

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

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 auxiliadores 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.

ACTUACIÓN PROCESAL

La Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación inició formal investigación penal en contra de varios integrantes del grupo paramilitar, y también contra miembros del Ejército Nacional¹, entre estos el Brigadier General JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI RAMÍREZ y el Mayor, hoy Teniente Coronel ®, Hernán Orozco Castro.

¹ También fueron vinculados: el Teniente Coronel Lino Hernando Sánchez Prado, Comandante de la Brigada Móvil N° 2; el Suboficial José Miller Urueña Díaz encargado en el aeropuerto de San José del Guaviare de la vigilancia y registro de aeronaves, y el Sargento Juan Carlos Gamarra Polo, Jefe de Inteligencia del Batallón *«Joaquín Paris»*, quienes ante el rompimiento de la unidad procesal, en trámite independiente fueron condenados; los dos primeros, por los ilícitos de concierto para delinquir, terrorismo, homicidio agravado y secuestro agravado, predicándoles coautoría indirecta, y el último, como autor del punible de concierto para delinquir y cómplice en los de homicidio agravado, secuestro y terrorismo, según sentencia de 30 de septiembre de 2003, confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá el 15 de febrero de 2005 y resuelto el recurso de casación (CSJ, SP 26 abr. 2007, rad. 25889). A su turno, el 8 de octubre de 2007 fue condenado Leonardo Montoya Rubiano, también encargado por parte del Ejército Nacional de la vigilancia y seguridad del citado aeropuerto, como coautor de homicidio agravado en concurso homogéneo, sucesivo y heterogéneo con los de secuestro agravado (CSJ SP 17 nov. 2011, rad. 34864).

En atención al conflicto de competencias suscitado por el Comandante del Ejército al pretender conocer del asunto, y del rechazo a tal postura por parte de la Fiscalía, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura por decisión de 18 de agosto de 1999 al dirimirlo, asignó el conocimiento a la autoridad castrense cuando estimó que los comportamientos estaban relacionados con el servicio.

Pese a lo anterior, ante la acción de tutela promovida contra esa decisión por el apoderado de una de las víctimas, la Corte Constitucional al revisar la negación del amparo dispuesto en las instancias, mediante decisión SU 1184 de 13 de noviembre de 2001, luego de abordar la figura de la posición de garante, estimó que cuando se presenta la omisión imputable a miembros de la Fuerzas Armadas que conlleve la violación de derechos humanos o del derecho internacional humanitario, en manera alguna tiene relación con el servicio y la competencia ha de ser de la justicia ordinaria, imponiéndole a ésta el deber de conocer y juzgar los hechos de este proceso:

...desde el punto de vista estrictamente constitucional, resulta claro que las Fuerzas Militares ocupan una posición de garante para el respeto de los derechos fundamentales de los colombianos. La existencia de esa posición de garante significa que el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad, o en general por las graves violaciones a los derechos humanos, sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o

imprudencia). Las estructuras internas de la imputación no modifican la naturaleza del delito realizado; estas no cambian porque el interviniente (para el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcance la consumación del hecho.

Por ello, Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en proveído de 21 de febrero 2002 al resolver nuevamente el conflicto bajo los anteriores parámetros dispuso:

[como] la imputación que se efectúa a los oficiales Jaime Humberto Uscátegui Ramírez y Hernán Orozco Castro comporta la posible comisión por omisión de delitos afrentosos de los derechos humanos, en hechos acaecidos cuando respectivamente ostentaban su condición de Brigadier General y Mayor del Ejército y en tal virtud detentaban la posición de garante sobre la vida, honra y bienes de los ciudadanos de Mapiripán, el conocimiento del asunto corresponde a la jurisdicción ordinaria aquí representada por la Fiscalía de la Unidad de Derechos Humanos colisionada, en tanto aquellos se apartaron diametralmente del cumplimiento de las funciones constitucionalmente asignadas a la Fuerza Pública y estas circunstancias descartan de plano la valía del fuero penal militar, por lo cual en ningún caso deben ser juzgados por la justicia penal militar; se enviará en consecuencia el expediente a la citada Unidad de Fiscalía para lo de su cargo.

...los hechos objeto de investigación no guardan relación alguna con el servicio, circunstancia que coincidentalmente también deja sin efectos el fuero penal militar, pues conforme al citado artículo 221 de la Carta el mismo sólo cobija a los uniformados que se juzguen por hechos acaecidos en relación con el servicio,

por lo cual tanto el General como el hoy Coronel de que aquí se habla deben ser definitivamente juzgados por la justicia ordinaria, regla general de competencia.

Con base en lo anterior, la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación a través de resolución de 28 de junio de 2002², invalidó todas las determinaciones adoptadas por la jurisdicción castrense, incluyendo la sentencia que por el delito de prevaricato por omisión se había proferido el 12 de febrero de 2001 contra los dos oficiales, la absolución por el punible de falsedad ideológica en documento público y la cesación de procedimiento por los ilícitos de homicidio, secuestro, terrorismo y concierto para delinquir³.

Posteriormente, clausuró la investigación penal y mediante proveído de 10 de marzo de 2003 emitió resolución de acusación en contra del Brigadier General JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI RAMÍREZ, en calidad de autor, por omisión impropia, de los punibles de homicidio agravado y secuestro agravado, así como determinador del delito de falsedad ideológica en documento público. En relación con este último ilícito fue llamado a responder Hernán Orozco Castro como autor.

