

Posición de garante y funciones militares

Quien detenta mando militar, para el caso un brigadier general de la República que tenía funciones como comandante de una brigada militar que tuvo conocimiento de una incursión paramilitar en ciernes, la misma que culminó con una horrenda masacre, y no hizo nada para impedir los cruentos hechos, es autor por omisión de todos los crímenes cometidos porque se estima que para esos efectos tiene posición de garante.

Fernando Velásquez V.

APARTES DE LA SENTENCIA.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL¹

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Magistrado Ponente
SP 7135-2014

Radicación 35113
(Aprobado Acta N° 173)

Bogotá D.C., cinco (5) de Junio de dos mil catorce (2014).

El Juzgado Noveno Penal del Circuito Especializado de Bogotá mediante sentencia de 28 de noviembre de 2007, absolvió al Brigadier General del Ejército JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI RAMÍREZ de los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo, concurriendo los de secuestro agravado en la misma modalidad, mientras que lo condenó como autor del ilícito de falsedad material de servidor oficial en documento público.

También condenó al entonces Mayor –hoy Teniente Coronel en retiro–, Hernán Orozco Castro como autor, por omisión impropia, del concurso homogéneo y heterogéneo de los punibles de homicidio agravado y secuestro agravado y como coautor de falsedad material de servidor público en documento público.

Idéntica decisión de condena adoptó en torno al civil Miguel Enrique Vergara Salgado, pero como coautor del concurso homogéneo y heterogéneo de los referidos ilícitos contra los bienes jurídicos de la vida y la libertad individual, así como de los punibles de concierto para delinquir agravado y terrorismo.

En virtud del recurso de apelación promovido por el apoderado de la parte civil, los defensores de Orozco Castro y Vergara Salgado, los Delegados de la Fiscalía General de la Nación y del Ministerio Público, el Tribunal Superior de Bogotá, a través de sentencia de 23 de noviembre de 2009, revocó la absolución de USCÁTEGUI RAMÍREZ, en su lugar, lo condenó como coautor de los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo sucesivo, en concurso heterogéneo con los de secuestro agravado y falsedad material de funcionario oficial en documento público.

De igual forma, declaró la nulidad parcial del proceso a partir de la vinculación del acusado Miguel Enrique Vergara Salgado y confirmó en lo demás el fallo recurrido.

Inconformes con tal determinación, los apoderados de USCÁTEGUI RAMÍREZ y de Orozco Castro, impugnaron extraordinariamente allegando las respectivas demandas de casación. La Corte Suprema de Justicia admitió sólo tres de los varios cargos formulados por aquél, en tanto que no admitió el libelo presentado por el último. De otra parte, declaró la prescripción de la acción penal derivada del delito de falsedad material de servidor público en documento público, cesando procedimiento por tal ilícito en favor de ambos procesados.

En relación con las censuras admitidas se recibió el respectivo concepto del Procurador Delegado para la Casación Penal, por lo cual la Sala se pronuncia en sede extraordinaria, una vez la ponencia inicialmente presentada por el Magistrado Fernando Alberto Castro Caballero no fue aprobada en su totalidad por la mayoría de sus integrantes.

HECHOS

El 12 de julio de 1997 arribaron al aeropuerto de San José del Guaviare dos aeronaves provenientes de los municipios de Apartadó y Necoclí, localizados en el Urabá Antioqueño, transportando aproximadamente treinta integrantes de las Autodefensas Unidas de Colombia.

Posteriormente los hombres se dirigieron por vía terrestre hacia el sitio conocido como «Trocha Ganadera» para reunirse con otros miembros de esa agrupación que operaban en los Llanos Orientales, trasladándose así un número aproximado de ciento cincuenta sujetos por vía fluvial y terrestre hacia el municipio de Mapiripán (Meta), lugar al que llegaron en la madrugada del 15 de julio siguiente.

En ese sitio empezaron una incursión armada, así como en el corregimiento aledaño denominado La Cooperativa, allí impidieron la libertad de locomoción y comunicación de los habitantes, clausuraron las vías de acceso terrestres y fluviales, cerraron oficinas públicas, retuvieron y ultimaron a varios de sus pobladores tras señalarlos de ser auxiliares de la guerrilla, desmembraron sus cuerpos y luego los lanzaron al río Guaviare. Los cadáveres de tres víctimas que habían sido degolladas fueron encontrados en el perímetro urbano de la población.

Como víctimas fatales aparecen: José Ronald Valencia, despachador del aeropuerto; un joven oriundo de Caño Jabón de apellido Carvajal; Agustín N.; Álvaro Tovar Muñoz, alias «Tomate», Teresa N., apodada «La Muerte», Jaime Pinzón, Edwin Morales, Manuel Arévalo y Sinaí Blanco Santamaría, comerciante.

Varios habitantes fueron retenidos una vez que los sujetos armados les pedían identificación, otros fueron sacados de sus casas y conducidos al matadero municipal, sin que se sepa la suerte que corrieron, como el caso de Antonio María Barrera conocido como «Catumare», Gustavo Caicedo Rodríguez, los hermanos de 15 y 16 años Hugo Fernando y Diego Armando Martínez Contreras, así como Nelson N.

Pese a que desde el mismo 15 de julio de 1997 el Comandante (E) del Batallón de Infantería «Joaquín París», Mayor Hernán Orozco Castro, había sido informado de la situación por comunicación telefónica sostenida con el Juez Municipal, Leonardo Iván Cortés Novoa, y que aquél ese mismo día llamara también por teléfono al Comandante de la Séptima Brigada, Brigadier General JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI RAMÍREZ, –quien le solicitó pasarle por escrito tal reporte, que se materializó mediante oficio 2919 del 15 de julio, recibido vía fax al otro día–, el sometimiento de la población se prolongó hasta el 20 de julio de la anualidad en cita, en tanto que el Ejército Nacional hizo presencia sólo el 21 de julio, cuando los miembros de las Autodefensas ya se habían marchado.

Iniciadas las investigaciones contra miembros del Ejército, aparecieron dos oficios número 2919 con el mismo radicado y fecha, ambos suscritos por el Mayor Hernán Orozco Castro y dirigidos al Brigadier General USCÁTEGUI RAMÍREZ, cuyo contenido, aunque mencionaba el contacto telefónico previo que Orozco Castro había sostenido con el Juez Municipal, Leonardo Iván Cortés, acerca de un juicio popular que le había hecho la guerrilla al funcionario judicial, de manera diferente se aludía a la presencia de las Autodefensas en la zona: mientras en uno se alertaba por una inminente matanza en la población ya que desde hacía días los sujetos armados habían hecho presencia en el sector en cuanto impidieron el tráfico fluvial *«considero yo que si los paras han venido desde tan lejos, no ha sido precisamente para deleitarse con el paisaje de la región, pronostico en los próximos días una serie de matanza y asesinatos»*, al tiempo que recomendaba

una operación rápida y sorpresiva, en el otro se anunciaba la presencia de gente armada en el pueblo, «posiblemente paramilitares», pero se solicitaba el envío de tropa a otro lugar, Calamar, para contrarrestar el accionar de frentes de las FARC. (.....)

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

(...)

De los cargos

1. Primer cargo: Nulidad. En cuanto a la anulación solicitada por el casacionista ante la indeterminación en el número de víctimas de los delitos de secuestro y homicidio, así como su identificación, lo que a su juicio impedía proferir fallo de condena, es necesario hacer preliminarmente las siguientes acotaciones:

Cuando se trata de derechos o bienes jurídicos personalísimos, es decir, aquellos que son inseparables de la persona, como la vida, la integridad, la honra o libertad sexual, entre otros, no es dable agruparlos como si fuera una sola conducta, porque deviene claro que cada ilícito dependerá del número de víctimas o sujetos pasivos de la acción o de cuantas veces se ejecute materialmente la conducta.

Por ello se habla de la inviabilidad jurídica de predicar un delito continuado cuando se está frente a reiterados atentados contra un bien jurídico personalísimo por parte del sujeto activo. Por ejemplo, tratándose de delitos de homicidio, con cada deceso se incurre en un delito. Igual cuando se trata de ilícitos atentatorios del bien jurídico de la libertad sexual, (CSJ SP 12 may. 2004, rad. 17151):

Amplios sectores de la doctrina y la jurisprudencia coinciden en afirmar que el delito continuado y el delito masa quedan excluidos cuando se atenta contra bienes jurídicos eminentemente personales, entre ellos los relacionados con “la libertad, integridad y formación sexuales”, y a ello se suma la Sala mayoritaria de Casación Penal, bajo el entendido que la protección de tales bienes descansa muy especialmente sobre la base de reconocer la dignidad inherente a todo ser humano como un bien absoluto, que no admite graduación, ni escalas, ni excepciones; y también para evitar consecuencias político criminalmente inaceptables, como ocurriría por ejemplo al descartar el concurso de accesos carnales, so pretexto de que el abusador tenía la finalidad única de asaltar sexualmente a todas las alumnas de un grado escolar, para satisfacer alguna vanidad personal.

“Esta restricción se fundamenta en que con los bienes jurídicos personalísimos el injusto de acción, el de resultado y también el contenido de la culpabilidad referidos a cada acto individual, deben ser comprobados y valorados en la sentencia de forma separada.” (HANS-HEINRICH JESCHECK, THOMAS WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Editorial Comares, Granada, 2002, pg. 771.)

En vigencia del Código Penal de 1936, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal reiteró la improcedencia del delito continuado frente a derechos personales. A manera de ejemplo se cita la Sentencia del 14 de febrero de 1957 (Gaceta Judicial No. 2179, Tomo LXXXIV, pg. 447, M.P. Dr. Luis Sandoval Valcárcel), donde se indicó:

“En la controversia doctrinaria suscitada al efecto, la gran mayoría de expositores admite que puede existir la continuación aún con pluralidad de sujetos pasivos. Así lo sostiene Mittermaier. También Manzini e Impallomeni siguen la tesis, excepto cuando se trata de delitos contra los derechos “individuales” inseparables de la persona como la vida, la integridad personal, el honor, el pudor.”

“Sin embargo, la apreciación de hecho encuentra límites en la naturaleza de algunos delitos que excluyen A PRIORI la identidad del designio, por cuanto afectan bienes personalísimos (hochpersönlichrechtsgüter dicen los alemanes), como la vida, la integridad personal, la libertad, la libertad sexual, el honor.”

Por tanto, cuando la vulneración paulatina y sucesiva recae sobre bienes jurídicos como el patrimonio, de fácil graduación, puede resultar adecuado a los fines de la pena, la aplicación de un reductor de la sanción como la prevista para el delito continuado. En cambio, si el atentado se dirige contra bienes más personales, como son: la “Libertad y el pudor sexuales”, en la denominación del Código Penal de 1980; o la “Libertad Sexual y la Dignidad Humana” con la Ley 360 de 1997, que modificó al régimen anterior; o la “Libertad, integridad y formación sexual” en el estatuto penal vigente (Ley 599 de 2000), cada vez que ocurre una transgresión ya se ha desconocido por completo el bien jurídico personal -con trascendencia ético social- que el legislador considera necesario preservar; y cuando ello ocurre, ya se ha negado en el sujeto pasivo la dignidad que le es inherente; por lo cual, en esta última hipótesis el fin preventivo y restaurador de la pena reclama para su verificación mayor respuesta punitiva, y severidad condigna al contenido de la antijuridicidad.

Aquí se trata de ilícitos atentatorios de la vida como derecho personalísimo más importante, seguido de los ataques al bien jurídico de la libertad individual. Pero es bueno precisar la diferencia entre cuantificación e individualización de las víctimas; la primera tiene lugar con el número total, en tanto que la segunda con la identificación de las mismas.

De acuerdo con la resolución de acusación de 10 de marzo de 2003, es evidente que no hay cabal precisión del número de víctimas, pues se anotó que Carlos Castaño Gil, líder de las autodefensas, en su «parte de victoria» indicó que habían sido dadas de baja 49 personas en la incursión armada en Mapiripán, en tanto que el Juez Promiscuo Municipal Leonardo Iván Cortés Novoa hablaba de aproximadamente 26 personas asesinadas y desaparecidas, o que también labores de inteligencia realizadas por miembros de la fuerza pública referían aproximadamente 30 y, finalmente, que el confeso paramilitar José Pastor Gaitán Ávila mencionaba 23 muertos.

Y si bien es patente que por la barbarie desplegada al realizar los hechos de manera selectiva contra los pobladores de Mapiripán, ha sido difícil

precisar el número de muertos y secuestrados, pues recuérdese que en cuanto los cadáveres fueron mutilados, incinerados, enterrados o lanzados al río Guaviare, las labores de investigación adelantadas permitieron individualizar a algunas víctimas por las que se ha proseguido este diligenciamiento, tal y como se plasmó en la resolución de acusación y de manera coincidente se consideró en los fallos.

Ciertamente en la calificación sumarial se precisó que:

[el] múltiple homicidio se acredita al interior del instructivo a través de diferentes probanzas representadas en la inspección judicial practicada a los únicos cadáveres que fueron dejados dentro del perímetro urbano del municipio de Mapiripán (Meta) que se salvaron de ser lanzados a las aguas del Río Guaviare.

Cuerpos a la postre identificados como el –sic–, de los ciudadanos Sinaí Blanco Santamaría, José Roland Valencia y un N.N. hombre de aproximadamente 35 a 40 años de edad.

Otros homicidios fueron acreditados mediante prueba testimonial como el de Nelson N., Álvaro conocido como «Tomate», Edwin Morales, una señora apodada «La muerte» y Jaime Pinzón, que correspondían al corregimiento La Cooperativa.

El cuanto al secuestro se plasmó en el mismo proveído:

«Pruebas testimoniales revelan que varios de los habitantes de Mapiripán fueron secuestrados, desconociéndose hasta el momento su suerte y paradero, el Juez Promiscuo Municipal Leonardo Iván Cortés Novoa, relata cómo era coartada la libertad personal de los habitantes, sacados de sus casas y conducidos al matadero municipal. Allí torturados y asesinados unos y desaparecidos otros de cuya muerte no se tiene evidencia, como es el caso de Gustavo Caicedo Rodríguez, Hugo Fernando Martínez Contreras, Diego Armando Martínez Contreras y Manuel Arévalo. Comportamiento, que como se observa, es claramente violatorio del derecho fundamental de la libertad y por lo tanto con la norma aplicable para entonces surge para la conducta su calidad de típica, catalogada jurídicamente como secuestro.

Por su parte en la resolución de acusación de segunda instancia de 30 de julio de 2003 la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal expresó:

De las víctimas de los homicidios pudieron establecerse las identidades de JOSÉ ROLAND VALENCIA, administrador de la pista de aterrizaje del municipio y SINAÍ BLANCO SANTAMARÍA comerciante del mismo, un hombre NN de 35 años y otro NN rescatado de las aguas del Río Guaviare, el mismo que de nuevo fue arrojado al río por los miembros de la agrupación criminal. Igualmente se conoció del secuestro del señor ANTONIO MARÍA BARRERA y NELSON NN, conocido el primero como CATUMARE.

Mientras lo narrado en precedencia sucedía en Mapiripán, otro grupo perteneciente a las denominadas Autodefensas Unidas de Colombia y Autodefensas

Campeñas de Córdoba y Urabá, se tomaron el corregimiento La Cooperativa, asesinando al señor ÁLVARO TOVAR MUÑOZ, alias 'Tomate', JAIME PINZON y EDWIN MORALES y a la señora Teresa apodada 'La Muerte' conforme a los testimonios de los señores HECTOR JAIME TORRES y a la señora OLIVA VARGAS, suegra de uno de ellos.

Ahora, el Tribunal no realizó algún reparo a la objetividad de los delitos imputados remitiéndose a los registrados en el fallo de primer grado, en el cual se anotó:

Las muertes violentas de SINAI BLANCO SANTAMARÍA, JOSÉ ROLAND VALENCIA y un NN, que no las únicas, están acreditadas a través de las inspecciones realizadas a los cadáveres, actas de necropsia donde quedaron consignadas las huellas de la forma en la que cada una de las víctimas fueron ultimadas, evidenciándose además los procedimientos utilizados, dado que se observó en los cadáveres signos de las torturas a las que fueron sometidos, al punto que los cuerpos estaban desmembrados, degollados y acorde con la descripción aportada por los testigos de tan cruel acontecer, refirieron que a otras víctimas las arrojaron al río Guaviare, se hace alusión que el número de víctimas ascendió a 27 personas...La agrupación armada incursionó en el corregimiento ubicado en el mismo municipio denominado La Cooperativa, ultimando a varias personas entre ellas a AGUSTIN N., RAUL MORALES, JAIME PINZÓN y ÁLVARO TOVAR MORALES.

Estas apreciaciones y relatos de quienes directamente percibieron circunstancias de la forma en que se desarrolló tan brutal acontecer, están reafirmadas por JOSÉ PASTOR GAITAN ÁVILA, ex paramilitar que adujo que en esa incursión el grupo ilegal ultimó a 23 personas, que fueron decapitadas, desmembradas de piernas, brazos, que otros fueron lanzados al río Guaviare, otros enterrados, quemados, pero que la mayoría fueron incineradas y arrojadas al Río Guaviare.

En lo que corresponde al secuestro, se anotó:

Este comportamiento, en la misma medida que el anterior se encuentra acreditado, pues dentro de la acción desplegada por la agrupación ilegal se produjo el arrebato, sustracción, retención y ocultamiento de varios habitantes del municipio de Mapiripán al igual que se dio cuenta de los actos que contra la libertad individual de las personas se produjo durante los cinco días siguientes, entre ellas, la retención de ANTONIO MARÍA BARRERA CALLE apodado 'CATUMARE' quien desapareció desde el 15 de julio de 1997 apenas arribó el grupo al margen de la ley, además, varios pobladores observaron cuando era conducido por miembros de la agrupación hacia las instalaciones del matadero, desconociéndose en la actualidad su paradero...En términos similares, familiares de las víctimas y pobladores de Mapiripán, convergen en describir la manera en que fueron retenidos varios habitantes, además, que a los residentes se les hizo la advertencia de tal actuar aduciendo que las víctimas auxiliaban a la guerrilla, por ello, es palmario que tal comportamiento, se estructuró en la medida que un número indeterminado de personas residentes en dicha población fueron arrebatadas de su entorno familiar contra su voluntad, desconociéndose en la actualidad su paradero.

Por lo tanto, le asiste razón al casacionista cuando en el libelo pone en evidencia que no se sabe el número de víctimas, pero no sucede lo mismo en cuanto a su individualización, lo cual no tiene la entidad suficiente para anular la decisión, porque es evidente la configuración de atentados contra la vida y la libertad individual respecto de específicas personas, mucho menos ello apareja desconocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fueron realizados tales comportamientos.

