de los particulares indicados en el escrito de descargos.

-Oficio al Comando del Batallón Puesto de Mando Adelantado de Putumayo, para que certificara si fue cierto que dio informe sobre la baja de los

detenidos.

- Declaración juramentada del quejoso.

- Declaraciones juramentadas de Emma Julia López, Sargento Viceprimero Segundo López Ruiz.

Como puede apreciarse, no fueron pocas las pruebas que se decretaron en el informativo disciplinario, por ello no puede tener vocación de prosperidad el cargo que sustenta en la violación del precepto constitucional del artículo 29 de la Constitución Política.

2.- De los cargos endilgados.

Al actor se le endilgaron dos cargos concretos, en su condición de Comandante de la Operación dispuesta mediante orden No. 001 de octubre de 1986, según da cuenta el pliego de cargos obrante a folio 130 cdno. 2:

1. "...haber capturado el día 16 de octubre de 1986 a tres (3) personas presuntamente vinculadas a grupos subversivos, y no dejarlos a órdenes de la autoridad correspondiente en el término de Ley, en hechos sucedidos en comprensión territorial de la Inspección de la Cofaina (Putumayo)... "Las personas al parecer respondían a los nombres de José Antonio Triana Peñalosa, Hernando Marín Hernández y Gloria Lagos Cardozo."

2. - " Haber dejado en poder de la tropa las personas retenidas, "apareciendo muertas al día siguiente, es decir, el 18 de octubre de 1986, con visibles muestras de haber sido torturadas, y sus cuerpos enterrados en una fosa común en predios de la finca de la señora EMMA JULIA LOPEZ, con el agravante de haberseles mutilado los dedos índice, circunstancia que entorpeció su identificación mediante necrodactilia."

Por las anteriores conductas lo sancionó la Procuraduría mediante Resolución No. 302 de julio 30 de 1990, decisión que fue confirmada mediante proveído de noviembre 8 de 1990 (folios 3 a 43 cdno. ppal), por haberlo encontrado, según las pruebas recogidas en el disciplinario que se rituó, incurso en las conductas contrarias a las normas disciplinarias que debían gobernar su situación.

El recurrente alega en su favor en esta litis, respecto del primero de los cargos, que todos los testigos presenciales y los soldados que intervinieron dan una clara y razonable explicación de no haber podido cumplir con esta obligación por lo avanzado de la hora, la considerable distancia a la población más cercana, la presencia bélica de la guerrilla en la zona y la prohibición reglamentaria de operar en la noche en esta región. Esta explicación sin embargo, aunque resulta razonable, pues bien puede aceptarse que no se le podía exigir conducta distinta a la de tener bajo su custodia a los retenidos hasta el día siguiente, no lo exime de responsabilidad en relación con el incumplimiento de la obligación de informar la suerte de sus retenidos a la autoridad competente más cercana del sitio en que acamparon el 16 y 17 de octubre de 1986.

En efecto, para la Sala es creíble la versión dada por el Capitán en su escrito de descargos, de no haber puesto los guerrilleros, de cuya militancia en la Farc dan cuenta los testimonios que obran en el plenario (fls. 62,69,78,79, cdno. 2), inmediatamente a disposición de las autoridades, pues es innegable, sin necesidad de práctica de inspección alguna, que los peligros de la zona en que se encontraban adelantando el operativo militar, la forma como se ordenó éste (fl. 121 cdno. 2) y la existencia de grupos subversivos al margen de la ley, hacían difícil la entrega inmediata de los retenidos a la autoridad competente.

Y no es atendible el argumento de la Procuraduría de que hubieran podido movilizarse en el mismo vehículo (ambulancia) que fue utilizado como transporte por los tres guerrilleros, pues ello implica exigirle al ejército la utilización de un bien que según los Protocolos I y II adicionales a los Convenios de Ginebra, les está prohibido usar para efectos de cumplimiento de operaciones militares. Si bien da cuenta el testimonio del conductor de la ambulancia, (fl. 69 cdno. 2), que ésta fue utilizada por algunos militares para regresar al sitio donde recogieron a los insurgentes, tal conducta no puede servir de amparo, por ser contraria a la ley, para reclamarle al demandante la entrega de los detenidos en la misma ambulancia, como dice la Procuraduría en su proveído sancionatorio.