También profirió preclusión de la investigación, respecto del primero de los citados, por los ilícitos de concierto para delinquir agravado y terrorismo, y en relación con el segundo, por los de terrorismo, homicidio,

² Folios 172 y siguientes del C.O 59.

³ Folio 146 y siguientes cuaderno 55-A y 55-B.

secuestro y concierto para delinquir, estos tres últimos agravados.

Pero ante el recurso de apelación elevado por el defensor del procesado USCÁTEGUI RAMÍREZ, el apoderado de la parte civil y el representante del Ministerio Público, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, mediante decisión de 30 de julio de 2003 confirmó la acusación, al tiempo que revocó la preclusión que favorecía a Hernán Orozco Castro, para en su lugar, llamarlo a responder como autor, por omisión impropia, de los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo, en concurso heterogéneo con los delitos de secuestro agravado. Tal providencia fue notificada el 11 de agosto de la anualidad en cita.

La etapa de juzgamiento la adelantó el Juzgado Noveno Penal del Circuito Especializado de Bogotá, despacho que, surtido el acto público de juzgamiento, mediante sentencia de 28 de noviembre de 2007, en aplicación del principio de resolución de duda, absolvió a USCÁTEGUI RAMÍREZ de los delitos de homicidio agravado y secuestro agravado, pero lo condenó como autor del ilícito de falsedad material de servidor oficial en documento público, imponiéndole la pena principal de cuarenta y un (41) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

Respecto de Hernán Orozco Castro, lo condenó como autor, por omisión impropia, del concurso homogéneo y heterogéneo de los punibles de homicidio agravado y secuestro agravado, y autor del citado delito de falsedad documental, fijándole las penas de cuarenta (40) años de prisión y multa de diez millones de pesos (\$10.000.000,00).

El defensor de Orozco Castro y los Delegados de la Fiscalía General de la Nación y el Ministerio Público, interpusieron recurso de apelación, el cual fue resuelto por el Tribunal Superior de Bogotá a través de sentencia de 23 de noviembre de 2009, revocando la absolución de USCÁTEGUI RAMÍREZ, para condenarlo como coautor de los punibles de homicidio agravado en concurso homogéneo sucesivo, en concurso heterogéneo con los de secuestro agravado y falsedad material de funcionario oficial en documento público, a las penas de cuarenta (40) años de prisión y multa de diez millones de pesos (\$10.000.000,00), así como a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de diez años, librando en su contra la respectiva orden de captura.

Ante la declaración de prescripción de la acción penal derivada del delito de falsedad material de servidor público en documento público adoptada por la Corte, cuando admitió algunos cargos de la demanda, se redosificaron las penas de prisión al fijarlas, respecto de USCÁTEGUI RAMÍREZ, en treinta y siete (37) años, y para Orozco Castro en treinta y ocho (38) años y ocho (8) meses.

DEMANDA

Primer cargo: Nulidad.

El defensor denuncia la pretermisión del debido proceso ante la falta de individualización de los delitos por los que se profirió condena.

Señala que el Tribunal en la sentencia mencionó de forma abstracta y plural los comportamientos, desconociendo el deber de establecer cuántos y contra quiénes se cometieron los ilícitos de homicidio y secuestro imputados.

Explica que no se relacionaron los nombres de las víctimas fatales, ni se precisó cuáles lograron ser identificadas, tampoco se detallaron las condiciones de lugar, tiempo y modo en las que fueron ultimadas y si fueron incluidas tres personas que arribaron al pueblo en una avioneta o las de un corregimiento denominado La Cooperativa, falencia latente incluso desde la resolución de acusación.

Resalta que por imprecisión en torno al número total de víctimas, sólo se sabe que es una cantidad plural, sin determinar así por cuantos homicidios y secuestros debe responder el procesado.

La trascendencia de lo que denuncia la ubica en los problemas que pueden generarse en el futuro relativos a los perjuicios, lo cual redundaría en la afectación del principio

non bis in ídem, pues habría lugar a la iniciación de procesos por responsabilidad civil extracontractual ante Tribunales Contencioso Administrativos o Cortes Internacionales.

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

El libelista pone de presente que su asistido fue acusado en calidad de garante (por omisión), de los delitos de homicidio y secuestro agravados pero condenado finalmente como coautor (por acción).

Bajo esa premisa, asegura que el Tribunal modificó la imputación fáctica sobre la cual se basó la resolución de acusación al estimar que su defendido se alió con los miembros de las Autodefensas para cometer los aludidos punibles, en clara vulneración al derecho de defensa, en cuanto se le sorprendió con una imputación fáctica y jurídica sustancialmente distinta.

Tras cita doctrinal y jurisprudencial, explica que en la resolución de acusación se dijo expresamente que el reproche penal se le hacía por no haber actuado en defensa de los pobladores de Mapiripán, estando en el deber jurídico de hacerlo, toda vez que tenía el mando operacional sobre el Batallón «*Joaquín París*» y, por contera, la posición de garante sobre esa localidad.

Agrega que no existe elemento de juicio para derivar un acuerdo criminal entre el acusado con los miembros de las AUC, encaminado a irrumpir de forma violenta en la población, asesinar y secuestrar a sus habitantes, pues la propia preclusión de la investigación por el ilícito de concierto para delinquir, descarta su coautoría, aspecto este que pasó por alto el juez plural, trasmutando de un delito de omisión a uno de acción y concluir que el comportamiento fue premeditado, consciente y dirigido a lesionar bienes jurídicos.

Tercer cargo: Violación indirecta de la ley sustancial.