En efecto, se logró acreditar cabalmente la ocisión del comerciante Sinaí Blanco Santamaría, del despachador del aeropuerto José Ronald Valencia, un joven de color amigo de Gerardo Bermúdez, dueño de una droguería, Agustín N.; Álvaro Tovar Muñoz, alias «Tomate», Teresa N., apodada «La Muerte», Jaime Pinzón, Edwin Morales y Manuel Arévalo². La misma suerte corrió un joven oriundo de Caño Jabón de apellido Carvajal quien fue ultimado por no portar sus documentos³ Se conoció, así mismo, del homicidio de un muchacho de raza negra originario del departamento del Valle.⁴

De igual manera, otro de los testigos bajo reserva dio cuenta de un cuerpo que los pobladores encontraron flotando en el río Guaviare atado de pies y manos y con los intestinos por fuera⁵. Esta persona, según el dicho de José Eliberto Rendón, empleado del juzgado del municipio, era conocido como “Pacho”⁶.

Según declaración de Nolberto Cortés Pineda⁷, fueron ocho las personas asesinadas; Antonio Barrera, Sinaí Blanco, Ronald Valencia, un sujeto NN, el presidente de la Junta de Acción Comunal de la vereda Caño Danta, una señora que trajeron de Charras, un muchacho de raza blanca que había venido de la inspección de La Cooperativa y otro cadáver que estaba flotando en el río. En los mismos términos declaró la señora Marina San Miguel Duarte, esposa de uno de los sujetos asesinados (Ronald Valencia)⁸.

Siguiendo estos medios de convicción, en la sentencia proferida contra Carlos Castaño Gil y otros, el Juzgado 2º Penal del Circuito Especializado, reconoció el pago de perjuicios a los familiares de quienes fueron asesinados, esto es, Ronald Valencia, Sinaí Blanco, Agustín N., Álvaro Tovar Morales, Jaime Pinzón y Raúl Morales, estos cuatro últimos residentes en la inspección de La Cooperativa. A esta conclusión arribó dicha autoridad tomando como base, entre otras probanzas, la declaración de Héctor Jaime Pinzón y de Oliva Vargas, habitantes de esa inspección, quienes fueron testigos del homicidio de un señor Álvaro a quien apodaban “Tomate”, de Edwin Morales, de una señora Teresa a quien le decían “La muerte” y de Jaime Pinzón⁹.

Entre las personas retenidas figuran Antonio María Barrera conocido como «Catumare», Gustavo Caicedo Rodríguez, los hermanos de 15 y 16 años Hugo Fernando y Diego Armando Martínez Contreras, así como Nelson N.

La Procuraduría General de la Nación también logró identificar a cinco víctimas de homicidio y a cuatro desaparecidos, según se concluyó en el informe del 31 de julio de 1997¹⁰, entre las primeras, un hombre de 30 años cuyo cuerpo fue hallado diagonal a la agencia «Voladoras», Sinaí Blanco, Ronald Valencia, Álvaro Tovar Muñoz conocido como «Tomate», y un NN que fue sacado del río por el citador del Juzgado. Y entre los desaparecidos a Antonio Barrera conocido como «Catumare», una persona de raza negra de nombre Nelson, Jaime Pinzón, vaquero que vivía en la inspección de La Cooperativa y N. Morales conocido como «Arepa», también residente allí.

No obstante lo anterior, no se descarta que hayan sido más las personas muertas y retenidas, dado que por ejemplo el Juez Promiscuo Municipal de la época, Leonardo Iván Cortés Novoa, narró que como vivía cerca al lugar donde sacrificaba ganado, pudo observar aproximadamente a veintiséis personas que fueron conducidas hacia allí, concluyendo el testigo que fueron asesinadas debido a que escuchaba sus gritos y sus llamados de auxilio¹¹.

Este deponente coincide con el dicho de otros declarantes respecto del señalamiento acerca del homicidio de Ronald Valencia, de un hombre que apareció flotando a orillas del río atado de pies y manos, cuyo cuerpo fue nuevamente lanzado por los paramilitares cuando se percataron que se iba a realizar el levantamiento del cadáver, de Sinaí Blanco, de otro hombre muerto al frente de un negocio propiedad de una señora Guillermina, un muchacho de raza negra, y por referencia que le hizo el señor Reinel N., dueño de la panadería el Oasis se enteró que la esposa y el hijo de brazos del hombre de color fueron asesinados cuando ella suplicaba por la vida de su esposo.

Con anterioridad, en un caso por haber dictado absolución un Tribunal basado en la imposibilidad de identificar cabalmente a las víctimas cuyos cuerpos fueron hallados gracias a los reportes hechos por un ex miembro de las AUC, la Corporación (CSJ SP 23 feb 2009 rad. 29418), casó tal decisión para dejar en firme el fallo de condena de primer grado al estimar la absolución de ilógica:

«pues es claro que si en la necropsia se estableció que de manera previa a su muerte, aquellas fueron sometidas a torturas e inclusive mutiladas, todo indica que en sí, sus identidades, resultan irrelevantes en punto de la comisión de los delitos investigados, es decir, tal imposibilidad de identificarlos no guarda relación alguna con la pretensión de desvirtuar la comisión de dichos delitos o con la responsabilidad penal de los acusados».

También, por ejemplo, (CSJ SP 15 may. 2013, rad. 33118), en el caso de la denominada «Masacre de Segovia» fueron relacionadas las víctimas fatales que lograron ser identificadas y se anotaron tres más respecto de las cuales no se consiguió tal cometido, y tras clarificar que aquél epígrafe era ilustrativo de una situación de contexto y que al procesado se le acusaba como determinante de los delitos de homicidio múltiple agravado, en la

contabilización se incluyeron los tres cuerpos que no se pudo identificar, para sumar así 44 muertes, número por el cual se fijó la pena.

Bajo estos parámetros, para la Sala la falta de cuantificación de las víctimas no impide estructurar la forma como ocurrieron los hechos, pues se insiste varias fueron identificadas o individualizadas, motivo por el que se avizora que la censura no tiene vocación de prosperar.

Eso mismo llevó a que en la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 15 de septiembre de 2005, contra el Estado colombiano, por estos mismos hechos, se le instara a:

...realizar inmediatamente las debidas diligencias para individualizar e identificar, en un plazo razonable, a las víctimas ejecutadas y desaparecidas, así como sus familiares.

La Corte considera indispensable que, para efectos de las reparaciones, el Estado individualice e identifique las víctimas ejecutadas y desaparecidas, así como sus familiares. El Tribunal ha valorado las acciones emprendidas por el Estado para recuperar los restos de las personas ejecutadas en Mapiripán que fueron arrojados al río Guaviare. El Estado deberá completar dichas labores, así como cualquier otra que resulte necesaria, para lo cual deberá emplear todos los medios técnicos y científicos posibles, tomando en cuenta las normas pertinentes en la materia, tales como las establecidas en el Manual de Naciones Unidas sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias. Esta obligación incluye el deber de identificar a las víctimas individualizadas con primer nombre, con nombre y apodo, con sólo apodo o con cargo, a saber, un hombre de raza negra denominado N.N. Nelson (hombre de raza negra), Teresa 'la Muerte', 'la Arepa' y el 'Presidente de la Asociación Danta', Agustín N.N., el Pacho N.N., Teresa N.N o Teresa "la muerte", N.N. "la arepa", N.N. Morales, a un cadáver identificado como N.N, a un N.N. de sexo masculino, a una mujer del corregimiento de Charras y a un hombre de La Cooperativa N.N. (supra párr. 96.52), así como aquéllas que vayan siendo individualizadas con posterioridad a la notificación de la presente Sentencia.

En ese fallo fueron reconocidos como víctimas José Rolan Valencia, Sinaí Blanco Santamaría, Antonio María Barrera Calle, Álvaro Tovar Muñoz, Jaime Pinzón, Raúl Morales, Edwin Morales, Manuel Arévalo, Hugo Fernando Martínez Contreras, Diego Armando Martínez Contreras, Omar Patiño Vaca, Eliécer Martínez Vaca, Gustavo Caicedo Rodríguez, Enrique Pinzón López, Luis Eduardo Pinzón López, Jorge Pinzón López, José Alberto Pinzón López, Jaime Riaño Colorado y Uriel Garzón y Ana Beiba Ramírez.

Sin embargo, posteriormente el Estado colombiano solicitó a ese mismo Tribunal Internacional revisar la sentencia toda vez que no tenían la condición real de víctimas las siguientes personas: Diego Armando Martínez Contreras, Gustavo Caicedo Rodríguez, Manuel Arévalo, Ornar Patiño Vaca y Eliécer Martínez Vaca, quienes habrían muerto o desaparecido

en otras circunstancias o en otros momentos, y Hugo Fernando Martínez Contreras, que estaría con vida, y ese organismo mediante Resolución de 23 de noviembre de 2012, luego de destacar los esfuerzos investigativos desplegados por el Estado para identificar a las víctimas, concluyó:

Que según la información presentada por el Estado con posterioridad a la emisión de la Sentencia, en la etapa de supervisión de cumplimiento de la misma y como resultado de haber reactivado las investigaciones en atención a la obligación estatal de investigar los hechos e identificar a las víctimas, Hugo Fernando Martínez Contreras, Diego Armando Martínez Contreras, Gustavo Caicedo Rodríguez, Manuel Arévalo, Ornar Patiño Vaca y Eliécer Martínez Vaca, así como sus familiares (incluidos en la Sentencia o identificados posteriormente), no deben ser considerados como víctimas del caso y las reparaciones ordenadas a su favor no deben tener efectos, según lo señalado en los párrafos considerativos 18, 24, 30, 34, 38 y 44 de la presente Resolución. En consecuencia, la Corte no continuará supervisando los extremos de la Sentencia en lo que atañe a la consideración de esas personas como víctimas y de sus familiares como beneficiarios.

Esta nueva situación, que permite evidenciar que cuatro de las personas excluidas como víctimas en la decisión internacional, fueron considerados en este proceso penal interno como tales, específicamente Manuel Arévalo, Hugo Fernando Martínez Contreras, Diego Armando Martínez Contreras y Gustavo Caicedo Rodríguez, lo cual no fue conocido en las instancias en cuanto la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se produjo tres años después de haberse adoptado en fallo de condena por parte del Tribunal Superior de Bogotá, impone precisar lo siguiente:

Como se trata de un evento de público conocimiento y notoriedad, el valor demostrativo de la decisión de la citada Corte Internacional impone ser tenida en cuenta ahora, máxime su pertinencia con el tema en estudio, pues en las voces del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en el proceso penal en atención a la norma rectora de remisión del artículo 23 de la Ley 600 de 2000), se trata de un hecho notorio.

En (CSJ SP 12 may. 2010, rad 29799), se precisó que:

El hecho notorio es aquél que por ser cierto, público, ampliamente conocido y sabido por el juez y el común de los ciudadanos en un tiempo y espacio local, regional o nacional determinado, no requiere para su acreditación de prueba por voluntad del legislador (notoria non egent probatione), en cuanto se trata de una realidad objetiva que los funcionarios judiciales deben reconocer, admitir y ponderar en conjunto con las pruebas obrantes en la actuación, salvo que su estructuración no se satisfaga a plenitud.

Es evidente que no se trata de un rumor público, esto es, de un hecho social vago, impreciso e indefinido, comentado de boca en boca sin tener certeza acerca de su fuente primigenia, defectos que lo tornan contrario a la certeza y que por tanto, se impone descartarlo probatoriamente.

Consecuentemente, la Sala en esta altura procesal no puede desconocer esta información, y por ello, se deberá excluir también aquí como víctimas a Manuel Arévalo, Hugo Fernando Martínez Contreras, Diego Armando Martínez Contreras y Gustavo Caicedo Rodríguez.

Sin embargo, tal exclusión no tiene alguna incidencia en los aspectos punitivos, si se tiene en cuenta que aunque la condena refirió el concurso heterogéneo y homogéneo entre los delitos de homicidio agravado y secuestro agravado y un delito de falsedad, la sanción se impuso atendiendo la sumatoria de las penas mínimas para cada una de las conductas delictivas individualmente consideradas, sin que el fallador de segunda instancia haya agregado el aumento de hasta en otro tanto que imponía la figura concursal.

Los delitos que rigen el instituto de la sanción se contraen al homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo, en concurso heterogéneo con el de secuestro agravado igualmente plural y, finalmente con el de falsedad en documento público y que fueran imputados a Jaime Humberto Uscátegui Ramírez por la Fiscalía General de la Nación en la resolución de acusación en condición de coautor.

Por principio de favorabilidad de la normatividad aplicable, la regulación de la pena debe seguir el mismo rasero de orden legal adoptado en la condena de primer grado contra Hernán Orozco, esto es: el artículo 104 de la Ley 599 de 2000 que describe el homicidio agravado con pena de 25 a 40 años de prisión; el secuestro agravado con fines terroristas previsto y sancionado por el artículo 168 en concordancia con el 170 del mismo estatuto, con aflicción entre 13 años, 4 meses y 360 meses y multa de 133.33 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y la falsedad material en documento público por parte de servidor oficial, con pena de 3 a 10 años de prisión.

Regulada igualmente por el sistema de cuartos previsto en el artículo 61 ibídem y considerados los factores de ponderación indicados en el inciso 3º de esta norma, es decir, la indiscutible gravedad de la conducta, el daño real y potencial causado, la intensidad del dolo, igualmente inobjetables, y atendida la previsión legal respecto del concurso de conductas punibles .

Se tiene entonces que los respectivos cuartos punitivos quedan así: el mínimo de 300 a 345 meses, los medios de 345 a 435 meses y el máximo de 435 a 480 meses de prisión. Como quiera que no se dedujeron atenuantes ni agravantes en el pliego de cargos, la tasación habrá de realizarse en el cuarto mínimo que va de 300 a 345 meses de prisión, cuyo extremo mínimo será el tenido en cuenta para los efectos pretendidos, esto es, 300 meses. Ahora bien, para el delito de secuestro agravado, los cuartos resultan de la siguiente manera: el mínimo de 160 a 210 meses de prisión y de 133.3 a 174.975 SMLMV; los medios de 210 a 310 meses de prisión y de 174.975 a 258.325 SMLMV y el máximo de 310 a 360 meses de prisión y de 258.325 a 300 SMLMV.

Y para la conducta punible contra la fe pública, arrojan los siguientes límites: el mínimo de 36 a 57 meses, los medios de 57 a 99 y el máximo de 99 a 120 meses de prisión.

Por manera que para la imposición de la pena acorde con la previsión legal del inciso 1º del artículo 31 del estatuto punitivo para la sanción del concurso de conductas punibles, se impondrá la pena más grave (prisión de 25 a 40 años), aumentada hasta en otro tanto y considerando que el extremo mínimo de pena previsto para cada uno de los delitos relacionados, es decir, 300, 160 y 36 meses, rebasan el límite máximo de pena consagrado en el artículo 37.1 *ejusdem*, pues arroja un total de pena de 496 meses o lo que es lo mismo de 41 años y 4 meses, por lo que se estima justo y equitativo imponer como pena principal por el concurso homogéneo y heterogéneo de delitos cometidos, la de cuarenta años de prisión y multa de 10 millones de pesos por las infracciones cometidas^{12.}

Conforme con lo anterior, emerge claro que el número de homicidios no fue un factor tenido en cuenta por el Tribunal para aumentar la sanción a partir del tipo base contra la vida, pues simplemente sumó las penas mínimas de cada uno de los delitos atribuidos, dada su gravedad e intención con la que fueron cometidos.

Por lo mismo, no hay lugar a la redosificación de la pena deprecada por el Ministerio Público en su condición de sujeto procesal no recurrente, porque la figura concursal de carácter homogéneo no fue factor apreciado por el *Ad quem* para la determinación de la pena.

De otro lado, respecto de la preocupación del recurrente acerca de que en el futuro cualquier persona, alegando haber estado en Mapiripán en julio de 1997, podría elevar reclamaciones indemnizatorias como víctima o perjudicada y por lo tanto, acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa o a cortes internacionales para reclamar el pago de perjuicios, es claro que para esa hipótesis quien demande tal pretensión deberá demostrar su interés y legitimidad con las pruebas que obran en el proceso o con nuevos elementos de convicción.

Ahora, el hecho de que subsista la posibilidad de iniciar procesos de índole administrativa, no comporta una trasgresión al principio del *non bis in ídem*, pues en esos eventuales trámites no se discutirá la responsabilidad penal que le pueda asistir al procesado.

Incluso, debe tenerse en cuenta que varios de los ofendidos con estos acontecimientos obtuvieron la condena en perjuicios a su favor en la sentencia que el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bogotá¹³, profirió el 18 de julio de 2003 contra Carlos Castaño Gil, Julio Enrique Flórez, Juan Carlos Gamarra, José Miller Uruña y el Teniente Coronel Lino Sánchez Prado, cuando se fijó la suma de 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes como indemnización para cada una de las familias de quienes fueron ultimados, según las conclusiones a las que arribó esa autoridad judicial, esto es, Ronald Valencia, Sinaí Blanco, Antonio María Barrera Carbonell, Agustín N., Álvaro Tovar Morales, Jaime Pinzón y Raúl Morales.

Y frente a las víctimas representadas por el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, éstas renunciaron a obtener el restablecimiento del derecho a través de éste proceso según se consignó en la parte considerativa del fallo de primera instancia proferido por el Juzgado 9° Penal del Circuito Especializado de Bogotá¹⁴, toda vez que optaron por las instancias internacionales.

En este orden de ideas, no es posible aceptar la petición del delegado del Ministerio Público, en orden a que se invalide la sentencia con el fin de que se individualice a cada una de las víctimas de los delitos de secuestro y homicidio, en la medida en que esa circunstancia no implica la indeterminación de los hechos que se le atribuyen al procesado como para que se configure una causal de nulidad por trasgresión del debido proceso, en tanto es diáfano que la imputación fáctica corresponde a varios delitos de homicidio y secuestro agravados, la mayoría de cuyas víctimas se encuentran identificadas en el proceso.

Bajo estas consideraciones, el cargo de nulidad no tiene vocación de prosperar, pero se precisará en la parte resolutive las personas que se excluyen como víctimas.

Segundo cargo: Falta de consonancia entre la acusación y la sentencia.

Como el tópico a abordar tiene relación con la participación omisiva en delitos de resultado, la Sala se referirá previamente a la figura de la posición de garante, toda vez que el demandante denuncia que su asistido fue acusado en tal calidad (por omisión), de los delitos de homicidio y secuestro agravados, pero condenado en segundo grado, finalmente como coautor (por acción).

1. Tratándose de acciones negativas o de índole omisivas, suelen distinguirse las de *omisión propia*, cuando se sanciona el incumplimiento del deber definido por el legislador independientemente del resultado, como en los delitos de inasistencia alimentaria (art. 233 C.P.), omisión de medidas de socorro (art. 131), omisión del agente retenedor o recaudador (art. 402) prevaricato por omisión (art. 414), entre otros, y las de *omisión impropia* o *comisión por omisión*, que tienen lugar cuando el resultado, que por antonomasia es producido con una conducta activa, es conseguido a través de una omisión, esto es, un no hacer que produce el resultado típico previsto en la ley, eventos estos para los cuales se utilizan por regla general las cláusulas de equivalencia o equiparación punitiva entre la acción y la omisión.