Pero este razonamiento en manera alguna exculpa la conducta del encartado, pues lo cierto es que se evidencia que no existió la mínima intención del Comandante de la Patrulla de poner a disposición de la autoridad competente, los cuerpos sin vida de los guerrilleros.

Obra a folio 18 cdno. 2 la declaración rendida por el demandante al Juzgado 130 de Instrucción Criminal, en la que a la pregunta de si sabía cuál era el procedimiento a seguir, en caso de que se presenten muertes de personal particular o presuntos guerrilleros contestó:

"Si sé: se trata de buscar la autoridad civil más cercana, para que se practique el levantamiento de los cadáveres y demás diligencias legales; en caso de no ser posible, si los fallecidos poseen documentos de identificación, se les inhuma ojalá en presencia de testigos, marcando bien el sitio y dando razón de ello posteriormente a la autoridad competente. ..."

Responde más adelante el entonces Capitán a la pregunta si se había obrado de acuerdo con lo establecido:

"...Sí, porque al parecer la autoridad más cercana era la de Villagarzón, que hasta después supe queda como a más de veinte kilómetros del lugar de los hechos y no se podían parar las operaciones militares para esperar la presencia del Inspector, Juez o Alcalde que conociera de ellos; tampoco se contaba con medio de transporte apto para ir por ellos; además los muertos estaban identificados como reza el informe que pasé; todo esto se informó al Comando del batallón, de donde provino la orden que he comentado..."

No da cuenta el plenario que el demandante al llegar a la población de Villagarzón, como dice que pasó una vez concluido el operativo y de allí al puesto de mando en Santana (fl. 414 cdno. 2 - indagatoria) hubiera informado, conforme al procedimiento exigido y que declara conocer, del deceso de los detenidos y el lugar de la sepultura. Como bien dijo la Procuraduría en su proveído sancionador, fue "la propietaria de la finca, la

que lleva al conocimiento por parte de la autoridad jurisdiccional, administrativa e incluso a los amigos de los interfectos, de lo acaecido.

De manera tal que la exculpación que pretende el demandante sobre el primero de los cargos de la Procuraduría, no lo exonera de la responsabilidad que se le atribuye, así se acepte que no podía el día de la captura de los guerrilleros, ponerlos a disposición de la autoridad competente, pues ciertamente su actuación permite colegir que lo que quiso fue ocultar a la autoridad los cadáveres de los detenidos, sepultándolos en un sitio del cual posteriormente no se pudo dar razón; y no se diga que el hallazgo de los cuerpos relevaba al Comandante de los informes de rigor, ya que él mismo puso en duda que se tratara de las mismas personas al consignar en sus descargos que:

"...En lo que tiene que ver con las posibles muestras de tortura y al hecho de haber sido enterrados en fosa común en la finca de EMA JULIA LOPEZ, y de habérseles mutilado el dedo índice, no puedo dar razón alguna, porque a mí no me consta y más bien estas circunstancias hacen presumir que se trata o pueda tratarse de hechos diametralmente diferentes.".(Destaca la Sala).

Respecto del segundo de los cargos, que según el recurrente se encuentra desvirtuado porque no hay en el informativo hecho alguno que lo comprometa, y que además, tal acusación desapareció de plano con el fallo absolutorio de octubre 5 de 1990, originario de la Tercera Brigada, ha de decir la Sala, en primer lugar, como ha sido reiterado por la jurisprudencia, que la acción disciplinaria es independiente de la acción penal, ya que la finalidad de cada uno de tales procedimientos es distinta, pues los bienes que se protegen y el interés jurídico que se tutela son diferentes.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C- 244 de mayo 30 de 1996, al juzgar la exequibilidad de la Ley 200 de 1995, por el cual se adopta el código único disciplinario, precisó las diferencias entre uno y otro. Dijo la Corte:

"...en cada uno de esos procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de contenido y alcances propios. En el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de éstos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública; en el proceso penal las normas buscan preservar bienes sociales más amplios...".