Pregona un error de hecho por falsos juicios de existencia, que condujo a la indebida aplicación de las normas relacionadas con los delitos de homicidio y secuestro, con la consecuente exclusión evidente de artículo 2° del anterior Código Penal (Decreto-Ley 100 de 1980).

Para el demandante, el Tribunal concluyó equivocadamente que el General USCÁTEGUI RAMÍREZ, como Jefe de la Séptima Brigada, tenía el mando operacional sobre la Brigada Móvil N° 2 y el Batallón «*Joaquín París*», tomando como soporte probatorio el oficio 4222 a través del cual la Séptima Brigada requirió al Comandante del citado batallón, Hernán Orozco Castro, la verificación del “*juicio guerrillero*” hecho días antes al juez municipal, sin tener en cuenta que ese documento no fue suscrito por USCÁTEGUI RAMÍREZ, pues se produjo por

disposición del Presidente de la República, sólo que por la cadena de mando, llegó a la Séptima Brigada para darle el trámite correspondiente.

Considera que la razón del citado oficio no es la dependencia jerárquica del batallón a la Brigada Séptima, sino el cumplimiento de una orden presidencial que correspondió ejecutar a esta última, motivo por el cual, se incurrió incluso en un falso juicio de identidad por tergiversación probatoria, toda vez que no es indicativo de mando operacional.

En criterio del defensor, este yerro fáctico fue resultado también de falsos juicios de existencia al no valorar otras pruebas con las cuales el Tribunal jamás hubiera concluido el mando operacional del General USCÁTEGUI, como los testimonios de peritos militares y altos oficiales, cuando refieren que las brigadas militares son independientes entre sí.

Bajo esa óptica, alude a los testimonios del Comandante del Ejército Jorge Enrique Mora Rangel y del Coronel César Gonzalo Mikán Forero, cuando este último precisó que el Batallón «*Joaquín París*» dependía administrativamente de la Séptima Brigada, pero operacionalmente de la Brigada Móvil N° 2, apreciación en la que coincide con el Coronel Alfredo Bocanegra.

En el mismo sentido, postula un falso juicio de identidad respecto del testimonio del General Ardila, pues

es contrario a la verdad que haya afirmado que la Brigada Móvil N° 2 dependía de la Séptima Brigada.

Que también fue desconocido el testimonio del perito militar Alfredo Bocanegra Navia, quien en su condición de Director de la Escuela Superior de Guerra, aclaró cómo el mando operacional del Batallón «*Joaquín París*», estaba a cargo de la Brigada Móvil N° 2, mientras que el manejo administrativo radicaba en cabeza de la Séptima Brigada.

Con base en lo anterior, sostiene que respetando la imputación contenida en la resolución de acusación, la conducta omisiva atribuida a su asistido resultaría atípica al no podersele reputar su posición de garante frente a los habitantes de Mapiripán, en razón a que él no tenía el mando operacional sobre la Brigada Móvil N° 2, ni sobre el Batallón «*Joaquín París*», recayendo la responsabilidad de la masacre en quienes estaban al mando de éstas dos unidades militares, según lo reconoció la propia Corte Suprema de Justicia al resolver el recurso de casación en el caso adelantado en contra del Teniente Coronel Lino Sánchez Prado.

Explica así que el compromiso penal ha de ser atribuido al Mayor Hernán Orozco Castro, Comandante encargado del citado batallón, quien expidió el oficio 2919 y lo remitió al General USCÁTEGUI, pues *«no podía dejar evidencia de que se lo había remitido a su comandante operacional en la Brigada Móvil Dos, porque ello señalaría a este último como responsable, por tal motivo se lo remite a quien sabía no podría actuar*

y así no sólo se blindaría él, sino que blindaría a sus compañeros de delito».

De esta manera, tras abordar la figura de la posición de garante y del delito de omisión, en orden a afirmar que el deber sólo existe para quien tenga a su cargo la protección de un bien jurídico o siendo garante, se le haya encomendado la vigilancia de una fuente de riesgo, asegura que aquí ese deber no se extiende de por sí a todos los comandantes de brigada y batallones cercanos territorialmente a Mapiripán, pues había una competencia territorial y funcional preestablecida, la cual fijaba con claridad la responsabilidad de la Brigada Móvil N° 2, del Batallón «*Joaquín París*» y de la Brigada Séptima, siendo claro que el municipio afectado había sido excluido del poder territorial de esta última unidad militar desde antes de ocurrir los hechos, por orden del comandante de la Cuarta División.

Explica la diferencia entre mando operacional y jefatura administrativa, para precisar que era sólo esta última la que ejercía sobre el batallón el General USCÁTEGUI para la época de los sucesos, como lo aclaró el General Bocanegra en su testimonio.

Para el impugnante, la omisión probatoria es trascendental, pues de haber sido considerada por el Tribunal, muy seguramente el fallo habría sido absolutorio acogiendo la doctrina militar, de la cual se desprenden los deberes y responsabilidades de los miembros de la fuerzas

armadas, pues por el simple hecho de pertenecer a la institución, no deben salir en todo momento a conjurar situaciones de alteración del orden público *«en tanto que su ámbito comportamental está definido en gran medida por esos institutos»*.

Y que: *«aún en la lógica de la segunda instancia, si hubiera sido la intención desbordada de Uscátegui Ramírez, asistir a la escena de los hechos para influenciar positivamente la acción y evitar la consumación de los cruentos hechos para (sic), ni aún bajo su propia determinación le era posible desarrollar tal salvamento, so pena inclusive de ocasionar una confrontación entre las mismas tropas del ejército, las de Orozco, que ejercían control operacional en la zona, y las suyas que entrarían como extraños a territorio ajeno»*.