Para este comportamiento omisivo se entra a verificar el nexo de evitación, es decir, la conducta esperada que de haber sido realizada, el sujeto habría interrumpido o evitado el resultado, y a fin de equiparar la causación de éste y la relación del omitente con el bien protegido, se ha de analizar el deber jurídico de la persona llamada a evitar esa consecuencia, precisar así quién debe garantizar su no causación, ora mediante la función de protección o de vigilancia.

La posición de garante (*Garantenstellugen*), es entendida como el deber jurídico que tiene el autor de evitar un resultado típico, ubicación que le imprime el obrar para impedir que éste se produzca cuando es evitable.

La Corte (CSJ SP 14 Nov. 2007, rad 28017), se ocupó de reseñar cómo la jurisprudencia a la luz del Código Penal de 1980 y de la Constitución Política de 1991, estableció los criterios normativos para configurar los deberes de aseguramiento o las obligaciones de actuar y que de cumplirlas el sujeto evitaría la producción del resultado (garante de la evitación del resultado).

Allí se destacó que en el Decreto-Ley 100 de 1980 al consagrar como modalidad del hecho punible tanto la acción como la omisión (art. 19), también se previó en el artículo 21 el principio de causalidad, según el cual, *«Nadie podrá ser condenado por un hecho punible, si el resultado del cual depende la existencia de éste no es consecuencia de su acción u omisión. Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo»*.

De tales preceptos emerge la «cláusula de equivalencia» entre acción y omisión, equiparando la acción con el no hacer y no impedir conscientemente el resultado.

Se subrayó que si bien en el anterior estatuto sustantivo no se precisaron los deberes jurídicos o las fuentes de la posición de garante y con la Constitución Nacional de 1886 se dificultaba la punición de conductas omisivas impropias, en cuanto mediaba una amplia discrecionalidad judicial para integrar la comisión por omisión, con la Constitución Política de 1991 y el replanteamiento del modelo sociopolítico del Estado, el fundamento de las relaciones entre gobernantes y gobernados, el ámbito de las garantías ciudadanas, el establecimiento y preeminencia de valores superiores que se dio con la expedición de la nueva norma superior, se establecieron deberes jurídicos no sólo para los servidores públicos, sino para los particulares, que les fija, en uno y otro evento, el deber de evitar ciertos resultados típicos.

Principalmente, desde el artículo 1° de la Constitución Política al contemplar que Colombia es un Estado social y democrático de derecho fundado en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran y en la prevalencia del interés general, así como por la consagración en el artículo 95 de los deberes y obligaciones ciudadanos, específicamente el de *«obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas»*, se dijo que se predicaban deberes de competencia institucional y también por organización, es decir, obligaciones normativamente específicas para los servidores públicos que como agentes estatales deben siempre atender los fines esenciales del Estado, o deberes generales de los ciudadanos de velar por la conservación de determinados bienes jurídicos.

En la posición de garante que surge de la competencia institucional, como obligaciones normativas específicas, el deber jurídico emerge del propio artículo 2° del texto superior, según el cual, las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, sin alguna discriminación, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado.

Así mismo, del artículo 6° del mismo texto al contemplar que los servidores públicos son responsables no sólo por infringir la Constitución y las leyes, sino por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, de lo cual se dibujan unos deberes positivos frente a la amenaza de los bienes jurídicos.

Y ya tratándose de miembros de la fuerza pública, se ha dicho que proviene de las finalidades de las fuerzas militares, de defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio y del orden constitucional (artículo 217 de la Constitución), o de la Policía Nacional del mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes en Colombia, convivan en paz (artículo 218 ejusdem).

A su turno, en aplicación del bloque de constitucionalidad se ha acudido a Instrumentos Internacionales, como las normas del Derecho Internacional Humanitario que protegen a la población civil en caso de conflicto armado interno, específicamente, los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y 8 de junio de 1977, que en sus artículos 4° y 13 preceptúan:

ARTÍCULO 4. Garantías fundamentales.

1°. Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas. Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes.

Artículo 13: Protección de la población civil.

1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares.

2° No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil.

3° Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.

De esa forma, como el deber de garantía es predicable del Estado y se materializa a través de sus agentes o servidores públicos, se debe analizar la relación que éstos tengan con el bien jurídico, pues no se trata de edificar un deber de garantía ilimitado y absoluto.

Desde el punto de vista del Estado democrático, edificado sobre las ideas de libertad de las personas y de su igualdad, y de un concepto de su dignidad que pasa en esencia por la atribución de ambas cualidades, se revela como necesaria la protección de quienes carecen de capacidades de autoprotección. Más allá de la idea del Estado democrático y derivada ya de la propia idea del Estado viene a colación la función de defensa de la colectividad frente a los ataques externos, la función de protección de los ciudadanos frente a los ataques de otros conciudadanos, y la protección de los ciudadanos y de la sociedad frente a los daños graves que proceden de la naturaleza.

“Estos deberes del Estado democrático deben constituirse como deberes de garantía al menos en dos grupos de supuestos. En primer lugar, en el caso de los deberes de protección de quien no tiene capacidad de protegerse, porque no se trata de proteger de cualquier modo su autonomía, o los presupuestos de su autonomía, sino de protegerla de un modo equivalente a la autoprotección de quien si puede desempeñar tal función. En segundo lugar, en los casos en los que el Estado limite la autonomía del individuo para su autodefensa, limitando por ejemplo la posesión y el uso de armas y las posibilidades de autodefensa agresiva, pues debe compensar esa limitación con la asunción plena y equivalente de las funciones de defensa impedidas¹⁵.”

No se desconoce que con la Ley 599 de 2000 se precisaron normativamente las posiciones de garante en las cuales la persona tiene la obligación de controlar o proteger determinado bien jurídico o de vigilar a otras personas ante una fuente de riesgo, pues en el artículo 10º y como principio rector se plasmó la necesidad que, en sede de tipicidad, en los tipos de omisión el deber esté consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la Ley, en tanto que el artículo 25 prevé,

La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

- 1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.*
- 2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.*
- 3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.*

4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

Parágrafo. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales¹⁶.

La norma establece cuatro situaciones de las que se reputa la posición de garante, de ahí que la fuente de la misma debe entenderse estrictamente normativa. El numeral primero alude a la asunción del agente sobre una fuente de riesgo o la protección sobre una persona; el segundo y el tercero se refieren a deberes positivos emanados de las relaciones institucionales que a su vez se fundamentan en expectativas de acción en donde el garante debe prestar ayuda. Esos deberes positivos emergen de instituciones como el matrimonio, las relaciones paterno filiales, las de confianza y los deberes del Estado frente a los ciudadanos. El numeral cuarto apunta a deberes negativos que se dan cuando el agente crea un comportamiento antecedente de índole antijurídico promotor de un peligro o de una situación riesgosa, surgiéndole el deber de asegurar esa fuente de riesgo o de adoptar las medidas de salvamento que correspondan.

Para hechos acaecidos con anterioridad al Código Penal de 2000, por ejemplo, en casos similares de «masacres» cometidas por los grupos armados al margen de la ley con la participación omisiva de miembros de la fuerza pública, se ha aplicado tal categoría jurídica, pues desde el propio bloque de constitucionalidad el Estado se constituye en garante, posición que se materializa a través de sus agentes o servidores públicos.

Ello impone determinar previamente la competencia del sujeto, esto es, si le correspondía realizar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos en relación con ciertos riesgos, para de esa forma evidenciar si el resultado era evitable y cognoscible, siempre que concurren estos elementos.

1. Situación de peligro para el bien jurídico.

2. No realización de la conducta debida, por no actuar teniendo el deber de hacerlo para evitar el resultado lo que eleva el riesgo creado.

3. Posibilidad de realizar la acción debida, esto es, que el sujeto esté en posibilidad de evitar el resultado o aminorar el riesgo a través de la acción debida para lo cual debe tener i) conocimiento de la situación típica, esto es, que el resultado se va a producir, ii) tener los medios necesarios para evitar el resultado, iii) contar con la posibilidad de utilizarlos a fin de evitar el resultado.

4. Producción del resultado.

Como corolario de lo expuesto, incurre en delito por vía de la omisión impropia aquél en quien concurren los requerimientos para que ostente la

posición de garante, correspondiéndole la misma sanción del delito que se ejecuta por una conducta activa.

2. En la resolución de acusación adoptada contra el procesado se destacó en primer lugar que tuvo conocimiento los días 15 y 16 de julio de 1997, de la presencia en el perímetro urbano de Mapiripán de aproximadamente 60 integrantes de las autodefensas y de los hechos no solo intimidatorios que se estaban realizando contra la población, sino de su gravedad al dar muerte y retener a varios de sus habitantes.

Y se explica que tal presencia del grupo armado al margen de la ley le fue comunicada telefónicamente y luego por escrito por parte de oficial Orozco Castro, quien la había recibido de primera mano por parte del Juez Promiscuo Municipal Leonardo Iván Cortés Novoa, testigo directo de los acontecimientos, sin que desplegara una acción oportuna, operacional o funcional *«quedando de lado los deberes de protección y salvamento de la población, como deber específico al cual estaban obligados estos superiores del Ejército en su condición de comandantes militares y quienes debían amparar y proteger la zona donde tales hechos se estaban produciendo»*, como se plasmó en la aludida calificación sumarial.

En este sentido, para el ente acusador, el Brigadier General USCÁTEGUI tenía competencia funcional, material y territorial sobre el municipio de Mapiripán con el deber de vigilar las fuentes de riesgo o peligro, y teniendo conocimiento de ello, desestimó los hechos al no realizar acción encaminada a contrarrestar el ataque, dejando así a la población a merced del grupo armado.

Ese no actuar teniendo el deber jurídico de hacerlo fue ubicado en el artículo 21 del anterior Código Penal y por eso mismo se le llamó a responder por el concurso delictual del múltiple homicidio agravado y secuestro agravado en comisión por omisión *«por cuanto no hay nada que indique que en el desarrollo de los acontecimientos delictivos se hubiese interpuesto una causa distinta a su querer, es decir, de realizar alguna acción positiva tendiente a impedir la materialización de los riesgos típicamente relevantes que se sabía iban a producir, como efectivamente se materializaron»*.

Como el censor aduce que el Tribunal mutó el marco fáctico y jurídico de la acusación al condenar al inculcado como coautor de las conductas de secuestro y homicidio, cuando se concluyó judicialmente que se había aliado con los paramilitares para cometer tales conductas, al confrontar el fallo de segundo grado se advierte que se parte de la premisa relacionada con que medió una alianza criminal entre paramilitares y miembros del Ejército Nacional,

existió una conspiración entre el grupo de las AUC y miembros del Ejército regular, lo cual permite colegir la existencia de órdenes y contra órdenes de autoridad al interior del estamento militar, arraigadas desde luego en los peldaños

de mayor jerarquía que dispensaron la abierta y osada operación. Es en este espectro que los comandantes de la VII Brigada y del Batallón Bipar (Batallón Joaquín París) ven comprometida en alto grado su responsabilidad al demostrarse fehacientemente como se ha anticipado que desde el 15 de julio tuvieron conocimiento de la presencia de los paramilitares en Mapiripán y la ejecución del inicio de los despiadados actos que por demás se advertían venir, dejando en absoluto desamparo a los habitantes de esa población. (...) Esa codelinuencia mancomunada la conformaron los integrantes de las AUC y varios miembros del Ejército Nacional con típica distribución de tareas pero con unidad de designio y voluntad hacia los funestos resultados que se registran, y es a este espectro que se aviene el comportamiento asumido por los acusados Hernán Orozco Castro y Jaime Humberto Uscátegui Ramírez según las probanzas examinadas y confrontadas en el presente fallo, las cuales evidencian la ejecución de actos materiales necesarios y unívocos a la ejecución de la acción criminal, y desde esta óptica deviene concluir que los hechos no se dieron simplemente con la contemplación y permisibilidad del estamento militar involucrado, sino con la intervención material y eficaz de la autoridad que ostentaban como se deja plasmado en el análisis del elemento probatorio incorporado al plenario.

El fallador de segundo grado, en efecto, destacó el aporte efectivo de los militares para la realización del hecho criminal ejecutado por las autodefensas, para tenerlos como coautores impropios por acción, al concluir que hicieron parte de una maquinación que arbitraria y dolosamente dejó desprotegida a la población de Mapiripán, de manera que no sólo fue la «inercia militar», sino la activa intervención en distribución de tareas para facilitar la incursión armada en el municipio.

De acuerdo con los argumentos del *Ad quem*, la intervención de los militares implicados en la ejecución de las conductas delictivas no fue simplemente un comportamiento de comisión por omisión fincado en la posición de garante, ya que hicieron parte del acuerdo criminal al que necesariamente debieron llegar los paramilitares con las autoridades castrenses del lugar para atacar a los habitantes, trasladarse desde el otro extremo del país y permanecer en la localidad por un lapso de cinco días con plena libertad para cometer los lamentables hechos.

En esa medida, es cierta la afirmación del defensor en el sentido de que se modificó la forma de intervención en el hecho punible, pues el procesado USCÁTEGUI RAMÍREZ fue acusado como autor de una conducta cometida por omisión dada su condición de garante de la vida de los habitantes del municipio de Mapiripán.

Corresponde entonces determinar si esa transformación vulneró el principio de congruencia, como lo indica el recurrente cuando señala que no sólo se varió la imputación fáctica, sino también la dimensión jurídica de la acusación.

Estima la Sala que el cambio hecho por el Tribunal, en manera alguna implica la atribución de hechos diferentes a los narrados en la acusación,

toda vez que tanto en ésta como en la sentencia la base fundamental es la «*inercia militar*», cuando se enfatiza en que USCÁTEGUI no ejecutó alguna acción para la protección de las personas de Mapiripán, habiendo tenido conocimiento de la presencia de los paramilitares en el lugar desde el primer día de la incursión armada, con el fin de permitir la libre acción de los mismos.

Tanto en la acusación como en la condena se pondera la falta absoluta de actuación por parte del Brigadier General, conducta omisiva propia del incumplimiento de deberes, sólo que aquella es propia de la posición de garante, en tanto que en ésta hace parte del plan criminal.

No obstante, esa diferente consecuencia jurídica en torno al grado de participación no constituye una afrenta al principio de congruencia, por ejemplo, en un caso en el que se acusó como determinante y se condenó como autor, la Sala (CSJ SP 1° Ago. 2002, rad. 11780) indicó:

La desarmonía jurídica es aparente, pues si los determinadores concurrieron a la ejecución del hecho y mantuvieron el dominio del mismo, bien podrían ser calificados como verdaderos coautores materiales, como se hizo en la sentencia.

Finalmente, si se tiene en cuenta que se defendieron de los hechos que les fueron imputados, sin que se les hubiere sorprendido, que su situación no fue desmejorada y que la pena para los autores materiales y determinadores, conforme al artículo 23 del Código Penal entonces vigente, era la misma, se concluirá que en ningún vicio se incurrió.

Diferente es el caso cuando se modifica el grado de participación con consecuencias más onerosas para el procesado, v.gr. se le acusa como cómplice pero se le condena como autor.

Aquí es palmario que en nada se modificó el aspecto punitivo, pues para ambas figuras la pena es la misma, óptica bajo la cual pese a la diferencia en la valoración dogmática no hay alguna violación de garantías que amerite la anulación procesal, (CSJ SP 5 dic. 2007, rad 26513),

“el principio de congruencia no se desconoce cuando en la sentencia se realizan valoraciones de tipo jurídico o dogmático distintas a las formuladas en la resolución de acusación o su equivalente, o bien a las consideradas por el Fiscal durante los alegatos finales, mientras ello no represente desde el punto de vista de la punibilidad un tratamiento desfavorable para los intereses del procesado ni tampoco altere el núcleo fáctico de la imputación.

Por ejemplo: la Fiscalía profiere resolución de acusación en contra de un mando intermedio de una organización criminal, por la realización de la conducta punible de homicidio agravado a título de lo que en la doctrina nacional se conocía tradicionalmente como autor intelectual. En los alegatos finales, el representante del organismo acusador solicita la condena de esta persona como determinador, aduciendo

que tal figura resulta más coherente desde el punto de vista sistemático de la teoría del delito que maneja. El funcionario de primera instancia, por su parte, lo sentencia como coautor del delito imputado, al considerar que participó en la conducta atribuida con dominio del hecho funcional. Por último, después de ser apelada la providencia, el Tribunal la confirma, pero aclara que la participación del procesado fue a título de autor mediato en virtud de su pertenencia a una estructura organizada de poder.

En ninguno de estos casos se desconocería el principio de congruencia, en la medida en que las consecuencias punitivas para cualquiera de las figuras señaladas (autor intelectual, determinador, coautor y autor mediato) resultarían idénticas a la inicialmente planteada.

Tampoco se vulnerarían derechos fundamentales en cabeza del procesado, toda vez que la defensa técnica jamás podría verse sorprendida por un aspecto que, en últimas, no sería propio de la situación personal del procesado ni incidiría en el núcleo central de los hechos imputados en su contra, sino que es de corte académico o dogmático, o incluso argumentativo, y que por lo tanto depende del sistema de la teoría del delito que cada operador jurídico asuma, que debe ser del conocimiento y dominio de todos los profesionales del derecho.(...) En este orden de ideas, es lógico colegir que la congruencia debe predicarse de la imputación fáctica y la adecuación típica de la conducta formulada en la resolución de acusación o su equivalente, mas no de la argumentación dogmática ni de las distintas posturas inherentes a la teoría del delito asumidas por los operadores jurídicos que en el campo de la punibilidad no operen en detrimento de los intereses del procesado". (Resalta la Sala)

El cargo propuesto justamente se sustenta en la disparidad del criterio jurídico del fallador de segundo grado frente al del ente acusador respecto de la forma de participación, pero se insiste, no se advierte algún supuesto que trasgreda garantías, como cuando se condena por hechos o delitos distintos a los contemplados en la acusación; por un delito no mencionado fáctica ni jurídicamente en el pliego de cargos; por delito imputado pero incluyendo alguna circunstancia genérica o específica que implique una pena mayor, o suprimiendo una genérica o específica de menor punibilidad que si fue tenida en cuenta en la acusación.

Ciertamente, la congruencia fáctica en ambos proveídos se advierte porque al procesado se le endilgó el no haber desplegado alguna operación militar para evitar la acción de los miembros de las autodefensas, estando en el deber legal y constitucional de hacerlo en su condición de Comandante de la Brigada Séptima, conducta frente a la cual ha ejercido su defensa técnica y material, de ahí que no se ajuste a la realidad la manifestación del impugnante acerca de que se le sorprendió en el fallo de segundo grado con algo desconocido.