Los anteriores razonamientos explican suficientemente que el ente sancionador, independientemente del fallo de la justicia penal, pudiera enjuiciar la conducta del actor frente a las normas disciplinarias que gobernaban su situación, sin que ello implique violación del principio "non bis in idem"; por ello, no es de recibo la manifestación del recurrente de que dicho cargo desapareció de plano con el fallo de la justicia penal militar.

Alega el actor a su favor que el plenario no da cuenta que él haya sido el causante de las torturas y de los malos tratos y que menos hubiera dado orden de que se cometieran tales atropellos, argumento que, tratándose del proceso disciplinario que se rituó en su contra, no puede aceptarse. No hay que olvidar que el demandante, Capitán en ese entonces, fue asignado, como da cuenta la orden militar (fl.121 cdno. 2) para comandar dicha operación, por lo que era el responsable de la misión. Y si dentro del operativo militar capturó a tres guerrilleros, era su responsabilidad no permitir que se cometieran actos violatorios de la ley contra ellos, o contra sus cadáveres, como ocurrió según da cuenta el acta de exhumación.

Obra además en el plenario innumerables testimonios (Cdn. 2, fls. 69 - del conductor de la ambulancia -, 78 y 79 declaración de Hermisenda Vargas, auxiliar de enfermería e Inés Pérez, enfermera-) sobre la descripción de los guerrilleros capturados por el ejército, los que a la postre resultaron ser los mismos de que da cuenta el acta de exhumación a folio 73 cdno. 2, por ello, el alegato del actor sobre este punto, de que no hay prueba de que los capturados hubieran sido los mismos de que da cuenta el informativo del acta, es inaceptable, pues llámense José Triana, Hernando Marín, Aldemar Castillo, o Henry N. o Eliana o Gloria Lagos, cuya identidad por cierto no pudo hacerse por la mutilación de los dedos índices, lo verdadero es que no existe prueba en el disciplinario que tales personas fueran distintas a las retenidas por el Ejército; por el contrario, todo apuntó a que las personas enterradas en los predios de la Finca de la señora Emma Julia López, fueron las personas capturadas en el operativo militar.

Ahora bien, alega el demandante que la operación obedeció a las instrucciones recibidas del Comando, razonamiento que en nada lo favorece. Si la orden sobre el manejo de los detenidos, que era contraria a la ley, en realidad provino de sus superiores, no lo exonera de responsabilidad, pues el militar que conscientemente ejecuta órdenes superiores que abiertamente infrinjan la Constitución y la Ley, compromete su responsabilidad individual, máxime si sus actos comportan la violación de derechos fundamentales intangibles.

Como bien lo dijo la Corte Constitucional en sentencia C-578 de diciembre 4 de 1995. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz:

"...La Corte aprecia la distancia que existe entre el mero ejecutor de una orden inconstitucional y el ejecutor que es plenamente consciente del vicio que la afecta y no obstante la lleva a término. Las circunstancias objetivamente pueden impedir al militar subalterno, anteponer su deber superior y prevalente de obediencia a la Constitución, en relación con órdenes que la quebrantan y, por consiguiente, exceden la órbita de competencia de su emisor, en este caso, la misma Constitución excusa la responsabilidad que de otro modo se le debería imputar. Empero, en ese caso, si el subalterno está en grado de conocer la inconstitucionalidad de la orden y evitar la acción, anteponer el deber de obediencia militar al de obediencia constitucional, comprometerá su responsabilidad y no podrá alegar en su favor eximente alguna, pues no es ajeno volitivamente a su vulneración...".

Pero además, lo cierto es que obra en el plenario (folios 20-23, 45 -48 cdno. 2) la declaración del reservista Jesús Jojoa, que testifica que el Capitán Bustos dio la orden de que les cortaran los dedos índices a las personas dadas de baja. Dice así su relato:

"De los dedos, eso ya después de que estuvieron muertos, o sea antes de que los fueran a enterrar, mi Capitán Bustos, dio la orden de que les

cortaran los dedos de las manos, no sé cuales, lo cual esto era para llevar una señal a la base para demostrar que habíamos dado de baja a tres guerrilleros. Y de torturas en sus cuerpos, no tuve conocimiento porque fueron llevados a otro lado...."