En la misma línea de pensamiento, agrega que el Tribunal también pasó por alto la declaración que ante la Procuraduría General de la Nación rindió el 5 de octubre de 2000 el General ® Agustín Ardila Uribe, Comandante de la Cuarta División para el año 1997, de la cual dependían el Batallón *«Joaquín París»*, la Brigada Móvil N° 2 y la Séptima Brigada, cuando expuso cómo con la llegada a San José del Guaviare de la Brigada Móvil N° 2, el mando operacional sobre el batallón pasó a ésta, mientras que el manejo administrativo del mismo lo mantuvo la Séptima Brigada, es decir, se encargaba de asuntos administrativos, disciplinarios y del manejo de personal; además, para julio de 1997 el municipio de Mapiripán pertenecía a la jurisdicción del citado batallón y a la Policía Nacional del Guaviare.

Que igualmente fue desdeñado el testimonio del Mayor General Carlos Alberto Ospina, rendido ante la Procuraduría, en el que reitera lo dicho por el anterior testigo, así como la declaración certificada del General Jorge Enrique Mora Rangel; las manifestaciones de Teniente Coronel Luis Fernando Saavedra Bautista, Comandante de Policía del Guaviare; Mayor Arbey García Narváez; Teniente Coronel Carlos Ávila Beltrán; Mayor Hernán Orozco Castro; Teniente José Luis Calderón Londoño; Sargento Jesús Alberto Ramírez Machado; Coronel Gustavo Sánchez Gutiérrez; Coronel Luis Felipe Molano Díaz; Coronel César Gonzalo Mikán Forero, Jefe del Estado Mayor de la Séptima Brigada; Coronel Hugo Bahamón Dussan, Comandante de la Escuela de Fuerzas Especiales en 1997; General Harold Bedoya, Comandante de las Fuerzas Militares para el año 1997, quienes coinciden en señalar que el mando operacional del batallón para el mes de julio de 1997 lo tenía la Brigada Móvil N° 2, mas no la Brigada Séptima al mando de USCÁTEGUI RAMÍREZ.

Para ratificar lo anterior destaca pruebas documentales, como el oficio 1552 DIV04G3-375 de abril 23 de 1996, los boletines diarios de la «Operación Conquista» de 29 y 30 agosto, y 23 de octubre de 1996, las disposiciones 001 y 002 de 9 de julio y 5 de octubre del mismo año del Comando de la Brigada Séptima, así como las órdenes de operación de la Brigada Móvil N° 2 de 6 de julio, 21 de julio, 5, 20, 21 y 22 de agosto de 1997, la orden semanal del Comando de la Cuarta División, los radiogramas de 25 de mayo, 18, 20, 21, 26 de julio, 4, 20,

21, 27 y 28 de agosto de 1997 de la Brigada Móvil N° 2; los boletines diarios de la «Operación Conquista»; un video del 21 de julio de 1997 que documenta lo sucedido en Mapiripán y la presencia de los oficiales que arribaron al lugar en compañía de quince soldados, entre quienes no se encontraba USCÁTEGUI RAMÍREZ, pues no era su jurisdicción territorial.

Con esa perspectiva, asevera que el desconocimiento judicial de los citados medios de convicción conllevó la indebida aplicación de las normas que tipifican los delitos de homicidio y secuestro agravados, al atribuírselos a su asistido equivocadamente por unos hechos sobre los cuales no tenía algún control o mando que le permitiera haber interrumpido la acción desplegada por los paramilitares.

Paralelamente, estima que como los hechos datan de 1997, bajo el Código Penal de 1980, en ese estatuto no se desarrollaban las categorías de omisión impropia y la teoría de la posición de garante, las cuales incluso no se configuran en el actuar de su defendido en razón a que no fue quien incrementó el riesgo permitido.

En suma, luego de insistir en que la conducta ha de ser atribuible a Hernán Orozco Castro, quien sí tenía la posición de garante, pues USCÁTEGUI no poseía capacidad de evitar el resultado, máxime que ni siquiera se le demostró el dolo, pide a la Sala casar el fallo y emitir decisión de reemplazo de carácter absolutorio en favor de su asistido.

ALEGACIONES DE LOS NO RECURRENTE

1. Fiscalía General de la Nación

1.1. Para el representante del ente acusador la censura por nulidad no tiene vocación de prosperidad toda vez que no se vislumbran irregularidades de carácter sustancial capaces de derribar la estructura procesal, contrariamente, los medios de convicción develan con contundencia la responsabilidad del General USCÁTEGUI en los hechos investigados.

Así, en relación con el cargo por falta de individualización de las conductas sobre las cuales versa la sentencia, no encuentra vaguedad alguna, pues la imputación se mantuvo desde el principio como delitos de homicidio agravado y secuestro agravado bajo la misma adecuación típica.

Que si se trata de la indeterminación del número de víctimas, se han identificado quince occisos y durante el proceso se habló de por lo menos treinta personas que fueron llevadas al matadero municipal y luego de ser sacrificadas y desmembradas, sus cuerpos fueron arrojados al río Guaviare, quedando claro que los delitos se cometieron contra un conglomerado social, sin que la falta de precisión sea una circunstancia capaz de resquebrajar el debido proceso por falta de motivación de la sentencia de segunda instancia.

1.2. Concerniente al cambio en la forma de participación, *de coautor mediato a inmediato*, sostiene que no ofrece variaciones diametrales al mantenerse la calificación jurídica de los delitos y proceder por los mismos hechos tipificados adecuadamente.