Que en últimas se le hubiese tratado como coautor por acción y no como autor de comisión por omisión dada la posición de garante, ninguna relevancia tiene en relación con las garantías y con la pena que se le impuso,

pues con sustento en los hechos debidamente demostrados, se tiene que USCÁTEGUI RAMÍREZ adecuó su conducta a esta última (autor).

Así, omitió lo que le era exigible y posible para interrumpir el curso causal provocado por los agresores contra la población civil de Mapiripán y evitar los resultados ilícitos que se produjeron entre el 15 y el 20 de julio de 1997, dada su pertenencia al Ejército Nacional, rango y posición en el estamento militar, la misión institucional asignada a dicho ente, el conocimiento que tenía acerca de la presencia en la población de los sujetos armados y los actos que estaban desarrollando de aislar e incomunicar a sus moradores, retener a algunos de ellos con la advertencia anunciada de la masacre que se cernía, y la capacidad de acción que le era demandable ameritaba una reacción en defensa de los ciudadanos.

De manera que la salvaguardia exigible para el inculpatado deviene de la protección a los bienes jurídicos que debió dar a la población de Mapiripán en su condición de servidor público y Brigadier General del Ejército Nacional, así como la competencia asignada administrativamente en ese territorio, además, porque conoció de manera clara y oportuna la advertencia del posible ataque y que luego se materializó sometiendo los agresores a los pobladores.

Vale la pena destacar aquí que dadas las especiales características del delito de omisión impropia, cabe afirmar que para realizar tal tipo de ilicitud se requiere tener la posición de garante, siendo la autoría la única forma posible de participación en un hecho de esa naturaleza; sin embargo, algún sector de la doctrina ha admitido la coautoría propia cuando el acuerdo previo versa sobre el incumplimiento de un deber de actuar, mientras que otro grupo se niega a reconocer dicha hipótesis afirmando que a lo sumo se podría presentar una autoría simultánea, toda vez que la infracción de deber derivada de una posición de garante no admite subdivisión alguna.

Roxin¹⁷ explica en qué caso puede presentarse la coautoría en un delito de comisión por omisión, señalando que varios autores pueden ser considerados como autores de un hecho omisivo, cuando un sujeto actuante y otro omitente cooperan como coautores de un hecho común o cuando varios omitentes son titulares de un deber común y no están llamados a actuar como individuos singulares, en ambos casos, debe corroborarse la existencia de una coordinación por acuerdo para dar lugar a la atribución del hecho a título de coautoría.

Este tratadista también acepta la participación a título de complicidad en los punibles de omisión impropia por parte del garante, cuando los autores por comisión realizan un tipo penal que no puede ser realizado por omisión y no existe un tipo prescriptivo autónomo.

Sin embargo, la posición dominante, como desarrollo de un concepto unitario de autor, el cual es acogido por nuestro legislador penal, de ahí que

en el delito de omisión impropia sólo cabe la autoría, pues si el sujeto ostenta la posición de garante por tener la obligación jurídica de salvaguardar un bien jurídico y el mismo es lesionado así sea por la acción de un tercero, responde como autor de tal hecho a título de comisión por omisión.

El anterior planteamiento también impide admitir otras formas de participación en el delito de omisión impropia, como por ejemplo, la complicidad del garante si la lesión al interés jurídico es causada por un tercero, pues éste siempre será autor en la medida que esta categoría se deriva del simple hecho de incumplir el deber legal que le impone ejecutar labores de salvamento y protección.

Así las cosas, lo que corresponde es ajustar o aclarar que la condena por los delitos concursales atentatorios de los bienes jurídicos de la vida y la libertad personal, no se les imputa a los militares enjuiciados, USCÁTEGUI RAMÍREZ y Orozco Castro como obra positiva de ellos, sino que su comportamiento omisivo, ante la relación de equivalencia frente a la acción positiva de los tipos penales que ejecutaron los miembros del grupo de autodefensas, se asimila a efectos de predicar su responsabilidad a título de autores en los mismos.

En estas condiciones el reproche obliga a la Sala a aclarar que la responsabilidad penal se atribuye a título de autor, lo que no afecta las garantías de los procesados.

Tercer cargo. Violación indirecta de la ley sustancial. Con la pretensión de modificar la condena proferida en contra del Brigadier General USCÁTEGUI RAMÍREZ su defensor denuncia que el Tribunal no tuvo en cuenta abundante material probatorio que denotaba la carencia de mando operacional sobre la tropa llamada a repeler la incursión paramilitar, situación que impediría reputarle posición de garante frente a los habitantes de Mapiripán. Previamente es importante mostrar el contexto militar en el que se desarrollaron los hechos.

1. Villavicencio era la sede de la Séptima Brigada al mando del Brigadier General JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI RAMÍREZ, lugar distante aproximadamente 300 kilómetros de Mapiripán.

A su turno, el Batallón «*Joaquín París*» comandado en encargo, desde el 8 de julio de 1997, por el Mayor Hernán Orozco Castro –dado que su titular, Carlos Eduardo Ávila Beltrán, se encontraba de vacaciones–,¹⁸ tenía su sede en el municipio de San José del Guaviare, distante de Mapiripán a cuarenta y cinco minutos en helicóptero y a cuatro o cinco horas en lancha.

Y en el sitio conocido como Barrancón, a cinco minutos de San José del Guaviare, estaba instalada la Brigada Móvil N° 2 comandada por el Teniente Coronel Lino Sánchez¹⁹, integrada por cinco batallones (480 hombres), tres helicópteros que se movilizaban por orden del comando de la división y no

contaba con vehículos fluviales. Esta unidad era la encargada de desplegar la «Operación Conquista».

2. El 14 de julio de 1997 el entonces Mayor Hernán Orozco Castro ordenó la movilización de gran parte de la tropa a su cargo hacia los municipios de Calamar y El Retorno, siguiendo las recomendaciones del Sargento Viceprimero Jesús Alberto Ramírez Machado plasmadas en los informes de inteligencia 0545, 0546 y 0547 fechados el día ya anotado²⁰.

Al otro día (15 de julio) el Mayor Orozco se comunicó telefónicamente con el Juez Promiscuo Municipal de Mapiripán Leonardo Iván Cortés Novoa, con el fin de verificar la situación suscitada en mayo de ese año cuando varias autoridades públicas fueron sometidas a un juicio popular por parte de las FARC. Lo anterior cumpliendo el requerimiento hecho en el oficio 4222 de 14 de julio de 1997²¹, suscrito por el Oficial B3 de la Séptima Brigada, Luis Felipe Molano Díaz.

En esa comunicación fue informado por el funcionario judicial de la presencia de paramilitares en Mapiripán, dato que comunicó vía telefónica al Brigadier General USCÁTEGUI RAMÍREZ y que al mismo tiempo, a petición de éste, consignó por escrito en el oficio 2919 de 15 de julio de 1997, remitido vía fax al otro día, en el que, luego de hacer mención al citado «juicio popular» anotó,

«manifiesta el señor juez que hoy a las seis de la mañana golpearon estrepitosamente la puerta de su vivienda y hombres armados entraron a su casa requisándola, le quitaron la llave de su oficina y le ordenaron que no fuera a trabajar hoy.

Según lo dicho por el juez, hay presencia actual de unos 60 hombres armados con fusiles AK-47 y fusiles FALL, tienen acento costeño y paisa, concluyo que son paramilitares venidos del Urabá. CREE EL JUEZ QUE FIDEL CASTAÑO ESTA PRESENTE EN MAPIRIPAN, AUNQUE ME DIJO TEXTUALMENTE 'CREO QUE CASTAÑO ESTA AQUÍ, CARLOS CASTAÑO' Ello debido a que en la requisita de su casa algún sujeto se estaba propasando y este señor intervino, allí creyó reconocerlo. (mayúsculas integradas al texto)... Tienen los paramilitares a un señor apodado CATUMARE, dueño de una residencia y juego de billar, a quien le acusan de auxiliador de la guerrilla, al respecto indica el juez, que el viejito de 65 años es fundador de esa población y que no cree tal afirmación, hoy estuvo abogando por él para evitar que lo maten. Considero yo que si los paras han venido desde tan lejos, no ha sido precisamente para deleitarse con el paisaje de la región, pronosticó en los próximos días una serie de matanzas y asesinatos entre algunos pobladores de la antes mencionada ciudad. Alguna RAZÓN especial los condujo a la jurisdicción de la Séptima Brigada...

Me permito recomendar a mi general, aprovechando lo manifestado, que con los medios humanos y materiales de la Brigada Móvil 2 (3 batallones en barracón y 3 helicópteros, no hay artillado) se adelante una operación rápida y sorpresiva sobre Mapiripán, allí se podría incluir a la policía Antinarcóticos, desafortunadamente

las pirañas de la infantería de Marina están fuera de servicio, sus motores están en mantenimiento».

Sin embargo, con posterioridad y una vez iniciada la investigación judicial, con el fin de minimizar los hechos, los dos militares aquí procesados decidieron duplicar tal oficio, manteniendo su signatario, numeración, fecha y destino para hacer ver que la información dada por el juez municipal era vaga e imprecisa, circunstancia que los relevaría de adelantar algún operativo militar en defensa de la población.

En efecto, en el otro oficio se omiten hechos importantes como el número de sujetos, clase de armas, acciones hasta ese momento desplegadas, etc., pues luego de reseñar lo del «juicio popular» adelantado por la guerrilla a las autoridades civiles de la población, se indicó:

“El sr. Juez me dijo que hay presencia de gente armada, posiblemente paramilitares. Es la primera vez que escucho informaciones sobre paramilitares, de inmedia- to ordené a la sección segunda buscar datos y antecedentes al respecto.

Desafortunadamente no se pudo hablar con el Alcalde ni con el personero (Defensor del pueblo) por estar ausentes de la localidad. Espero que tan pronto lleguen me comuniquen sus necesidades y novedades. El Juez quedó informado que esta Unidad Táctica tiene asignada como Jurisdicción Mapiripán, confío en que así se lo haga saber al Alcalde.

La situación actual de mis tropas en Calamar es sumamente comprometedor y delicada, por tal motivo se reforzó a la Cp A con la Cp B, debido a continuas informaciones que hablan de cuatro fuertes grupos de las FARC que pretenden emboscar a la CP A...»

Con esa conducta falsaria por parte de los dos procesados en un documento público se evidenció que su propósito era desdibujar su inactividad militar frente al conocimiento pleno que tuvieron de los acontecimientos y por esa vía engañar a la justicia.

3. La confrontación probatoria versa con la unidad militar que ostentaba el mando operacional sobre el Batallón «*Joaquín París*», llamado a repeler cualquier ataque contra la población de Mapiripán por pertenecer a su jurisdicción.

Para el Tribunal, medios de convicción reafirman el mando operacional de la Séptima Brigada sobre el aludido batallón, el cual no se vio afectado con la implementación de la Brigada Móvil N° 2, motivo por el que Mapiripán continuaba bajo su jurisdicción, por ello, estando el procesado en el deber de salvaguardar a la población civil, contaba con la posibilidad de detener militarmente la acción de los miembros de las autodefensas

A esa conclusión se llegó, entre otras razones, por la actitud inicial del procesado cuando se enteró de la presencia de paramilitares en Mapiripán

y por la adulteración del oficio 2919 de 15 de julio de 1997 en el cual se daba cuenta de la presencia de las autodefensas en esa localidad, para hacer ver que no había sido enterado de la gravedad de lo que estaba ocurriendo y de la inminencia de una masacre, de cara a justificar su actitud absolutamente omisiva.

En criterio del defensor, en cambio, por la cercanía territorial entre la base de operaciones de la Brigada Móvil N° 2 y la sede del Batallón «*Joaquín París*», aquella unidad militar entró a tomar el mando sobre la tropa de éste, desplazando así a la Séptima Brigada, la cual sólo quedó a cargo del manejo de situaciones administrativas, circunstancia que imposibilitaba a su comandante USATEGUI RAMÍREZ tomar decisiones acerca de la movilización de tropa.

Para el fin anterior reseña las siguientes pruebas testimoniales y documentales demostrativas de que el Batallón «*Joaquín París*» dependía de la Brigada Móvil N° 2.

- La manifestación del Teniente José Luis Calderón, acerca de que el batallón dependía operacionalmente de esa brigada móvil, por ser una unidad inferior, *“Por organización se que es jurisdicción de la Séptima Brigada, desconozco la parte operacional como la manejarían, porque en esa zona o área de Mapiripán estaba el Batallón Joaquín París quien operacionalmente depende de la Brigada Móvil N° 2”*²².

- El testimonio de Luis Felipe Molano Díaz²³, Oficial B3 de la Séptima Brigada, cuando señaló que el batallón fue anexado operacionalmente a la Brigada Móvil N° 2 a la cual le prestaba apoyo, pero que administrativamente seguía a cargo de la Séptima Brigada, agregando que durante su permanencia en esta última instalación militar, nunca se trasladó a Barrancón, a San José del Guaviare o a Mapiripán, dado que esa no era su jurisdicción sino de la Brigada Móvil N° 2, motivo por el que, en su parecer, Hernán Orozco debió coordinar con esa Brigada y no con la Séptima qué acciones debían tomarse en Mapiripán.

- La declaración del Mayor General retirado Agustín Ardila Uribe²⁴, Comandante de la Cuarta División del Ejército, al indicar que la Brigada Móvil N° 2 dependía de ese Comando, circunstancia derivada del despliegue de la «*Operación Conquista*» y que el Batallón «*Joaquín París*» que tenía bajo su jurisdicción a Mapiripán, dependía operacionalmente de dicha Brigada Móvil.

- Lo dicho por el perito experto en doctrina militar, Coronel Alfredo Bocanegra, quien luego de conocer el contenido de varios documentos que se le exhibieron en la audiencia pública, concluyó que el batallón estaba bajo el mando operacional de la Brigada Móvil N° 2,²⁵ mientras que la parte administrativa estaba a cargo de la Séptima Brigada y que sólo reasumió el

mando operacional sobre el batallón a partir de la «Operación Destructor», en agosto de 1997.

En esa medida precisó el testigo que Hernán Orozco debió informar de la novedad de los acontecimientos al comando de la Brigada Móvil N° 2 y no a la Séptima Brigada.

- La afirmación del Coronel Hugo Bahamón, otrora Comandante de la Escuela de Fuerzas Especiales ubicada en el sitio conocido como el Barrancón, contiguo a San José del Guaviare, lugar en el que estaba instalada la Brigada Móvil N° 2, acerca de que por la presencia de esa brigada móvil, el mando operacional sobre el batallón pasó de la Séptima Brigada a aquella, dado que era necesario que tomara la dirección de las unidades que pudieran afectar el desarrollo de las operaciones para las cuales fue creada²⁶.

- Lo aducido por el entonces Comandante de las Fuerzas Militares, General Harold Bedoya que la Brigada Móvil tenía la responsabilidad sobre el área de Vaupés, Guaviare, Mapiripán y Caño Jabón, en consideración al despliegue de la «Operación Conquista», la cual nunca perdió vigencia²⁷, pues incluso continuó cuando él dejó el cargo.

Precisó que mientras salía la Brigada Móvil N° 2, se quedaba la Séptima Brigada respondiendo por la jurisdicción, pero cuando aquella regresaba, retomaba la responsabilidad nuevamente,²⁸ motivo por el que para julio de 1997, el superior de Hernán Orozco, comandante (e) del batallón, era el comandante de la Brigada Móvil N° 2.

- El mismo señalamiento hecho por César Gonzalo Mikán, Jefe del Estado Mayor de la Séptima Brigada para la época de los hechos, relativo a que el batallón dependía de la Brigada Móvil N° 2, en tanto que la Séptima Brigada sólo cumplía funciones administrativas y que por ello para realizar cualquier operación en el área de influencia de éste, tenía que contar con la autorización del comando superior²⁹.

- La declaración que en el mismo sentido dio el Coronel Gustavo Sánchez Gutiérrez, Comandante Titular del Batallón, quien reasumió sus funciones en agosto de 1997.

- El «Plan de Operaciones Conquista»³⁰, de 23 de abril de 1996, del Comandante de la Cuarta División, Brigadier General Alonso Arteaga, desplegado para contrarrestar la actividad de narcotráfico de las FARC en el Vaupés y el Guaviare –concretamente en las localidades de El Retorno, Calamar, Miraflores y Cururú–, cuando en capítulo denominado «Operaciones Particulares», literal b), numeral 6º, describe las misiones de la Brigada Séptima, entre ellas coloca bajo el mando operacional de la Brigada Móvil N° 2, al Batallón «JoaquínParís» y en el literal a) del capítulo número 3, llamado «Ejecución», se señala que la Brigada Móvil N° 2 asume el mando operacional de dicho batallón.

En cumplimiento de esta operación, el Mayor Hernán Orozco, Comandante del Batallón «*Joaquín París*», el 17 de julio de 1997 envió al Comandante de la Brigada Móvil N° 2, y de la Brigada Séptima, el informe semanal de inteligencia³¹ en el que narra las actividades de las FARC en el Guaviare, tanto las relacionadas con hostigamientos militares como con el apoyo a ciertos partidos de izquierda para su participación en la contienda electoral, sin mencionar si quiera el municipio de Mapiripán.

Ya cuando se conoció lo que había sucedido en esa localidad, el 21 de julio de 1997, un día después de que los paramilitares dejaron el pueblo, el Comandante de la Brigada Móvil N° 2, Teniente Coronel Lino Hernando Sánchez, elaboró la «Orden de Operaciones Fragmentarias» con el fin de restablecer el orden público en dicho lugar, siguiendo las indicaciones que para el efecto le había impartido el Comando de la Cuarta División del Ejército, aludiendo al batallón como agregado de la Brigada Móvil.

- El oficio remitido por el General Jorge E. Mora Rangel a la Procuraduría General de la Nación³², al confirmar que por la «Operación Conquista» iniciada en abril de 1996, el batallón pasó al mando operacional de la Brigada Móvil N° 2, sin que se hubiera podido establecer si para julio de 1997 esta situación perduró, en la medida en que no se tenía claridad de la fecha en la que culminó dicha operación militar y, por lo mismo, el momento en el que la Séptima Brigada en cabeza de USCÁTEGUI RAMÍREZ retomó el mando del aludido Batallón.

- También lo señalado por José Luis Calderón Londoño, Comandante de la Compañía de Búsqueda N. 44, conocida como «*Redes de Inteligencia*», acerca de que un informante lo enteró de la presencia del grupo de autodefensas en Mapiripán desde el mismo día en que arribó al pueblo, dato que plasmó en un informe que allegó a la Brigada Móvil N° 2, a la Regional de Inteligencia y al propio batallón; pero Hernán Orozco le manifestó que ya estaba enterado de esa situación por comunicación telefónica sostenida con el juez de la localidad, sin que ese informe haya sido trasladado a la Brigada Séptima.