"...No, no sé cuando los enterramos estaban bien, sólo los dedos índices estaban cortados, pero de torturas nada de eso, los dedos se los cortaron después de que estuvieron muertos....Pues según indicó mi Capitán Bustos, fué para llevar muestra de sus huellas dactilares, esos los llevamos junto con nosotros en un frasco lleno de alcohol...No, yo no les corté los dedos, eso fue un soldado del Putumayo...".

La versión anterior está corroborada con el acta de exhumación (fl. 73cdno. 3), pues en verdad los cuerpos presentaban mutilación de los dedos índices, y tales acusaciones no fueron desvirtuadas por el encartado Capitán Bustos. El demandante, como responsable de la operación, tenía la obligación de velar porque la retención de los guerrilleros se hiciera en un todo conforme a las normas que gobiernan la captura de detenidos, lo cual no aconteció en el sub lite. Y no puede librarse de la responsabilidad que se le atribuye, con la sola afirmación de que no hay prueba de que él hubiera insinuado tales atropellos, pues si ello es cierto, su actitud negligente y omisiva que permitió que los actos degradantes se dieran, también lo compromete, por ser el responsable directo, como se ha reiterado, de la operación militar.

La conducta del encartado, tipifica, sin lugar a dudas, una falta grave al tenor del Decreto Ley 1776 de julio 27 de 1979, Reglamento del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Militares, que gobernaba su situación, y es inadmisibles pretender que no era una falta grave, por la cita aislada de preceptos que en sentir del actor constituyen falta leve, porque si bien es cierto que en el pliego de cargos no se citó el artículo 156 del Decreto 1176 de 1979 que es el que enumera faltas constitutivas de causal de mala conducta, los cargos se formularon por hechos concretos que infringen disposiciones constitucionales que sí fueron citadas, los cuales, sin lugar a dudas, son de una gravedad manifiesta. Los hechos de los días 16 y 17 de octubre de 1986 en la operación militar cuya comandancia le fue asignada, ameritaban la más severa sanción, dada además la especial circunstancia de la jerarquía del inculpado como bien lo anotó la Procuraduría al consignar en el proveído del 30 de julio de 1990: "...Es mayormente reprochable la conducta asumida por el Señor Capitán Bustos Peña, porque como Comandante de la misión de orden público, estaba en la obligación de sentar precedentes de acatamiento de la orden de operaciones...".

La eficacia con que se deben desempeñar las Fuerzas Militares no puede en ningún momento desconocer el marco que le impone el principio de legalidad, que no es diferente al de las demás esferas de la administración pública. Además es ínsito a las Fuerzas Militares el uso de la fuerza con el fin de defender el orden constitucional, pero tal actividad está sujeta a la propia Constitución y a las normas del Derecho Internacional Humanitario, que pertenecen al privilegiado "iuscogens", o normas imperativas del Derecho Internacional, que no pueden ser alteradas por ningún medio, cuya obligatoriedad de sus preceptos es unilateral para cada fuerza en conflicto y así, si un bando viola de manera sistemática estas normas de conducta, nunca debe autorizar al otro para valerse de esta situación y desligarse de sus obligaciones, que proscriben, como es obvio, la violación de los derechos humanos y proscriben en forma clara normas sobre el manejo de detenidos.

Por las anteriores consideraciones no escapa a la Sala la trascendencia de la sanción impuesta, pues la responsabilidad del encartado estaba agravada por su posición de autoridad y mando, como se dijo anteriormente.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección "A" administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA**

CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá el quince (15) de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994) que denegó las súplicas de la demanda en el proceso instaurado por ANGELICO BUSTOS PEÑA.

RECONOCESE personería al Dr. FABIO MUÑOZ PARDO como apoderado de la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, en los términos y para los fines en que fue conferido, según el memorial que obra a folio 245 del cdno. ppal.

Devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE

La anterior providencia fue estudiada, aprobada y ordenada su publicación por la sala en sesión del seis (6) de febrero de mil novecientos noventa y siete (1997).-

ANTONIO ALVARADO CABRARES

CLARA FORERO DE CASTRO  
DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

*Fecha y hora de creación: 2025-08-02 15:56:53*