Refuta la denuncia de la falta de congruencia en torno a la forma de intervención en el hecho, pues la responsabilidad de USCÁTEGUI RAMÍREZ se develó no solo por la jurisdicción administrativa y territorial que ostentaba como Comandante de la Séptima Brigada, sino por la falsificación del oficio 2919 en la que concurrieron ambos procesados para justificar su omisión, dejando la suerte de los pobladores de Mapiripán en manos de las AUC.

En ese sentido, califica como acertada la variación en la forma de intervención en el delito, la cual estuvo apoyada en jurisprudencia para reafirmar la coautoría de los miembros del Ejército en la masacre tantas veces mencionada, al punto que sin la colaboración de ellos, los paramilitares no hubieran podido ejecutar la ofensiva en esa localidad, lo cual constituye una verdadera acción, en razón a que el procesado sabía desde el 15 de julio de 1997 de la presencia de los sujetos armados allí y no hizo nada para evitarlo.

Resalta cómo la Corte Suprema de Justicia al conocer en casación de la sentencia que por los mismos hechos se profirió contra el Teniente Coronel Lino Hernando Sánchez

Prado, endilgó responsabilidad bajo idéntica modalidad delictiva, es decir, coautoría por acción, estando en una situación similar USCÁTEGUI RAMÍREZ, pues permitió el paso de los paramilitares por la vía de acceso a la población que pretendían atacar, omitiendo su deber de contrarrestar tal acción.

1.3. En lo que atañe a la violación indirecta de la ley sustancial por yerros fácticos, asegura el Delegado del ente acusador que todo el material probatorio fue legal, regular y oportunamente incorporado, su valoración se hizo en forma adecuada, sin afán del Tribunal por arribar a una injusta condena.

Añade que la declaración del Coronel Bocanegra Navia no tiene la virtualidad de derruir los demás medios probatorios y excluir la responsabilidad de USCÁTEGUI RAMÍREZ, pues si bien no es mencionado en la providencia de segunda instancia, como el deponente habla de una mera dependencia logística y administrativa del Batallón «*Joaquín París*» respecto de la Brigada Séptima, de todas formas había una subordinación y mediaba el compromiso de estos dos órganos y de la Brigada Móvil N° 2, de contrarrestar las alteraciones del orden público, que eran ampliamente conocidas por los miembros del Ejército que operaban en esa zona.

No comparte lo esgrimido por el libelista cuando afirma que al haberse precluido la investigación por el delito de concierto para delinquir, se descarta el acuerdo de

voluntades propio de la coautoría, pues aquél punible implica la transgresión al bien jurídico de la seguridad pública y está dirigido a la planeación de cualquier clase de ilícitos, mientras que la coautoría apunta a un fin específico y se sanciona un comportamiento concreto, tal como ocurrió en este caso al ser condenado el inculpatado por conductas delictivas particulares y plenamente individualizadas, sin que el hecho de haber sido desligado del punible de concierto para delinquir conduzca a su inocencia en la masacre en estudio.

Por lo tanto, pide a la Corte no casar la sentencia.

2. Apoderado de la parte civil

2.1. Asegura que USCÁTEGUI RAMÍREZ conocía a cabalidad lo que iba a suceder, prueba de ello es la orden que impartió el 17 de julio de 1997, de movilizar la tropa del Batallón «*Joaquín París*» hacia el municipio de Calamar para atender una supuesta toma guerrillera que nunca fue confirmada, no obstante que desde dos días atrás (15 de julio), había sido informado de la presencia de las AUC en Mapiripán.

Señala que ese batallón dependía de la Brigada Séptima, comandada por el General USCÁTEGUI, quien además de la orden anteriormente indicada, días antes de la masacre también había dispuesto la movilización de sus tropas a los municipios de El Retorno y Puerto Concordia,

quedando desprotegidas las comunidades de San José del Guaviare y Mapiripán.

2.2. En cuanto a la falta de congruencia entre la acusación y la sentencia denunciada por el casacionista, asegura que no puede prosperar ese reparo en cuanto se respetó la imputación fáctica y el inculcado fue condenado por ella, al punto que los oficios 2919, 4222 y el informe que él remitió a la Procuraduría, son demostrativos de ese conocimiento de lo que estaba aconteciendo en Mapiripán.

En criterio del representante de las víctimas, las razones por las cuales se varió la atribución de responsabilidad, de omisión a acción por coautoría, obedecen a que el Tribunal encontró prueba de la participación directa de USCÁTEGUI RAMÍREZ en los hechos y el no valorar algunos medios de convicción, no conlleva a que se hayan desconocido.

Resalta cómo el procesado en su primera indagatoria aceptó el mando administrativo, operativo y funcional sobre el Batallón «*Joaquín París*», pero luego cambió la versión para salvar su responsabilidad indicando que la Brigada Séptima no tenía jurisdicción territorial sobre Mapiripán, cuando la disposición 002 del 5 de octubre de 1996 muestra lo contrario, y la orden de operaciones «Libertad» No. 005 de 1996, indica que esa Brigada estaba a cargo de la «Operación Conquista», en virtud de la cual se

movilizaron las tropas a varios municipios distintos de aquél en el que se llevó a cabo la masacre.

Para soportar la anterior afirmación, cita además los testimonios de los Generales Mora Rangel, Ospina Ovalle, Franco Alonso Eduardo, del Coronel Rodríguez Portela y del Teniente Coronel Lino Sánchez, coincidentes en señalar que la Séptima Brigada tenía a su cargo el Batallón «*Joaquín París*» y por lo tanto, al pueblo de Mapiripán, lo que, en su parecer, conduce a mantener la decisión de segunda instancia.