El anterior recuento evidencia, como lo señala el defensor, que esos elementos de prueba no fueron mencionados en la sentencia del Tribunal de Bogotá; sin embargo, deviene claro no sería un yerro trascendente, pues la valoración en conjunto obliga a otorgarle credibilidad a la arista que acredita que el mando operacional sobre el batallón lo tenía la Séptima Brigada.

Aquí el defensor aduce que las pruebas echadas de menos señalaban que su asistido no tenía poder de mando operacional sobre el Batallón «*Joaquín París*» a cuya jurisdicción pertenecía Mapiripán, pero no ataca el sorites judicial, ya que no denuncia algún desafuero intelectual del Tribunal en la valoración de los elementos de convicción que demuestran lo contrario.

Como lo destacó el Tribunal, el procesado luego de ocurridos los hechos y de que se hiciera palpable la anunciada masacre, desplegó maniobras para justificar su falta, como cambiar el contenido del oficio 2919 de 1997, a fin de hacer ver que no había sido enterado de la gravedad de los hechos que estaban sucediendo en Mapiripán del 15 al 20 de julio de 1997.

USCÁTEGUI tenía conocimiento que el resultado aún no se había concretado para el momento en el que fue avisado de la presencia de paramilitares en el casco urbano de Mapiripán, pero se iba a producir, pues en el aludido oficio se narraba minuciosamente no sólo el número de sujetos provenientes de otro lugar del país, la clase de armas, la posibilidad que su jefe estuviera allí, sino también las acciones que iniciaron, como el cerco de la población, los allanamientos a las viviendas y con lista en mano se llevaban a varios de sus habitantes, acciones que se prolongaron durante los días posteriores a la fecha en la que fue informado por escrito de esos graves hechos.

Las actuaciones que desplegó los días 14 y 15 de julio de 1997 lo muestran conduciéndose como oficial al mando o con jerarquía sobre el Batallón «JoaquínParís», al cual el propio Comando de la Brigada Séptima le había asignado Mapiripán «*para efectos de operaciones militares, conforme con la disposición 002 de 5 de octubre de 1996*».

Así, mediante oficio 4222 del 14 de julio de 1997, en relación con una toma guerrillera realizada en Mapiripán en mayo de ese año, le ordenó al comandante del batallón coordinar con las autoridades locales las acciones necesarias «*para garantizar la protección y seguridad de los pobladores*» e informarle al siguiente día acerca de las «*coordinaciones y acciones tomadas*».

En la ampliación de indagatoria rendida el 3 de junio de 1999, el otrora mayor Orozco Castro, fue enfático en que no tenía dependencia de la Brigada Móvil N° 2, al señalar que en el Ejército «*existe un encadenamiento y un eslabonamiento jerárquico que no se puede desconocer y que se llama conducto regular; esto significa que para los aspectos operativos y administrativos se debe consultar con el jefe inmediato que para mi caso era la VII Brigada; en forma ilustrativa el conducto regular consiste en la petición que un hijo le hace a su padre y nunca a su vecino*». (se subraya).

Esta manifestación del oficial Orozco es creíble si se tiene en cuenta que el primer día de los hechos él llamó a USCÁTEGUI a comunicarle verbalmente de la incursión paramilitar en Mapiripán, a lo cual éste sólo le pidió que lo plasmara por escrito. Si el Brigadier General hubiera carecido de mando operacional o superioridad jerárquica sobre el batallón, no le habría pedido ese reporte, sino que le hubiera indicado hablar con el comandante de la Brigada Móvil N° 2.

Paralelamente, la versión que rindió USCÁTEGUI el 28 de octubre de 1997 ante la Procuraduría Departamental del Meta,³³ diligencia en la cual

estuvo asistido por su defensor, prueba que fue formalmente trasladada a la actuación penal, según providencia del 3 de febrero de 1998³⁴ de la Fiscalía Nacional de Derechos Humanos, en cuanto las copias solicitadas de esa actuación disciplinaria se les tuvo como elementos de convicción, de conformidad con el artículo 255 del Decreto 2700 de 1991, en ese entonces aplicable, y no dejan duda que él, como Comandante de la Séptima Brigada del Ejército tenía mando sobre el Batallón, pues admitió que Mapiripán, en lo militar, hacía parte del departamento del Meta. Que Orozco lo llamó el 15 de julio de 1997 y el 16 le escribió un informe vía fax (el que presentó en la diligencia resultó falso). Señaló que ninguna autoridad civil, eclesiástica, de policía o algún ciudadano de Mapiripán, del Meta o del Guaviare informaron al comando de la Séptima Brigada lo que estaba sucediendo en esa localidad y que el único hecho anormal había sido el «juicio popular», de las FARC al Juez municipal *«sobre el cual conocimos algunos detalles hasta el 15 de julio»*.

En la citada diligencia, rendida antes de recepcionarle su indagatoria, hizo referencia a que el juez municipal Cortés Novoa remitió durante la toma de Mapiripán un fax a la Cruz Roja Internacional y otro al Presidente del Tribunal Superior, encontrando *«inexplicable»* que ninguna de esas entidades *«hayan alertado por cualquier medio a la VII Brigada o a las autoridades civiles en el municipio de Villavicencio»*.

Adujo como exculpación que: i) el juez no lo llamó al comando de la Brigada en Villavicencio *«no obstante que el mayor OROZCO le recomendó que lo hiciera»*; ii) la información dada por ese servidor judicial al mayor OROZCO *«fue muy vaga y fue la única»*; iii) *«para poder realizar operaciones se requieren de varias informaciones concretas que permitan establecer la veracidad de los hechos»*, y por lo mismo ante un solo informe muy vago, desconociendo las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la amenaza, era imposible organizar, planear y dirigir una operación militar.

También aseveró que tras enterarse de los hechos a través de un periodista, tuvo lugar un consejo extraordinario de seguridad en Villavicencio e *«inmediatamente envié tropas a Mapiripán las cuales permanecen protegiendo ese municipio hasta la fecha de hoy y hasta nueva orden»*.

Al pedirle la Procuraduría explicar su posible omisión de desplazar tropas dijo: *«Me enteré de la presencia a partir del día 15 de julio y por una fuente muy superficial y única que no permitía evaluarla con otras fuentes de información. Inmediatamente ordené al mayor OROZCO analizar detenidamente esa información, estudiar la situación de todos los municipios a su cargo, planear y reajustar el dispositivo de sus tropas si así lo estimaba conveniente y realizar operaciones de acuerdo al orden de prioridades, teniendo en cuenta la cantidad de amenazas sobre otros municipios por parte de los diferentes agentes generadores de violencia»*.

En suma, aseveró que no envió oportunamente tropa debido a que la información recibida era vaga y el batallón no tenía efectivos disponibles,

al punto que al Comandante de la Cuarta División le tocó desplazarse personalmente con tropas de otra brigada, como es la Brigada Móvil 2.

Pese a lo anterior y aún de aceptar que USCÁTEGUI RAMÍREZ no tenía mando operacional sobre el Batallón «*Joaquín París*» en cuya jurisdicción estaba Mapiripán, y que por lo mismo, carecía de la facultad de ordenar la movilización de la tropa, de todas formas esa situación no lo desligaba de su deber de desplegar labores de salvamento sobre la población en el marco de sus posibilidades, las cuales no se agotaban o limitaban a la movilización de efectivos para entrar en confrontación armada con los paramilitares apostados en esa localidad.

Efectivamente, el hecho de contar con una información como la que le fue suministrada desde el 15 de julio de 1997, ameritaba avisar al superior³⁵, en este caso, al Comando de la Cuarta División del Ejército o desplegar acciones coordinadas con otra unidad militar que pudiera prestar el apoyo requerido, tal y como lo recomendó Orozco Castro en el verdadero oficio 2919 en cuyo numeral 9º dijo: «*Me permito recomendar a mi General, aprovechando lo manifestado que con los medios humanos y materiales de la Brigada Móvil N° 2 (3 batallones en Barrancón y 3 helicópteros, no hay artillado) se adelante una operación rápida y sorpresiva sobre Mapiripán*»³⁶.

Y se dice que debían tomarse acciones inmediatas debido a lo explícito del informe de Orozco Castro, en el cual hablaba de la inminencia de «*matanzas y asesinatos*»³⁷, sin que pueda aceptarse la justificación acerca de que la información era imprecisa y requería ser verificada, pues a juicio de la Sala la fuente era una autoridad en el municipio que nunca ocultó su identidad y desde el principio se identificó como el juez de la localidad, quien reprodujo la información a otras autoridades como al Tribunal de Villavicencio.

Es justamente este tipo de respuesta la que prevé el Reglamento de Operaciones en Combate Irregular,³⁸ sobre el combate contra-subversivo, cuando al referirse a la provisión de información indica:

«El combate irregular, cuenta con la dificultad de poder producir inteligencia, por tanto, un flujo continuo de informaciones procedentes de diversas fuentes y agencias, es la mejor forma de llegar a conclusiones que determinen la ejecución de operaciones tácticas.

Toda información sobre el enemigo con alto grado de credibilidad debe dar origen a acciones tácticas, pues de otra manera la actividad propia se paralizará. Aunque es de gran prioridad el confirmar las informaciones, ello se dificulta en algunas oportunidades sobre el terreno, por lo cual es conveniente el empleo de las unidades de forma inmediata, mientras van llegando otros reportes con información más actualizada. (Subrayado la Sala).

La normatividad en cita alude al combate contra grupos subversivos, pero de todas formas es posible traerla a colación para indicar que ante

una información como la suministrada al Brigadier General, era imperioso que el Ejército Nacional desplegara una operación táctica, sin que para ello debiera agotarse todo un procedimiento de inteligencia encaminado a confirmar los datos, como en principio lo resaltó el procesado, cuando aún no había esgrimido la tesis de su carencia de mando operacional sobre el batallón, con el fin de justificar los motivos por los que no ordenó una respuesta militar.

Para la Corte, aun careciendo de dicho mando operacional, a fin de cumplir con su posición de garante el procesado USCÁTEGUI tampoco debía agotar una actividad de inteligencia y luego sí reproducir la información al comandante que él considerara competente para desarrollar la operación militar de contrarrestar a los miembros de las autodefensas, pues su actuación debía ser inmediata y no condicionarse a que los datos suministrados por el Mayor Orozco Castro fueran confirmados a través de un procedimiento de verificación que podría demandar tiempo valioso en momentos en que era urgente una respuesta de las tropas ante el auxilio requerido por la población.

Esa gravedad de los hechos informados le impedía quedarse inmóvil pretextando que el territorio donde estaban ocurriendo los mismos no pertenecía al área de su jurisdicción³⁹, porque se insiste, al menos debió informar al comandante que en su entender tenía que repeler esos hechos, en este caso el Jefe de la Brigada Móvil N° 2, o a su superior, pues así como lo aclaró el entonces comandante de la Cuarta División del Ejército, General Agustín Ardila Uribe, un comandante no puede realizar operaciones en un área que no es de su jurisdicción, pero si puede coordinar, es decir, informar a otro comandante para que él pueda contrarrestar al enemigo⁴⁰.

Aunque son varios los testigos, entre ellos Harold Bedoya, Agustín Ardila y Alfredo Bocanegra⁴¹ que señalan que Orozco debió informar de la situación al comandante de la Brigada Móvil N° 2 y no al de la Séptima Brigada, de todas formas esa situación no desliga de responsabilidad a USCÁTEGUI RAMÍREZ, pues, se insiste, aunque no tuviera la potestad de ordenar la movilización de tropas a Mapiripán, sí tenía al menos el deber de informar a su superior o trasladar la información al comandante que considerara tenía esa obligación, por tratarse de un ataque a la población civil en un sitio que geográficamente correspondía al área de la Séptima Brigada.

Como ya lo reseñó la Corporación, en la posición de garante que surge de la competencia institucional, aquí por tratarse de miembros de la fuerza pública, el deber jurídico proviene de lo normado en el artículo 2° de la Carta, según el cual, las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, sin alguna discriminación, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado.

A su turno, el artículo 6° *ibídem* consagra que los servidores públicos son responsables no sólo por infringir la Constitución y las leyes, sino por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, de lo cual se deducen los deberes positivos frente a la amenaza de los bienes jurídicos.

Y si el deber de evitar el resultado le corresponde a quien tiene que garantizar su evitación, un militar debe proteger y defender el bien jurídico contra todas las formas que puedan lesionarlo para garantizar la indemnidad del mismo, aquí para cumplir con su deber de protección a la población de Mapiripán el procesado debía: (i) informar de esa delicada situación a su comandante superior o (ii) trasladar esa información al Comandante de la Brigada Móvil N° 2 a fin de que tomara las acciones pertinentes, toda vez que Hernán Orozco nunca se dirigió a esa brigada móvil para informar lo que estaba sucediendo⁴².

Es que, ante una situación como la descrita en el original oficio 2919 de julio 15 de 1997, ningún miembro de las Fuerzas Armadas puede mantenerse estático alegando que el lugar donde se presenta la alteración del orden público no es de su jurisdicción, mucho menos un jefe de alto rango como lo es un Brigadier General, Comandante de Brigada, pues la obligación constitucional que tiene la Fuerza Pública de proteger a la población civil es permanente y se extiende a todo el territorio nacional, en el entendido que su cumplimiento no sólo se realiza disponiendo la movilización de las tropas que se tengan bajo el mando directo, sino también transmitiendo oportunamente información y coordinando con otras unidades la ejecución de operaciones necesarias para salvaguardar eficazmente a los ciudadanos.

Aunque las Fuerzas Armadas están organizadas y distribuidas territorialmente de modo que sus diferentes unidades asumen de primera mano la custodia de una zona específica, ello no significa que el cumplimiento de la misión constitucional por parte de cada unidad militar esté limitado exclusivamente al área de su jurisdicción, ya que cuando la circunstancias lo ameriten, pueden actuar en áreas diferentes a la propia, desde luego con la previa coordinación táctica.

Esa distribución territorial de tareas entre los distintos estamentos de las Fuerzas Armadas, no sirve de excusa para no prestar apoyo cuando la población civil lo requiera en cualquier lugar de la patria, menos cuando el primer llamado a responder en un determinado sitio se le ha solicitado ayuda, como ocurrió en el caso materia de estudio.

Aquí, recuérdese que medió una clamorosa petición de auxilio para proteger a los miembros de una determinada localidad, de la cual surgía para quien la recibía el deber de reaccionar en las mismas condiciones que se exigen para el primer respondiente, pues se activa para él la responsabilidad solidaria de protección a la población amenazada o afectada, dispuesta de manera general y abstracta en la Constitución Nacional como misión primordial de todos los miembros de la fuerza pública.

Con esta óptica, la Corte no encuentra admisible bajo ninguna circunstancia que un mando militar de rango superior no haga algo luego de haber sido informado sobre la ocurrencia actual o inminente de una grave violación a los derechos humanos de toda una población asentada en territorio patrio, menos cuando de manera directa se le ha pedido apoyo para repeler el ataque por parte de quien en primer lugar tenía la posición de garante de la población civil en ese específico lugar.

No se trata de responsabilizar a todos los mandos superiores de lo que suceda en cualquier parte del territorio. Aquí se censura al Brigadier General la injustificada omisión del deber que tenía como oficial superior del Ejército Nacional, al no realizar oportunamente una llamada al Comando General de su Fuerza, al Comando de su respectiva División o al Comando de la Brigada Móvil N° 2, comunicando la delicada situación que estaba sucediendo, lo que hubiera incidido sustancialmente en los posteriores resultados ilícitos contra la población civil.

Esa total indiferencia frente a tan delicada información recibida, lo hace responsable en este proceso, porque una vez fue avisado del hecho, solicitándole que prestara el apoyo necesario, bajo la posición de garante, no hizo el menor esfuerzo por realizar alguna acción de salvamento de las inminentes víctimas, incumpliendo así su misión institucional.

En suma, el deber de salvamento del bien jurídico en cabeza de los miembros de las fuerzas militares, no sólo se relaciona con la capacidad física de evitar un resultado antijurídico dentro de un territorio perteneciente a su jurisdicción, sino con la posibilidad de que a través de su accionar administrativo de información o comunicación se active la cadena de mando que garantice la eficaz y oportuna intervención de la fuerza pública en defensa de la población civil, con mayor razón frente a graves violaciones de derechos humanos.

En el ámbito internacional, en los juicios que tuvieron lugar después de la Segunda Guerra Mundial, se demuestra que la autoridad del superior puede ser ejercida de varias maneras y asume formas divergentes.

En el caso *Toyoda*, el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente encontró que la responsabilidad del comandante no puede ser artificialmente delineada en diferentes clases de autoridad formal, como lo es la autoridad operacional y autoridad administrativa: «*la facticidad de la situación, las obligaciones y deberes de comando inmediato, deben ser vistas con realismo*», y encontró que en ese caso «*el personal naval fue legal y factualmente comandado por el Ejército Japonés en los tiempos (...) bajo consideración*»⁴³.

Por su parte, la Corte Suprema de EEUU en el caso *Yamashita* discutió el deber del comandante de «*tomar todas las medidas apropiadas que están dentro de su poder para controlar las tropas que están bajo su comandancia*», más que aquellas que están dentro de su mandato formal o autoridad⁴⁴.

Similarmente, en el *Medical Trial*, la Corte sostuvo: “el derecho de la guerra impone sobre un oficial militar en posición de comando un deber positivo de adoptar todas las gestiones que están dentro de su poder”⁴⁵. Todo ello, más allá de temas de carácter administrativo y formal, relacionados con atribución de competencias.

Así las cosas, siempre será el primer llamado al salvamento de los pobladores de un determinado territorio, aquél que tenga asignada esa jurisdicción con competencias operacionales y administrativas y cuente con los medios técnicos y humanos para repeler la acción o neutralizar la fuente de riesgo que puede concretarse en la causación de un daño y, por tanto, de él se reputará la posición de garante, de modo que al omitir su deber de intervención o información, el resultado le será atribuible a título de autor.

Ese mismo grado de responsabilidad se extiende a los casos en los que el primer respondiente carece de los medios para evitar el resultado y busca apoyo en otras unidades de igual o superior rango, las que por virtud de tal requerimiento adquieren también posición de garantes no obstante no tener asignada el área donde ocurre el suceso y, por tanto, deben ejecutar las acciones necesarias para interrumpir el curso causal de la acción delictiva, o en caso de no contar con esa capacidad de reacción, al menos deben transmitir la información a quien sí tenga esa posibilidad de respuesta efectiva. Por manera que si no actúan, el resultado les será imputable como autores al haber asumido la condición de garante a partir del conocimiento de las circunstancias que imponían agotar los medios para que se dé una reacción eficaz por quien sí tiene los recursos operativos.