De otra parte, anexa la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 15 de septiembre de 2005, en la que se condena al Estado Colombiano por la referida masacre, así como el fallo disciplinario proferido por la Procuraduría General de la Nación, a través del cual se separa definitivamente a USCÁTEGUI RAMÍREZ de las fuerzas militares, por hechos similares ocurridos en San Carlos de Guaroa, en los que resultaron muertos once miembros de una comisión judicial.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

Frente a las censuras admitidas el Procurador Delegado para la Casación Penal eleva a la Corporación las siguientes solicitudes: *(i)* casar la sentencia y dejar en firme la absolución proferida en la sentencia de primera instancia; *(ii)* Concretar en el fallo las víctimas de los delitos de homicidio y secuestro teniendo en cuenta que fueron

nueve muertos y cinco personas retenidas, consecuentemente, redosificar la pena; (iii) Decretar la nulidad parcial de la sentencia impugnada por indeterminación del objeto material de los hechos delictivos y compulsar copias con el fin de que se establezca la identificación de las víctimas. Finalmente y de manera subsidiaria (iv) pide que de mantenerse la sentencia de condena, se aclare que la imputación es a título de autor por omisión impropia.

1. En cuanto al cargo por nulidad ante falta de individualización de los delitos por los que se profiere condena, luego de citar apartes de la resolución de acusación y de las sentencias de primera y segunda instancia, destaca que el Tribunal no se ocupó de individualizar a las víctimas, sino que se remitió a las consideraciones hechas por el *a quo*.

Y que si bien no se estableció con precisión el número de las víctimas, de todas formas esa situación puede remediarse a través de la invalidación parcial de la sentencia y de las que aún no han sido individualizadas, compulsar las copias necesarias para lograr tal fin.

Sostiene que siguiendo el pliego acusatorio, en el decurso procesal se logró la plena individualización de nueve personas ultimadas y de cinco secuestradas, lo cual debió verse reflejado en la sentencia en orden a respetar las garantías fundamentales del procesado y modificar la

tasación punitiva hecha, para la cual se tomó el supuesto de que el número de muertos oscilaba entre 26 y 27.

2. En relación con el cargo por falta de consonancia entre la resolución de acusación y la sentencia, por el grado de atribución, afirma que de acuerdo con el pliego acusatorio, al procesado le fue endilgada la posición de garante frente a los pobladores de Mapiripán, teniendo conocimiento acerca de la fuente de riesgo existente sobre el municipio, al no realizar acción alguna para evitar la violación de garantías fundamentales de sus habitantes, por manera que se le atribuyó la autoría del hecho por omisión impropia.

Explica que tal omisión surgió de su condición de Comandante de la Séptima Brigada del Ejército Nacional al no realizar alguna conducta positiva para auxiliar a los pobladores de Mapiripán frente al ataque de que eran víctimas por parte de un grupo de paramilitares.

Y que ese marco fáctico de la acusación fue respetado por el Tribunal, sólo que hubo una variación en torno a la modalidad de participación al atribuirle la coautoría impropia por omisión, dada la conspiración existente entre los grupos de autodefensa y los miembros del Ejército Nacional.

Acepta el Delegado de la Procuraduría que la denominación jurídica frente a la forma de participación contenida en el calificadorio no concuerda con la esgrimida

en la sentencia de segunda instancia, muy seguramente porque, en su parecer, el Tribunal adoptó como guía la sentencia proferida en el radicado 25889 del 26 de abril de 2007 de la Corte, en la que se condenó al Teniente Coronel Lino Hernando Sánchez por los mismos hechos de Mapiripán, en la cual se concluyó que los militares involucrados actuaron en connivencia con los miembros de las AUC con clara división de trabajo acordada desde la ideación del plan criminal, pero desdeñando que se trata de supuestos fácticos diferentes de los aquí investigados.

Distingue así la situación de los militares que conscientemente permitieron la llegada de las AUC al municipio de Mapiripán, como fue el caso del Teniente Coronel Lino Sánchez, de la de aquellos miembros del Ejército que se enteraron de la presencia de los armados al margen de la ley en el pueblo y omitieron ejercer sus deberes constitucionales en orden a evitar que esa situación se prolongara.

Y que como a USCÁTEGUI nunca se le imputó haberse aliado con los paramilitares, mal podría concluirse, como lo hizo el Tribunal, que su omisión comportó la realización de una verdadera acción, en tanto que esa conducta de dejar pasar fue su colaboración dentro de la ejecución del plan criminal.

Sin embargo, concluye que pese al error del *Ad quem*, no se incurrió en una modificación del núcleo fáctico de la acusación, motivo por el cual tampoco se desconoció el

principio de congruencia que conlleve a la declaratoria de nulidad o a que la Corte deba dictar fallo de reemplazo de carácter absolutorio.

En su criterio, esa equivocación no resulta trascendente en la medida en que no incide en el monto de la pena, pues el código contempla la misma sanción para el coautor y para el autor por omisión, siendo el remedio de tal yerro el hacer la aclaración correspondiente en el fallo de casación.

3. En cuanto al cargo por violación indirecta de la ley sustancial estima que debe prosperar, toda vez que no se acreditó en concreto la posición de garante del procesado, su responsabilidad se fundó únicamente en el mando que podía ostentar sobre el Batallón «*Joaquín París*», y las pruebas dejadas de apreciar por el Tribunal tienen la capacidad de desvirtuar el fallo condenatorio.