Si el acusado hubiera cumplido con la acción que estaba llamado a realizar en los términos precisados, habría interrumpido el curso causal de los sucesos, pues hubiera surgido la posibilidad cierta que el Ejército se enterara de lo que ocurría y hubiese reaccionado en forma inmediata, como en su momento, pero tardíamente, lo hizo, en operación coordinada por el General Agustín Ardila Uribe⁴⁶.

No hubo error en la conducta del procesado

La inicial ponencia derrotada predicaba responsabilidad del procesado de manera atenuada al reconocerle un error de prohibición en su actuar omisivo.

Se afirmaba que ante la confusión en torno a cuál de las dos brigadas –Séptima o Móvil N° 2–, tenía el mando operacional sobre el Batallón «Joaquín París» —el más cercano a Mapiripán y por lo mismo, primer llamado a responder por la seguridad y el orden público de ese municipio—, el Brigadier General creyó que en él no recaía el deber de salvamento de los habitantes de dicha localidad, y que con ese entendimiento, asumió que su omisión no era contraria a derecho.

Para reconocerle ese error vencible de prohibición sobre la ilicitud del actuar omisivo, se explicaba que en forma equivocada pensó que no estaba incumpliendo con sus deberes, los cuales sólo emanaban de la figura del mando operacional, en tanto que su potestad administrativa sobre el batallón no lo comprometía a actuar militarmente frente a la información que le transmitió Hernán Orozco Castro.

No obstante, la mayoría de los integrantes de la Sala no estuvo de acuerdo con tal postura, porque si en el error de tipo el sujeto activo actúa bajo el convencimiento errado e invencible de que en su acción u omisión no concurre ninguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal; en tanto que en el error de prohibición conoce que su actuación se acomoda al tipo penal respectivo, pero considera que la misma se encuentra amparada por una causal que excluye su responsabilidad, en otras palabras cree que le es permitido actuar así, no se representa la ilicitud, cuando el militar yerra sobre el deber jurídico que le corresponde en manera alguna puede catalogarse como un error de prohibición, porque la posición de garante en el delito de omisión impropia hace parte del tipo objetivo, por ende esa condición está propiamente en el tipo.

Esa falta de conocimiento de elementos constitutivos del delito trasciende en la atipicidad subjetiva y consecuente exclusión de la responsabilidad dolosa, salvo que legalmente esté prevista la forma conductual culposa, caso en el cual sería predicable de manera degradada.

Un error concurre en el juicio que se construye al valorar voluntaria y conscientemente una situación dada, teniendo trascendencia para el derecho penal cuando recae en los supuestos fácticos, probatorios o jurídicos que estructuran la materialidad y la responsabilidad por la conducta punible juzgada, con incidencia en los ámbitos de la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad o punibilidad, mas no cuando aquél se involucra con aspectos ajenos o intrascendentes a las fuentes del reproche para el caso concreto.

El conocimiento excluye el error, aquél también motiva la conducta, hace posible la comprensión de lo permitido o prohibido, define lo exigible, y eso ocurre en este caso con el inculpatado, en cuanto no tenía una información equivocada de sus deberes, de los mandatos constitucionales, penales o de los reglamentos militares, estaba formado y concientizado en las diferencias entre la capacidad operativa y administrativa y en este último campo también estaba actualizado su deber de comunicación y coordinación que le correspondía cuando conociera de situaciones de orden público que demandaran actos de defensa para la población civil.

El Brigadier General USCÁTEGUI, independientemente de la discusión acerca de si tenía capacidad operacional o si ostentaba la administrativa en la jurisdicción donde ocurrieron los hechos, al haber conocido de la situación que se presentó desde el 15 de julio de 1997, dada su condición y

rango, contó no solamente con una mera posibilidad sino ciertamente con el dominio de la conducta a seguir y su deber le imponía proteger a los civiles de los paramilitares, concretamente coordinar con sus superiores o los mandos en la región y establecer la estrategia y definir cómo enfrentar el riesgo, a pesar de ello omitió hacer no obstante serle exigible jurídicamente ese deber.

Es evidente que USCÁTEGUI y Orozco sabían lo que el ordenamiento jurídico les permitía y prohibía. Afirmar que su conducta no es ilícita y que en ese sentido obraron porque no creyeron estar obligados a actuar es una hipótesis sin soporte en la realidad y en la información que arroja el expediente, tanto así que el error de prohibición no fue una tesis aducida por ellos o planteada por sus apoderados en el curso procesal.

De manera que la postura mayoritaria de la Sala es que no es dable reconocer la ausencia de conocimiento de la ilicitud del actuar omisivo al representarse el militar de alto rango equivocadamente la realidad del deber jurídico que le correspondía de reaccionar en defensa de las personas, es decir, del deber legal de evitar un resultado o ser garante de la no producción de lesión a un derecho, porque precisamente su carrera está signada por esos fines de protección, que implican de manera obvia, preparación, conocimiento, experiencia de mando y operación.

Si se reconoce que el procesado tuvo conocimiento de la situación, según el oficio 2919 del 15 de julio de 1997, al tener certeza de los actos que serían cometidos en Mapiripán, resulta un contrasentido que pregone el inculpatado duda respecto del órgano competente para reaccionar militarmente, para justificar así el incumplimiento de sus deberes, ya que esta intervención constituye tema habitual y propio en una persona con una vasta carrera militar.

Pretextar que no sabía qué le correspondía hacer tendiente a proteger los derechos humanos o frenar la acción que se cernía sobre la población, ya por creer erradamente que no era de su incumbencia o suponer que le competía actuar a un homólogo, resultaría inadmisibles, porque dentro de su ámbito funcional de miembro de las Fuerzas Militares está el de asumir medidas de salvamento de los derechos de las personas, a fin de mantener el orden público interno.

Es que un Brigadier General como USCÁTEGUI, adiestrado permanentemente para afrontar riesgos de las características como los que dieron origen a la presente investigación penal, resulta increíble que lo natural y obvio para él (informar y tomar decisiones administrativas para que la institución defendiera la vida de las personas) lo convierta en algo extraordinario, imposible de comprender y aplicar en la situación de Mapiripán, dejar de hacer lo que todos los militares sin heroísmo y solo con sentido común hubiesen hecho en esas mismas condiciones.

El ataque a la población por un gran número de sujetos fuertemente armados fueron conocidas en su dimensión real y USCÁTEGUI no puede exculparse en su creencia subjetiva e interesada, pues esas circunstancias develaban la gravedad, urgencia y necesidad de una reacción militar inmediata, incluyendo la gestión de obtener la fuerza operativa si no se contaba con ella comunicando a sus superiores.

La Corporación reafirma así que de acuerdo con la Constitución Política, la Fuerza Pública tiene respecto de los habitantes de Colombia una posición de garante por institución. No se aviene con los postulados de un Estado social y democrático de derecho, sustentado por antonomasia en el valor superior de la persona humana y su dignidad, considerar de recibo que un General de la República pretexe el equívoco de no saber de dónde emanan sus deberes de salvamento, para reconocer así que ante la duda, lo mejor es la abstención, en lugar de emprender el más mínimo cometido en procura de salvaguardar la vida e integridad de los ciudadanos, pensar así es desconocer el deber de protección que la Carta Política le asignó a los militares.

En materia de protección de derechos humanos no vale la máxima aplicable a otras materias, que «ante la duda abstente»; todo lo contrario, en el ámbito de la posición de garante de las autoridades militares surge la máxima contraria, ante la duda constate, proceda, verifique, proteja, asegure, realice, no omita sus deberes.

No sobra recordar que el Estado de derecho derivado de la Revolución Francesa, se erigió sobre el postulado de dejar hacer, dejar pasar, es decir, se caracterizaba por un no hacer, en el entendido que el Estado era un simple observador de las diversas relaciones establecidas entre los individuos, de modo que esencialmente sus controles eran reactivos y por regla general los derechos y garantías tenían un contenido formal.

Por el contrario, el Estado social, como el declarado en nuestra Constitución Política, se caracteriza por hacer y por dar, todo ello en procura de cumplir cometidos preventivos, no reactivos, a fin de satisfacer las necesidades de las personas y asegurar efectivamente sus derechos fundamentales.

En consecuencia, no resulta consonante con tal función esencialmente preventiva del Estado social, auspiciar que una duda sobre a quién compete la protección de derechos humanos en el contexto de una inminente y luego actual matanza de personas, se convierta en un factor de disminución sustancial de la pena imponible.

En el caso del Brigadier General USCÁTEGUI se advierte que no hubo equívoco alguno, pues al verificar su carrera militar de muchos años, puede colegirse que la duda acerca de quién era el competente para encarar la grave violación de derechos humanos, no pasa de ser un pretexto para descartar su condición de garante por institución de la vida

de los habitantes de Mapiripán, pues su no actividad al siquiera informar a quienes estaban en posición de defender la vida de tales personas denota claramente el dolo.

Ciertamente, omitió voluntariamente cumplir con sus deberes respecto de los moradores de Mapiripán, y por ello, no se puede aparentar que estaba «dudoso» o «confundido», pues fuere uno u otro el competente para asumir materialmente la defensa de la población atacada por los paramilitares, lo cierto es que le correspondía, por lo menos, dar traslado a tales brigadas o batallones, de la información recibida acerca de lo que en el futuro inmediato acontecería en el referido municipio.

La Corte enfatiza en que la determinación de responsabilidad penal en cabeza del Brigadier General USCATEGUI, no deriva de que tuviese o no mando operacional o administrativo en la zona en la cual se efectuaron los hechos, sino de la circunstancia incontrovertible y objetiva, referida a que tuvo oportuno, amplio, detallado y suficiente conocimiento de los muy graves acontecimientos que se desarrollaban o aprestaban a desarrollarse en ese escenario y sin embargo, de manera extraña e inexplicable, omitió un comportamiento que incluso es predicable de cualquier ciudadano de bien, pues, de él no se demanda que acudiese a repeler la inminente masacre de ciudadanos inermes, sino que cuando menos advirtiese de ello a quienes pudiesen acudir –tropas en la zona– o tomar las decisiones necesarias para contrarrestar el daño –superiores suyos–.

Desde luego que de un militar de rango superior, perfectamente condecorador de las normas constitucionales, legales y reglamentarias que signan su labor, es dable exigir, no apenas esperar, que ese conocimiento oportuno condujese a un mínimo de actividad en aras de proteger a una comunidad a punto de ser sacrificada en su vida y bienes más valiosos.

Nunca el procesado o su defensa han podido explicar qué particular circunstancia pudo operar para que guardara absoluto silencio al punto de omitir cualquier información a sus subalternos, compañeros o superiores. La Corte tampoco encuentra explicación plausible diferente a la de omitir un deber funcional y constitucional de proteger a los habitantes de Mapiripán.

Si de verdad fuese inocente o ignorante de sus consecuencias, la omisión en la que incurrió el acusado, desde luego que no hubiese intentado él de manera vehemente, al punto de incurrir en el delito contra la fe pública ya prescrito, morigerar el contenido y efectos del oficio a través del cual se le dieron a conocer las graves condiciones de orden público que gobernaban el municipio de Mapiripán.

La trascendencia de la omisión en la que incurrió el procesado se evidencia cuando su superior, el Comandante de la Cuarta División sostiene que inmediatamente tuvo conocimiento de la situación de Mapiripán, el 21 de julio de 1997, por comunicaciones de combate, se desplazó al lugar y

ordenó la presencia en el sitio del Comando de la Policía, la Brigada Móvil Número 2 y el Batallón «Joaquín Paris».

Si USCÀTEGUI hubiese cumplido con su deber de informar el 15 de julio de 1997 al Comandante de la IV División del Ejército sobre lo que se cernía para Mapiripán, se habría generado una reacción inmediata y eficaz para defender a la población de la agresión de los paramilitares, supuesto sobre el cual no se puede predicar algún yerro.

La salvaguardia demandable, entonces, deviene de la protección de los bienes jurídicos que debió dar el procesado a la población de Mapiripán en su condición de servidor público y la competencia que le fue asignada en ese territorio como General y Comandante de la Séptima Brigada, además, porque específicamente conoció de manera concreta el ataque a que sometieron los paramilitares a dichos ciudadanos.

Ahora, recuérdese que tratándose del error de tipo, si es invencible, se enerva la categoría dogmática de la tipicidad por ausencia de dolo, y si vencible, se procede por la modalidad culposa de tal conducta, siempre que así la haya dispuesto el legislador; en caso contrario, el comportamiento será atípico, pero en este caso tal figura dogmática no tiene cabida, por la inexistencia de yerro en la conducta del procesado.

En algunas latitudes como categorías dogmáticas se distingue el *error de hecho* –asimilable al error de tipo–, del *error de derecho* –asimilable al error de prohibición–, en cuanto el primero está referido a una equivocación respecto de los hechos de la norma o de una circunstancia que pertenece al tipo (el sujeto no sabe lo que hace), en tanto que el segundo el yerro recae en la antijuridicidad (el sujeto sabe lo que hace pero cree erradamente que le está permitido).

Esta claridad, porque el Estatuto de Roma, que aborda el conocimiento de los crímenes más graves de trascendencia internacional por parte de la Corte Penal Internacional –adoptado en nuestra legislación interna mediante la Ley 742 de 5 de junio de 2002–, reconoce el *error de hecho*⁴⁷, el cual exime de responsabilidad únicamente si se hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido para el crimen, no en los demás supuestos.

En lo que respecta a la responsabilidad de un jefe militar establece el Estatuto de Roma en su artículo 28, que será penalmente responsable en razón de no haber ejercido un control apropiado, cuando:

ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

Como corolario de lo expuesto, se descarta el obrar equivocado del procesado, ya que sin ninguna dificultad podría representarse una situación

tal para conocer sus deberes de salvamento con respecto a los habitantes de la localidad y las consecuencias jurídicas de su omisión, dada su experiencia, antigüedad, rango, profesionalismo y las circunstancias específicas del caso concreto, pues eran de su dominio y manejo las siguientes premisas:

a. Tenía pleno conocimiento de las circunstancias fácticas.

b. Sabía de su obligación fundada en los reglamentos y deberes militares, que le competía a él solamente, no a los demás, a partir del momento en que recibió la información.

c. Los resultados le son atribuibles con base en la teoría de la acción esperada.

d. Obró con voluntad y conocimiento, esto es, a ciencia y paciencia de la realidad que lo conminaba a reaccionar de manera inmediata y rápida, lo que no deja dudas que sabía de las prohibiciones de su obrar omisivo y las consecuencias por los resultados ilícitos.

e. No era ajeno a su sabiduría que debía solicitar o comunicar al Comando Superior la situación, pues el 17 de agosto de 1997 a la Brigada Séptima se le dio el mando operacional porque la Brigada Móvil N° 2 salió a operativos (folio 61 cuadernos 13 y 14) en territorios cercanos en la jurisdicción militar.

f. En las órdenes de la Cuarta División para el Plan Conquista (folio 255 cuaderno 19) se consignó para la Brigada Móvil N° 2 «a orden prepararse para entregar responsabilidades de la operación a la Séptima Brigada», documento que con anticipación a los hechos era conocido por el estamento militar.

g. De haber existido confusión, duda o error en USCÁTEGUI, no habría solicitado que se le rindiera por escrito un informe acerca de lo que estaba ocurriendo en Mampiripán el 15 de julio de 1997 y su conducta posterior respecto del documento que lo enteró alterando su contenido, revela la conciencia de su obrar ilícito.

Como se concluye que el cargo formulado no está llamado a prosperar, se debe precisar que la condena proferida contra el Brigadier General JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI RAMÍREZ y el entonces Mayor –hoy Teniente Coronel en retiro–, Hernán Orozco Castro en relación con los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo sucesivo, en concurso heterogéneo con los de secuestro agravado, lo es a título de autores (comisión por omisión), dado que ostentaban la posición de garantes de la población de Mampiripán, surgida de la competencia institucional, como miembros de la fuerza pública.

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

RESUELVE

1.- NO CASAR la sentencia por razón de las censuras formuladas en la demanda presentada por el defensor de JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI RAMÍREZ, contra la sentencia de 23 de noviembre de 2009 del Tribunal Superior de Bogotá.

2.- PRECISAR que la condena impuesta al Brigadier General JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI RAMÍREZ y el entonces Mayor –hoy Teniente Coronel en retiro–, Hernán Orozco Castro, en relación con los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo sucesivo, en concurso heterogéneo con los de secuestro agravado es a título de autores (comisión por omisión), dado que ostentaban la posición de garantes de la población de Mapiripán, surgida de la competencia institucional, como miembros de la fuerza pública.

3.- EXCLUIR como víctimas a Manuel Arévalo, Hugo Fernando Martínez Contreras, Diego Armando Martínez Contreras y Gustavo Caicedo Rodríguez.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Notas

- ¹ Se transcriben apartes de la sentencia.
- ² Ver a folio 50 del C.O 1 acta de levantamiento de cadáver de Ronald Valencia; folio 157 del C.O 1 inspección a cadáver se Sinaí Blanco. A folio 54 se encuentra el acta de levantamiento del cadáver del hombre a quien no se logró identificar. Esta información fue confirmada por la Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Derechos Humanos en informe del 11 de septiembre de 1997, obrante a folio 259 del C.O 1, en el que además de las muertes de los tres sujetos arriba referidos, incluyen a un hombre sin identificar cuyo cuerpo fue encontrado por los pobladores flotando en el río pero que nuevamente fue lanzado por orden de los paramilitares.
- ³ Así lo indicó el testigo bajo reserva con clave “Azuzena” (Fl. 5 del C.O 1) y otra persona que depuso bajo esa misma modalidad el 23 de julio de 1997 (Fl. 8 del C.O 1)
- ⁴ A folio 29 obra declaración de un testigo bajo reserva que así lo narra.
- ⁵ Ver folio 33 del C.O 1.
- ⁶ Ver folio 51 ídem.
- ⁷ Ver folio 154 ibídem.