Asegura que al estar Mapiripán ubicado a 530 Km. de la ciudad de Villavicencio, la autoridad militar que tenía jurisdicción sobre el mismo era el Batallón «*Joaquín París*» de San José del Guaviare, al mando del Coronel Carlos Eduardo Ávila Beltrán, el cual estaba adscrito a la Brigada Séptima con sede en Villavicencio al mando del General USCÁTEGUI RAMÍREZ.

Que al mismo tiempo, operaba una tropa denominada Brigada Móvil N° 2, bajo la dirección del Teniente Coronel Lino Sánchez, perteneciente al Comando de Operaciones

Especiales de Contraguerrilla, realizando para la fecha de los hechos labores de entrenamiento en un lugar conocido como El Barrancón, aldeaño a los municipios de Charras y Mapiripán.

Añade que los miembros del Ejército encargados de la vigilancia del aeropuerto no realizaron tarea alguna para revisar a los pasajeros que se movilizaban por el terminal aéreo, en tanto que el Teniente Coronel Lino Hernando Sánchez, en su calidad de Comandante de la Brigada Móvil N° 2, a pesar de contar con la infraestructura necesaria para repeler el ataque, estar cerca del lugar y recibir el llamado de la población, no auxilió a los moradores, sino que se presentó seis días después de iniciado el ataque.

Con base en ello, asegura que la competencia institucional de contrarrestar la acción de los paramilitares, estaba en cabeza del Sargento José Miller Urueña Díaz, Comandante del aeropuerto de San José del Guaviare, quien tenía el deber de resguardar los bienes jurídicos de los pobladores de Mapiripán, evitando el paso de hombres armados hacia esa localidad, sin que para ello debiera contar con la autorización del General USCÁTEGUI.

Así, sería indiferente que el Batallón «*Joaquín París*» perteneciera o no a la Brigada Séptima, pues lo cierto es que el control territorial sobre el pueblo era competencia funcional de los integrantes de dicho batallón y de la Brigada Móvil N° 2. En tal medida, ninguna incidencia en el decurso de los hechos podía tener el General USCÁTEGUI

RAMÍREZ que se encontraba a 530 Km de distancia, dado que los paramilitares y militares que estaban en el lugar, actuaron decididamente para que el plan criminal fuera exitoso, pues se permitió el arribo de los delincuentes al aeropuerto de San José del Guaviare, facilitaron así su desplazamiento por tierra y agua para que permanecieran durante cinco días en el municipio sin control de autoridad alguna para retener y matar a muchos de sus pobladores.

Asegura que la llamada realizada el 15 de julio de 1997 por el Comandante del Batallón «Joaquín París», al General USCÁTEGUI, hacía parte del plan criminal orquestado con el Comandante de la Brigada Móvil N° 2, Teniente Coronel Lino Sánchez, con el único fin de camuflar su actuar ilícito, pues lo cierto es que los miembros de esta última, desde hacía dos meses estaban operando en inmediaciones de San José del Guaviare, en cercanías de Mapiripán y mantenían relaciones muy cercanas con los militantes de las AUC, con quienes desde meses atrás habían planeado el hecho. Prueba de ello es la estrecha relación existente entre Lino Sánchez y alias «René».

Concluye así que: *«la llamada al General Uscátegui y la elaboración del oficio 2919 del 15 de julio de 1997 no son más que eslabones en el criminal designio de los autores de la masacre, comportamiento ejecutado con conocimiento y voluntad para la producción del resultado comúnmente querido, esto es, endosar o trasladar la responsabilidad de sus acciones al comandante de la VII Brigada».*

Critica la decisión del Tribunal por corresponder a una mera responsabilidad objetiva derivada del hecho de que el Batallón «*Joaquín París*» dependía de la Séptima Brigada, sin tener en cuenta que los llamados a repeler el ataque de los paramilitares contra la población civil eran los integrantes de este destacamento y de la Brigada Móvil N° 2 por estar cerca de Mapiripán y tener autonomía para actuar y tomar decisiones tácticas.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Cuestiones preliminares

La Sala debe abordar previamente los asuntos relacionados con la competencia y la vigencia de la acción penal, para luego estudiar los tópicos planteados en las censuras.

1. Jurisdicción ordinaria y competencia de la Corte Suprema de Justicia en sede de casación

Como se plasmó en el acápite de la actuación procesal, las etapas de investigación y juzgamiento fueron adelantadas por un Fiscal de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y por el Juzgado Noveno Penal del Circuito Especializado de Bogotá, en su orden, surtiéndose la segunda instancia ante el Tribunal Superior de esta ciudad.

Ese trámite obedeció al cumplimiento de la sentencia de unificación 1184 de 13 de diciembre de 2001 de la Corte Constitucional al considerar como vía de hecho la decisión adoptada previamente, el 18 de agosto de 1999, por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, cuando resolvió el conflicto de competencia suscitado entre la Fiscalía General de la Nación y el Comandante del Ejército Nacional, asignando el conocimiento del asunto a la justicia castrense.

Ciertamente, la Corte Constitucional al revisar una acción de tutela interpuesta por el apoderado de la parte civil, luego de destacar cuáles delitos cometidos por militares con ocasión del servicio deben ser conocidos por la jurisdicción ordinaria y cuáles por la justicia penal militar, hizo énfasis en que este caso no podía ser calificado como acto relacionado con el servicio, cualquiera fuera la forma de imputación (acción u omisión) y el grado de participación, pues encajaba en los denominados delitos de lesa humanidad o grave violación a los derechos humanos.