- ⁸ Ver folio 189 ídem.
- ⁹ Ver declaraciones obrantes a folio 263 y siguientes del C.O 3 y 114 del C.O. 5
- ¹⁰ Folio 58 C.O 16.
- ¹¹ Ver declaración obrante a folios 175 y siguientes del C.O. N°1 y la de un testigo bajo reserva que reposa a folio 16 *idem* quien también señala del homicidio de aproximadamente 26 personas cuyos cuerpos en el mayoría fueron arrojados al río.
- ¹² Ver folios 184 y 185 del C.O. 80.
- ¹³ Ver fallo obrante a folio 287 del C.O 70 A.
- ¹⁴ Ver fallo obrante a folio 216 del C.O 79.
- ¹⁵ LASCURAÍN SÁNCHEZ Juan Antonio “PENAR POR OMITIR” Fundamento de los deberes de garantía. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez-Universidad Santo Tomás Bogotá 2005. pág. 146 y 147.
- ¹⁶ En la exposición de motivos se dijo, «*Se regulan las situaciones materiales de la imputación del resultado en materia de delitos impropios de omisión. Con ello se lleva al texto legal las recomendaciones de la doctrina acerca de una regulación expresa de la materia y en lo posible de las llamadas posiciones de garantía. Constitucionalmente rige el principio de solidaridad, el cual, principalmente, viene exigido cuando se trata de la protección de bienes jurídicos relacionados con la vida e integridad personal (artículos 1° y 95 numeral 2° de la Carta Política); por lo que la propuesta busca desarrollar tales normas en un ámbito de estrechas relaciones y situaciones jurídicas*» Gaceta del Congreso N° 189, del 6 de agosto de 1998.
- ¹⁷ ROXIN, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal. Editorial Marcial Pons. Madrid 2000. Séptima edición. Pág. 508.
- ¹⁸ Declaración de Carlos Eduardo Ávila Beltrán, vertida el 27 de noviembre de 1997, ante la Procuraduría General de la Nación. Fl. 179 C.O N° 27.
- ¹⁹ Declaración del Teniente Coronel Lino Sánchez, rendida el 3 de abril de 1999 obrante a folio 77 del C. N° 41.
- ²⁰ Ver documentos obrantes a folios 91 y siguientes del C.O 19.
- ²¹ El contenido del citado oficio es el siguiente: “*De acuerdo al informe del 19 de mayo de 1997, la comunidad fue objeto de un presunto juicio denominado popular realizado por varios sujetos armados quienes humillaron a las autoridades y pobladores de la localidad de Mapiripán Meta. Lo anterior con el propósito de que se coordine con las autoridades locales, las acciones necesarias para garantizar la protección y seguridad de los pobladores del mencionado municipio. Envíe a este*

comando con plazo improrrogable 15 de julio -97, las coordinaciones y acciones tomadas por esa unidad sobre este caso". Folio 169 C.O 8.

- 22 Folio 305 del C.O 23 A.
- 23 Folio 5 y siguientes del cuaderno 2 de audiencia pública.
- 24 Declaración rendida en audiencia pública, obrante a folio 59 y siguientes del cuaderno 2.
- 25 *Ibíd.*, folio 110.
- 26 Ver declaración obrante a folios 149 y siguientes del cuaderno de audiencia pública N. 2
- 27 Folio 85 C.O 3 de audiencia pública.
- 28 *Ibíd.* 207.
- 29 Folio 243 C.O 3 de audiencia pública.
- 30 Folio 133 del C.O.48
- 31 Ver documento obrante a folio 211 del C.O 48.
- 32 Ver documento obrante a folio 251 del C. O 49.
- 33 Ver Folio 125 y ss. Cuaderno original N° 3.
- 34 Ver Folio 177 Cuaderno original N° 4
- 35 Declaración del Mayor Ricardo Sánchez Flórez. Folio 88 del C.O 51
- 36 Ver oficio 2919 del 15 de julio de 1997 obrante a folio 162 C.O 8
- 37 Numeral 8° del citado documento.
- 38 Este documento que tiene el carácter de reservado fue aportado como prueba por las partes.
- 39 Así lo indicó Luis Felipe Molano quien para la fecha de los hechos se desempeñaba como oficial B3 de operaciones del Séptima Brigada: "Si bien el batallón Joaquín París dependía operacionalmente de la BM2, en un caso de emergencia, no se podía decir eso no es problema mío" Folio 16 Cuaderno 2 de audiencia pública.
- 40 Folio 59 y siguientes del cuaderno 2 de audiencia pública.
- 41 Folio 110 cuaderno número 2 de audiencia pública.
- 42 El testigo Luis Felipe Molano Díaz, oficial adscrito a la Séptima Brigada para la época de los hechos, indicó que Orozco Castro debió informar a

la Brigada Móvil de lo que estaba pasando a Mapiripán, hechos que ya conocía antes de rendir ese informe. Folio 137 cuaderno número 2.

- ⁴³ *United States v. Soemu Toyoda*, Official transcript of Record of trial, pp. 5011, 5012.
- ⁴⁴ Corte Suprema de EEUU, *In re Yamashita*, 327 US 1, 15 (1945).
- ⁴⁵ *Medical Trial*, II The Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals, p. 212.
- ⁴⁶ Recuérdese que en su condición de Comandante de la Cuarta División, una vez se enteró de los hechos el 21 de julio de 1997, ese mismo día ordenó al comandante de la Brigada Móvil N° 2 que trasladara hombres a Mapiripán, los cuales llegaron en esa fecha vía aérea, cuando los paramilitares ya habían abandonado el pueblo.
- ⁴⁷ **Artículo 32. Error de hecho o error de derecho**

1. El error de hecho eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen.

2. El error de derecho acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte no se considerará eximente. Con todo, el error de derecho podrá considerarse eximente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del presente Estatuto.

COMENTARIO

Ubicación

El doce de julio de 1997 los paramilitares, dirigidos por el temible Carlos Castaño Gil, se tomaron la localidad de Mapiripán (Meta) y, en contubernio con algunos miembros de la Fuerza Pública, asesinaron y secuestraron a un número indeterminado de personas (nunca se estableció el número real de las víctimas del crimen); este hecho aberrante originó condenas para civiles y militares e incluso contra el Estado por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (fallo de 15 de septiembre de 2005, caso «Masacre de Mapiripán vs. Colombia») que, además, reconoció millonarias indemnizaciones a las víctimas, algunas espurias porque hubo personas que se hicieron pasar por tales sin serlo acompañadas de algún colectivo de abogados que abanderó esta mentirosa causa.

El pasado cinco de junio de 2014, mediante decisión en parte dividida, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, no casó la sentencia condenatoria emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá el 23 de noviembre de 2009, contra el Brigadier General Jaime Uscátegui

Ramírez, a quien el Juzgado Noveno Penal Especializado de Bogotá había absuelto, en 2007, por los citados hechos. Sin embargo, toda la prueba obrante en el expediente demuestra que el citado funcionario –ubicado en su sede en Villavicencio a 530 kilómetros del lugar de los hechos– no tenía jurisdicción ni mando sobre las tropas que no evitaron ese atropello; por eso, pues, nunca se le endilgó su connivencia con los asesinos pero sí se le reprochó que “(...) guardara absoluto silencio al punto de omitir cualquier información a sus subalternos, compañeros o superiores” (folio 114). Y fue con base en lo transcrito que se afirmó su ‘posición de garante’ en relación con las vidas y la libertad de los habitantes del poblado, por lo cual se le hizo responsable de tales crímenes.

Ese desatino se gestó cuando, al conocer de una acción de tutela, la Corte Constitucional –con ponencia de quien ahora se desempeña como Fiscal General de la Nación– se pronunció sobre este caso y entendió que constituía una ‘vía de hecho’ la decisión adoptada el 18 de agosto de 1999 por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que, al resolver un conflicto de competencia entre la Fiscalía y el Comandante del Ejército Nacional, asignó el conocimiento del asunto a la justicia castrense; en su lugar, el tribunal encargado de velar por la guarda e integridad de la Carta, dijo que no se trataba de actos propios del servicio sino de delitos de lesa humanidad que dañaban de forma muy grave los derechos humanos (Sentencia SU-1184 de trece de diciembre de 2001).

Así las cosas, en este escrito se trata de mostrar cuales son las bases teóricas para la discusión que se echan de menos, con la advertencia de que el análisis toca sobre todo con el cargo tercero invocado por el casacionista, para el caso la violación indirecta de la ley sustancial, pues es en relación con aquél que se suscita todo el debate en cuanto se produjo una indebida aplicación de las normas relacionadas con los delitos de homicidio y secuestro, con la consecuente exclusión del artículo 2º del anterior Código Penal (Decreto-Ley 100 de 1980).

La acción penal ya había prescrito

Lo primero que debe decirse, pese a los esfuerzos de la providencia por demostrar lo contrario, es que la acción penal en contra del condenado Uscátegui Ramírez ya había prescrito al momento de emitirse la providencia por medio de la cual el alto tribunal decidió no casar la sentencia de segunda instancia. Mírese la argumentación esgrimida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la que, de manera desesperada, se trata de demostrar lo contrario:

es palmario que la acción penal para el caso objeto de estudio se encuentra vigente, no sólo porque en su ejecución participaron miembros de la fuerza pública y por ende servidores públicos, circunstancia que impone el incremento en dicho término de conformidad con lo indicado en el artículo 83 del Código Penal, concordante con el artículo 82 del Código Penal de

1980, vigente para la época de comisión de los hechos, sino por tratarse de una conducta delictiva catalogada como de lesa humanidad (folio 44 del proveído original).

En efecto, si está claro que los hechos se llevaron a cabo el doce de julio de 1997 cuando regía el C. P. de 1980 eran esas las disposiciones que se debían aplicar a efectos de precisar si la acción penal (interrumpida por la expedición de una resolución de acusación el día 30 de agosto de 2003 y en firme el once de agosto de ese año) había o no prescrito, acorde con el principio de legalidad de los delitos y de las penas que, con toda claridad, prevé el artículo 29 de la Carta: “nadie podrá ser juzgado sino *conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa*” (inciso 2°). Así las cosas, el Código Penal de entonces señalaba en el artículo 80 que el término de prescripción de la acción penal “*en ningún caso, será inferior a cinco años ni excederá de veinte*”; no obstante, se indicaba que ese lapso “se aumentará en una tercera parte, sin exceder el máximo allí fijado, si el delito fuere cometido dentro del país por empleado oficial en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos”, con lo cual fluctuaba entre 80 meses (seis años y ocho meses) y 20 años. Es más, el artículo 84 de ese Código al referirse a la “interrupción del término prescriptivo de la acción”, señalaba:

La prescripción de la acción penal se interrumpe por el auto de proceder, o su equivalente, debidamente ejecutoriado. Interrumpida la prescripción, principiará a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80. En este caso el término no podrá ser inferior a cinco (5) años.

De esta manera, acorde con la legislación entonces vigente, cuando la Sala de Casación Penal se pronuncia (el día cinco de junio de 2014; esto es, 10 años 9 meses y 6 días después), ya había prescrito la acción penal.

Es que en la sentencia en estudio se observan tres fenómenos, que se deben destacar: en primer lugar, de forma retroactiva y con violación del principio de legalidad, al sentenciado se le aplican los términos señalados en el Código Penal de 2000, no los del Código Penal de 1980 que eran (y son los aplicables). En segundo lugar, con base en decisiones de la propia Sala (y al efecto se aduce un inexistente criterio de autoridad), adoptadas durante la vigencia del C.P. de 2000, se señaló (ilegalmente) que ese incremento se aplicaba también al máximo de diez años y que, incluso, se podía superar para alcanzar el guarismo de “trece (13) años y cuatro (4) meses establecidos como término máximo de prescripción en la fase de juicio” (folio 40), con lo cual lo señalado en la propia ley actual fue burlado (CSJ AP 20 mar. 2013, rad. 42630; AP 9 abr. 2014, rad. 41592; AP 30 abr. 2014, rad. 43574; citadas en el pie de página 5 del folio 39); la Sala de Casación, pues, ocupa el lugar del legislador. En otras palabras: la ‘jurisprudencia’ hecha casi dieciséis años después fue aplicada de forma retroactiva para gobernar este caso.

Y, en tercer lugar, pese a que la Constitución de 1991 decía en su artículo 28 inciso 3° para el momento de comisión de los hechos –y todavía

lo dice— que “[e]n ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles”, aquí se invoca la imprescriptibilidad (¡no de la pena!) de la acción penal como argumento para legitimar la espuria condena porque los delitos son de lesa humanidad (construcción que también se aplica de forma retroactiva); dicho de otra forma: así esté claro que según la Constitución vigente al momento de los hechos (y todavía hoy) no existía la imprescriptibilidad de la acción penal ni de la pena, ese argumento se aduce para legitimar la decisión (véase folio 40 y siguientes).

En síntesis, se aplicaron normatividades inexistentes al momento de los hechos y, para acabar de ajustar, las construcciones hechas por los jueces con posterioridad se emplean de forma retroactiva, pisoteando con toda claridad la Carta Fundamental que, además, señala: “[e]n materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable” (inciso 3°). Previsión que se acompasa con el título I del Código Penal (también el de 1980) que consigna las Normas Rectoras de la Ley Penal colombiana (arts. 1-13) y, por supuesto, con los pactos mundiales de derechos humanos incorporados al ordenamiento jurídico (ley 16 de 1972, art. 15.1 y ley 74 de 1968, art. 15).

No existe un sistema del Derecho penal

Además, si a algo está obligado el administrador de justicia en Colombia, en atención a los dictados contenidos en el Código Penal y en la Constitución [el primero de los cuales dispone que “[n]adie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa” (29 inc. 2 de la Constitución y 6 inc. 1° del C. P.) y “[e]l funcionario judicial tendrá especial consideración cuando se trate de valorar el injusto, la culpabilidad y las consecuencias jurídicas del delito (...)” (art. 7°) y “[p]ara que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable” (art. 9° inc. 1°)], es a construir un sistema del Derecho penal y, por ende, a elaborar una teoría del delito que se corresponda con el derecho positivo. En otras palabras: el juez está compelido a realizar una ordenación lógica de sus conocimientos para la solución de los casos de la vida real; y ello es así porque

si por *sistema* científico (sin entrar ahora en detalle en la múltiple diversidad de conceptos de sistema) se entiende simplemente una *ordenación lógica* de los *conocimientos particulares* alcanzados en la ciencia de que se trate, salta inmediatamente a la vista que la renuncia a toda construcción sistemática equivale a un permanente estado embrionario de la referida ciencia. En efecto, sólo poniendo en relación lógica tales conocimientos (o aquello que el científico considera conocimiento particular y no es sino una hipótesis incorrecta) mediante el orden sistemático puede llegarse a saber si son lógicamente compatibles entre sí o se contradicen (Schünemann, 1991, p. 31-32).

No obstante, eso que parece ineludible se derrumba en el derecho penal nacional como un castillo de naipes cuando se lee la sentencia en comentario porque, también está claro, casos como el debatido no se resuelven a partir

de un sistema del derecho penal previamente dado y con asidero en el derecho positivo, sino por vía de la intuición; por ello, ante la ausencia de la Dogmática jurídico-penal la solución judicial de los casos se convierte en un verdadero arte de adivinación o, para recordar a un eximio jurista hispano, en pura y llana lotería:

Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un Derecho penal del que –por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico– se desconoce su alcance y su límite (Gimbernat Ordeig, 1990, p. 158).

En fin, si casos como el estudiado se resuelven de cualquier manera y al compás de otras valoraciones es imposible corregir y descubrir la plural casuística de los problemas concretos, de donde deviene que el sistema es imprescindible (Schünemann, 1991, p. 27) y, por ende, ese sistema no puede cumplir las funciones para las cuales se establece: “ofrecer una panorámica lo más rápida y completa posible sobre el conjunto de enunciados particulares y su orden, así como garantizar un acceso rápido, sin comprobaciones superfinas, a la parte del sistema relevante para el problema concreto” (Schünemann, 1991, p. 32).

La ausencia de una Teoría de la omisión

Por supuesto, como no existe un sistema del derecho penal no es pensable que se parta de una determinada Teoría del delito aplicable al caso objeto de juzgamiento, por más que la doctrina haga esfuerzos en esa dirección (Schönke/Schröder, 2014, p. 196; Roxin, 2003, p. 625; Velásquez, 2014, p. 303); y, por ende, de cara a la conducta omisiva tampoco se intenta un esfuerzo de elaboración conceptual. Se olvida, pues, que por mandato legal (art. 21 ss.) las conductas omisivas también deben ser típicas, antijurídicas y culpables; y lo que predomina, por supuesto, es una gran pobreza académica como lo muestra una providencia confeccionada con errores de redacción y hasta de ortografía (por ejemplo, obsérvese como se llama al poblado donde se cometió el crimen); y en la premura por aparentar conocimientos que no se tienen, se hacen algunas citas en alemán mal hechas e inexistentes (se habla de la *Garantenstellugen*: posición de garante, en vez de *Garantens-tellungen*; o se alude a la horrible locución *hochsperonlycherechsguter*, también copiada de otra sentencia de la misma corporación, para designar a los bienes jurídicos altamente personales: *höchstpersönlicher Rechtsgüter*).

De nada, pues, han servido los esfuerzos centenarios de los cultores de la teoría del delito –desde los causalistas y los finalistas hasta llegar a los propios funcionalistas– para elaborar una construcción como esa, porque

los jueces colombianos la despachan de un plumazo y solo se quedan con unas aisladas consideraciones como las que se hacen en esta sentencia sin contextualizarlas en ningún sistema ni teoría del delito.

La posición de garante del autor

En el texto de la providencia (que retoma pretérita decisión de la misma Sala: CSJ SP 14 Nov. 2007, rad 28017) se lee que por posición de garante se entiende “el deber jurídico que tiene el autor de evitar un resultado típico, ubicación que le imprime el obrar para impedir que éste se produzca cuando es evitable” (folio 65), a cuyo efecto se parte del distingo hecho por G. Jakobs, entre dos grupos de deberes: “los (...) del primer grupo se llaman *deberes en virtud de responsabilidad por organización*, y los del segundo tipo *deberes en virtud de responsabilidad institucional*” (1997, p. 931); de esta manera, con base en una importante construcción doctrinaria (Lascuraín, 2005, p. 146-147) se afirma luego que “como el deber de garantía es predicable del Estado y se materializa a través de sus agentes o servidores públicos, se debe analizar la relación que éstos tengan con el bien jurídico, pues no se trata de edificar un deber de garantía ilimitado y absoluto”. Desde luego, una construcción semejante es plasmada de forma originaria en decisión de la Corte Constitucional (sentencia SU 1184 de 2001, reiterada por las sentencias C-692/03 y T-327/04) para la cual, de nuevo basada en G. Jakobs (1997, p. 940), acción y omisión son lo mismo (“*cuando la acción y la omisión son estructural y axiológicamente idénticas, las consecuencias deben ser análogas: Si la conducta activa es ajena al servicio, también deberá serlo el comportamiento omisivo*”: folio 34). De aquí se infiere, entonces, que el procesado Uscátegui Ramírez tenía posición de garante:

(...) tuvo oportuno, amplio, detallado y suficiente conocimiento de los muy graves acontecimientos que se desarrollaban o aprestaban a desarrollarse en ese escenario y sin embargo, de manera extraña e inexplicable, omitió un comportamiento que incluso es predicable de cualquier ciudadano de bien, pues, de él no se demanda que acudiese a repeler la inminente masacre de ciudadanos inermes, sino que cuando menos advirtiese de ello a quienes pudiesen acudir –tropas en la zona– o tomar las decisiones necesarias para contrarrestar el daño –superiores suyos– (folio 113).

Así las cosas, se dice acoger la teoría de Jakobs pero se olvida lo que él dice cuando advierte las dificultades del asunto:

[A]utor de un delito de omisión sólo puede serlo el titular de un *deber de responder* de que se evite el resultado (deber de garante). *La determinación del garante es una de las tareas más difíciles de la Parte General. Dado que la propia ley es indeterminada, la determinación segura del deber de garante en el sistema de la imputación resulta indispensable para la del fundamento y límites de la imputación* (1997, p. 968).

Es más, por eso advierte que esa construcción dentro de su sistema tiene un sustrato material: “(...) para la necesidad de deberes de garante en los

delitos de omisión, ya está pre esbozada la sistematización de los deberes de garante, materialmente, según el fundamento de responsabilidad” (1997, p. 970). Es más, es evidente que para el mismo autor alemán no se puede edificar una posición de garante en abstracto, de forma ilimitada; la sola calidad de militar (sin importar si en el caso concreto se ejercía o no la función) no es, pues, suficiente para afirmarla.

Es que, como se ha dicho en otra sede (Velásquez, T. I, 2009, p. 765), no toda posición de garante genera la realización del tipo de omisión impropia, pues es indispensable que el agente no realice la acción de salvamento que le ordena la ley en el caso concreto, esto es, aquella de la que se desprende ese preciso deber jurídico; en otras palabras: la omisión impropia no se funda en la omisión de cualquier acción que hubiera podido evitar el resultado, sino en la omisión de aquella que con certeza o seguridad estaba en capacidad de impedirlo en el caso particular. Se afirma lo anterior porque es perfectamente posible que el sujeto activo omita ejecutar otras acciones que, por sí mismas, no constituyen la evitación del peligro corrido por el bien jurídico, o que prescinda de realizar acciones que no estaban dirigidas a impedir de modo cierto e indiscutible el resultado, en cuyo caso deberá responder por no realizar esas acciones medio –que, como omisión pura o propia de acciones generales, aparecen castigadas en la ley penal en el art. 131, como omisión de socorro–, pero no por no realizar la acción salvadora que no estaba en sus manos llevar a cabo en la situación concreta.

Si lo anterior no fuera así, debería afirmarse que –con la condición de que concurran las demás exigencias típicas– se ha llevado a cabo una conducta típica de homicidio agravado (Cfr. C. P., arts. 103 y 104), en todos los siguientes casos citados por la doctrina y la jurisprudencia españolas (Gracia, 1999, p. 132-133): la madre que no le suministra alimento al recién nacido y lo deja morir de inanición; la mujer que deja perecer al hijo recién nacido al omitir atarle el cordón umbilical; el cónyuge que no le brinda asistencia médica al compañero, víctima de una repentina enfermedad o accidente, y deja que muera; el socorrista que no le presta atención al bañista cuya protección se le ha encomendado; el profesor de natación que deja ahogar al alumno al que le ha prometido adiestrarlo en dicho deporte; el guía alpino –aquí andino– que, ante la situación de peligro del excursionista que le ha confiado su cuidado, no hace nada para evitarlo; el encargado de cuidar a un ciego, al que no le impide avanzar hacia el precipicio; el conductor imprudente que propicia un accidente y no auxilia a su víctima; el que deja morir de hambre al secuestrado; el guardián de prisiones que no asiste al detenido en peligro de muerte después de intervenir en una refriega; el que le tira un colchón encendido a un vagabundo previamente lanzado por las escalas, y lo deja perecer incinerado; el guardagujas que no realiza el cambio de vías cuando viene otro tren por la misma vía, y se produce un número plural de muertes, etcétera.

Por supuesto, solo en algunos de ellos se puede afirmar la realización del tipo de homicidio por omisión dolosa –sin descartar la omisión culposa–

con la consiguiente imposición de una pena de prisión de 25 a 40 años incrementada en las proporciones que indica la ley 890 de 2004 (los casos de la madre, el secuestro o del guardagujas), y eso con la condición de que se reúnan ciertos requisitos, como se dirá en seguida; en los demás, se tratará, simple y llanamente, de una omisión propia o pura de socorro (art. 131) penada con una sanción notablemente menor: de dos a cuatro años de prisión, con los incrementos ya indicados. En otras palabras: la cláusula de equiparación del art. 25, inc. 2º resulta inaplicable en dichos casos, porque en la Parte especial –y aquí prima el principio de especialidad– se consagra una figura omisiva propia que cobija dichas situaciones y que debe aplicarse de preferencia, si se tiene en cuenta que comporta una menor afectación del bien jurídico y, por ende, una inferior gravedad del injusto (Velásquez, T. I, 2009, p. 770-771).

Por eso, en fin, es que no basta con las construcciones formales y con la llamada teoría de las funciones para determinar si en concreto se tiene o no la posición de garante, por lo cual se debe recurrir a una concepción material acorde con la cual se debe valorar el propio ámbito de dominio del agente; por eso, dice Schünemann, el padre de este criterio:

El principio de equivalencia del «dominio sobre la causa del resultado» (*«Herrschaft über den Grund des Erfolges»*) lo he desarrollado en 1971 (...) sobre la idea de que la punibilidad de la omisión sobre la base del supuesto del hecho típico de comisión sólo puede ser justa, si la posición del autor por omisión en relación con el suceso que lesiona un bien jurídico es comparable en sus aspectos determinantes de la imputación del resultado con aquellos que debe poseer el autor por comisión. Dado que el autor por comisión domina el suceso lesivo por medio de sus actividades corporales y, por lo tanto, a través del dominio sobre el cuerpo, una omisión equivalente a la comisión presupone un control actual sobre el suceso equiparable en intensidad a ese control. Pero, como este dominio no se debe confundir con la mera posibilidad de evitación (...) se deben perfeccionar aquellas constelaciones para la concreción del concepto de dominio, en las cuales no ya un actuar positivo transmite el dominio del suceso, sino en los que tal dominio se encuentra preestablecido, ya que la fuente o el objeto del suceso lesivo ya se encuentran controlados con anterioridad y, por ello, tanto el transcurso del suceso dentro del ámbito controlado por el autor por omisión como todo lo que tiene lugar dentro de ese ámbito tiene que ser calificado de obra de su voluntad (Schünemann, 2007, p. 246; Gracia, 2001, p. 411, con abundantes referencias, notas 7 a 9).

Es más, tampoco basta con demostrar esta calidad en el sujeto activo para afirmar la tipicidad de la conducta, porque el tipo omisivo doloso tiene unos elementos configuradores que en cada caso se deben demostrar: la situación típica, la no realización del mandato, la posibilidad de realizar la acción ordenada, la causalidad hipotética (imputación objetiva), el resultado y, por supuesto, el dolo (Velásquez, 2009, p. 764). Por ello, pues, dijo la Sentencia SU 1184 de 2001, aunque ello no se tuvo en cuenta:

Lo anterior no implica desde luego que verificada la posición de garante se estructure inmediatamente la responsabilidad, porque ésta presupone la

reunión de todos los elementos del delito, a saber: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Bien puede acontecer que el garante (a quien se le imputa un delito de lesa humanidad) no sea responsable penalmente por ausencia de dolo (no conocía el riesgo concreto para los bienes jurídicos) o imprudencia (el riesgo para los derechos fundamentales no le era cognoscible), o que exista un estado de necesidad justificante por colisión de deberes (frente a dos agresiones simultáneas a sectores de la población, sólo podía proteger una sola), etc. (folio 40).

Así las cosas, un examen de la sentencia estudiada y de los medios de prueba que allí se examinan (múltiples testimonios y abundante prueba documental, no controvertida por la Sala de Casación Penal), permite concluir –sin hesitación alguna– que la conducta omisiva atribuida al condenado era atípica porque, en derecho, no se logró demostrar que tenía posición de garante frente a los habitantes de Mapiripán, no solo porque él no tenía mando sobre la Brigada Móvil N° 2 (¡y no se puede olvidar el derecho operacional!) sino porque tampoco lo detentaba en relación con el Batallón Joaquín París. Razón, pues, tuvo la Procuraduría al solicitar que se casara la sentencia y se dejara en firme la absolución que había proferido la primera instancia, porque es evidente que en el caso no se demostró la posición de garante del encartado en concreto como lo exige la ley penal vigente. (Véase. artículo 25 del Código Penal) y lo exigía el C. P. de 1980 al ocuparse de la materia y que, no se olvide, era la ley penal aplicable al caso (art. 21). De esta manera, a quien solo incurre en un abuso de autoridad por omisión de denuncia, se le condena por múltiples homicidios y múltiples secuestros, porque se parte de una concepción formal de la posición de garante que se encubre bajo el mentiroso velo de la teoría material apadrinada por el autor alemán ya citado.

La violación del programa penal de la Constitución

Desde la época de la Ilustración, el Derecho penal ha sido concebido como un puro poder material represivo y expansivo que debe ser controlado mediante una serie de límites formales y materiales que, para nuestro caso, se encuentran consignados en las normas rectoras de la ley penal colombiana (C. P., arts. 1 a 13) y que tienen pleno asidero en la Carta Fundamental (Preámbulo, arts. 1 y siguientes), donde aparecen los diversos axiomas que gobiernan esa actividad. Por eso, advierte la doctrina, esos principios rectores del sistema penal:

(...) no deben considerarse hoy como (...) meros “límites” del *ius puniendi* sino como principios constituyentes del derecho de castigar o, dicho de otro modo, el Derecho penal debe ser considerado como *derecho penal constitucional*, pues, (...) es consustancial al mismo la función de garantía de los valores y los derechos que en el texto constitucional se recogen (Berdugo y otros, 2010, p. 44).

De allí que sea del examen detenido de la Carta Fundamental (de su tenor literal, de los principios generales que consagra y de su espíritu) de donde

surge el *programa penal de la Constitución*, entendido como “el conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponda aplicar”; se trata, pues, de “un conjunto de postulados político-criminales genéricos y no (...) soluciones concretas para todos y cada uno de los problemas que son propios del sistema punitivo” (Berdugo y otros, 2010, p. 45). Por eso, en un Estado de Derecho al individuo se le debe proteger “no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal”, lo cual significa que “el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del «Estado Leviatán»” (Roxin, 1997, p. 137) como aquí ha sucedido.

No obstante, todos esos valladares son arrasados por la sentencia en examen porque ella los desborda cuando propicia la condena de una persona que no ha actuado para el derecho penal (principio del acto); a la que nunca, recuérdese, se le probó nexo alguno con los criminales y a la cual, por ende, no se le podía dirigir ningún juicio de exigibilidad normativa (principio de culpabilidad). Un hombre cuya dignidad fue avasallada (principio de dignidad de la persona humana) y que, para acabar de ajustar, fue condenado con la violación de las formas propias del juicio porque, en Derecho, la acción penal había prescrito cuando se emitió el pronunciamiento que puso punto final en este doloroso proceso.

El Salvamento parcial de voto

También, debe tenerse en cuenta que cuatro magistrados hicieron el esfuerzo de emitir un salvamento parcial de voto (que, en principio, fue la ponencia debatida que no triunfó) con el cual se buscaba atemperar la condena, a cuyo efecto se hilvanó una construcción que pretende ver en la actuación del condenado un error de prohibición vencible. Esta elaboración, no obstante, termina por legitimar las mismas aristas del fallo que aquí son objeto de reproche (por ejemplo, afirma la posición de garante por la mera condición de militar, lo que supone asumir la tan criticada teoría formal en estas materias) y no cambia para nada las cosas porque, en lo esencial, los argumentos de fondo son los mismos. De ahí que no merezca un comentario especial, adicional al que ya se ha hecho para referirse al texto. Por supuesto, el hecho de que esta pieza procesal se produzca termina por demostrar –una vez más– lo ya señalado: no existe en el pronunciamiento estudiado un sistema del Derecho penal que sirva como punto de partida para la solución del caso; se desconocen los alcances de la teoría de la omisión y se afirma una inexistente posición de garante solo en abstracto, no en concreto, dentro del propio ámbito de dominio en el cual obra el agente.

Conclusiones

Así las cosas, se puede afirmar lo siguiente:

1. Está claro que cuando se profiere la sentencia en estudio ya la acción penal había prescrito.

2. No hay ninguna tentativa seria de construir un sistema del derecho penal a partir del cual se pueda resolver el caso.

3. Por ello, tampoco se ofrece ninguna construcción en materia de los delitos de omisión.

4. No hay una elaboración conceptual en materia del concepto de posición de garante.

5. En el caso en concreto no existía posición de garante, ni siquiera si se acude a la postura material objetiva de Jakobs que se invoca.

6. Se olvida que para poder afirmar la tipicidad de las conductas endilgadas era necesario, además del juicio de conducta, emitir los correspondientes juicios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

7. Los medios de prueba fueron menospreciados.

8. La sentencia es manifestación de una justicia parcializada, lo que es un pésimo mensaje para la sociedad entera.

Por supuesto, no puede negarse, se trata de hechos muy graves que evidencian los niveles de violencia, inhumanidad y barbarie a los que ha llegado la sociedad colombiana, que no se resuelve sus conflictos con base en el derecho sino en la justicia privada; se desnuda, pues, la presencia del paramilitarismo como recurso para poner talanquera a los brotes de criminalidad de otros actores armados (Velásquez, 2007).

Referencias

Auto 41592 (2014, nueve de abril). Casación. M. P. E. Fernández Carlier. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

Auto 43574 (2014, 30 de abril). Auto. M. P. E. Fernández Carlier. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

Auto 42630 (2013, 20 de marzo). Casación. M. P. E. Fernández Carlier. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

Bacigalupo, E. (1970). Delitos improprios de omisión. Buenos Aires: Editorial Astrea.

- Berdugo, I. et al. (2010). *Curso de Derecho penal*. Parte general. 2ª edición. Barcelona: Ediciones Experiencia, S. L.
- Caso «Masacre de Mapiripán vs Colombia» (2005, septiembre 15). Sentencia. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf
- Córdoba, J. C. (2004) algunas reflexiones con respecto a la relación entre el principio de solidaridad constitucional y los delitos de omisión. *Vniversitas*, 604-625. Recuperado de http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/vniversitas_108.htm
- Cuadrado, Á. (1997). La comisión por omisión como problema dogmático. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. L, 387-456.
- Gimbernat, E. (1987). Sobre los conceptos de omisión y comportamiento. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XL, 579-608.
- Gimbernat, E. (1990). *Estudios de Derecho penal* (3 ed.). Madrid: Tecnos.
- Gimbernat, E. (1997). La omisión impropia en la Dogmática penal alemana. Una exposición. En *Anuario de Derecho Penal y ciencias Penales*. t. L., 5-112.
- Gimbernat, E. (1999). El Delito de omisión impropia. En *Revista Derecho penal y Criminología*. 2ª. Época No. 4, 525-554.
- Gimbernat, E. (2002). La distinción entre delitos propios (puros) y delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión). En J. L. Díez Ripollés, L. Gracia Martín, J. F. Higuera Guimerá (Editores): *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir* (685-709). Madrid: Tecnos.
- Gimbernat, E. (2003). La causalidad en la omisión impropia y la llamada «omisión por comisión». En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* t. LIII 2000, 29-132.
- Gracia, L. (1999). La comisión por omisión en el derecho penal español. En *Revista Nuevo Foro Penal*, No. 61, 125-168.
- Gracia, L. (2001). Los delitos de comisión por omisión (una exposición óptica de la doctrina dominante). En *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología* (pp. 411-482). Madrid: Universidad Nacional a Distancia.
- Jakobs, G. (1996). *La imputación penal de la acción y de la omisión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. (2 ed.). (Tr. J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo). Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas.

- Jakobs, G. (2000). La omisión: estado actual de la cuestión. En C. Roxin *et al.*, *Sobre el estado de la Teoría del Delito* (129-154) Madrid: Civitas.
- Jescheck, H. H. y Weigend, T. (1996). *Lehrbuch des Strafrechts* (5ª edición). Berlin: Duncker & Humblot.
- Jescheck, H. H. y Weigend, T. (2002). *Tratado de derecho penal*, parte general, (traducción española y notas de M. Olmedo Cardenete). Granada: Editorial Comares.
- Kaufmann, A. Dogmática de los delitos de omisión (2006). (Tr. J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo). Madrid: Marcial Pons.
- Lascuraín, J. A. (2005) Penar por omitir. Fundamento de los deberes de garantía. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez-Universidad Santo Tomás Bogotá.
- Mir, S. y Gómez, V. (2011): *Derecho penal, Parte General* [9ª edición]. Barcelona: Editorial Reppertor.
- Perdomo, J. F. (2001). *La problemática de la posición del garante en los delitos de comisión por omisión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Perdomo, J. F. (2001 a) *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código penal colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia).
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal, Parte general*, t. I (trad. española de la 2ª ed. alemana y notas a cargo de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal). Madrid: Civitas.
- Roxin, C. (2003). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat (1ª ed.). München: C. H. Beck.
- Roxin, C. (2006). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. t. I (4ª ed.). Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenlehre. München: C. H. Beck.
- Schönke, A. y Schröder, H. (2014): *Strafgesetzbuch. Kommentar* (29ª edición). München: Verlag C. H. Beck. Reelaborado por Peter Cramer ediciones 18ª a 26ª), T. Lenckner (ediciones 18ª a 27ª), W. Stree (ediciones 18ª a 27ª), A. Eser, W. Perron, D. Sternberg-Lieben, J. Eisele, B. Hecker, J. Kinzig, N. Bosch, F. Schuster, B. Weißer y U. Schittenhelm.
- Schünemann, B. (1991). *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario*. Introducción, traducción y notas de Jesús María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos.
- Schünemann, B. (2007). *Aspectos puntuales de la Dogmática Jurídico-penal*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez/Universidad de Santo Tomás.

- Schünemann, B. (2009). *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. Con una aportación a la metodología del Derecho penal.* (trad. de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo). Madrid: Marcial Pons.
- Sentencia SU-1184 (2001, 13 de noviembre). Acción de tutela. M. P. E. Montealegre Lynnet. Corte Constitucional.
- Sentencia C-692 (2003, doce de agosto). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. M. G. Monroy Cabra. Corte Constitucional.
- Sentencia T-327 (2004, quince de abril). Acción de tutela. M. P. A. Beltrán Sierra. Corte Constitucional.
- Sentencia 28017 (2007, catorce de noviembre). Casación. M. P. J. E. Socha Salamanca. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Silva Sánchez, J. M. (1986). *El delito de omisión. Concepto y sistema.* Barcelona: Librería Bosch.
- Silva Sánchez, J. M. (1994). "comisión" y "omisión". Criterios de distinción. *Cuadernos de Derecho Judicial. La comisión por omisión*, No. 23, 11-54.
- Velásquez, F. (2007). ¿Delito político o delito común? A propósito de la providencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, de 11 de julio de 2007. En *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, No. 60 (pp. 134-144).
- Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal, Parte General, t. I.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Velásquez, F. (2014). *Manual de Derecho penal, Parte general.* 6 ed. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.