Luego de destacar que el fuero militar no es aplicable cuando las conductas: *i)* se producen en una situación que *ab initio* busca fines contrarios a los valores, principios o derechos consagrados en la carta; *ii)* surgen dentro de una operación iniciada legítimamente, pero en su desarrollo se desvía el curso de esa actividad; *iii)* no se impiden graves violaciones a los derechos humanos (miembro de la fuerza pública que tiene el deber de evitar un daño a la población civil, no evita la producción del resultado), concluyó que:

...el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad. **Esta regla tiene como base la idea de que nunca podrán ser considerados como actos relacionados con el servicio aquellas conductas que desconocen abiertamente el principio de dignidad humana y que de manera flagrante aparejan la violación de los derechos constitucionales de los asociados.**

(...)

En una grave violación a los derechos fundamentales, la conducta del garante que interviene activamente en la toma de una población, es similar a la de aquel que no presta la seguridad para que los habitantes queden en una absoluta indefensión. En virtud del principio de igualdad, 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.** Un miembro de la fuerza pública puede ser garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad explicados: creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal. Las fuerzas militares tienen la obligación absoluta de impedir el desconocimiento del derecho internacional humanitario (restricción absoluta aun frente a los estados de excepción según lo dispone el artículo 214 de la Constitución) y los derechos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Colombia, no pueden ser suspendidos durante tales estados. **Permitir que ocurran, sea porque activamente intervienen en ellas o porque omiten el deber estatal de proteger a los asociados en sus derechos, constituye una flagrante violación a la posición de garante de las condiciones mínimas y básicas de la organización social y,**

por lo mismo, nunca podrán considerarse como un acto relacionado con el servicio. En suma, desde el punto de vista estrictamente constitucional, resulta claro que las Fuerzas Militares ocupan una posición de garante para el respeto de los derechos fundamentales de los colombianos. **La existencia de esa posición de garante significa que el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad, o en general por las graves violaciones a los derechos humanos, sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o imprudencia).** Las estructuras internas de la imputación no modifican la naturaleza del delito realizado; estas no cambian porque el interviniente (para el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcance la consumación del hecho. (Resaltado ajeno al texto).

Según el artículo 54 del Reglamento de la Corte Constitucional entonces vigente (Acuerdo 1 de 1996), si a juicio de la Sala Plena, por solicitud de cualquier magistrado, un proceso de tutela da lugar a un fallo de unificación de jurisprudencia o la transcendencia del tema amerita su estudio por todos los magistrados, se dispone que la sentencia correspondiente sea proferida por la Sala Plena.

El valor de la revisión de los fallos de tutela una vez cumplido el procedimiento especial por parte de la Corte Constitucional, como órgano de cierre en ese ámbito, tiene el carácter teleológico de unificar criterios, desarrollar un tema específico o dar claridad a un asunto importante, con lo cual se asegura la efectividad de los derechos, al tiempo

que esa estabilidad genera seguridad jurídica y confianza en el sistema judicial.

Esa Corporación (CC SU 1219 de 2001), ha destacado el efecto de la cosa juzgada constitucional al señalar que una vez ha quedado en firme una sentencia de tutela por decisión judicial de ese Cuerpo, no hay lugar a reabrir el debate sobre lo decidido. Sin embargo, no se puede desconocer que sus efectos son *inter partes*, esto es, sólo obliga en el caso concreto.

Precisamente, en cumplimiento de lo anterior, el Consejo Superior de la Judicatura asignó el conocimiento del asunto a la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación tras, concluir que la imputación hecha al Brigadier General JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI RAMÍREZ y al Mayor Hernán Orozco Castro comportaba la posible comisión por omisión de delitos afrentosos de los derechos humanos, en tanto se apartaron del cumplimiento de las funciones constitucionalmente asignadas a la Fuerza Pública.

Lo anterior, que definió aspectos de jurisdicción y competencia y conllevó a que el asunto fuera adelantado por la justicia ordinaria en dos instancias, se constituye en ley del proceso e impide para este caso específico desatender la actuación penal cumplida en contra del Brigadier General USCÁTEGUI.

Por lo tanto, la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer en sede de casación del recurso interpuesto contra el fallo de condena de segundo grado adoptado el 23 de noviembre de 2009 por el Tribunal Superior de Bogotá.

1.2 Vigencia de la acción penal

Es sabido que la soberanía estatal legitimada por el modelo de Estado, la Constitución y la ley, en aras de proteger bienes jurídicos trascendentales que permiten el desenvolvimiento social, faculta la expedición de leyes penales, la correspondiente prosecución, investigación y sanción de sus infractores, no obstante, esta última manifestación de ese poder no es perenne, porque el paso del tiempo lo limita al punto de que si se cumple el término punitivo máximo fijado legalmente para el delito sin tener de frente al sujeto pasivo de la acción judicial, cesa cualquier posibilidad para su ejercicio al operar la prescripción.

Efectivamente, el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal, según lo normado en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000 (art. 80 del anterior Código Penal), opera durante la etapa instructiva si transcurre un término igual al máximo de la sanción privativa de la libertad establecida en la ley, pero en ningún caso en un lapso inferior a cinco (5) años, ni superior a veinte (20) años.

De la igual manera, conforme con el artículo 86 del mismo ordenamiento (art. 84 del anterior), el término de prescripción se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación y comienza a contarse nuevamente por un tiempo igual a la mitad del establecido para la etapa de instrucción, sin que pueda ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10)⁴.

No obstante, la Sala (CSJ, AP, 21 Oct. 2013, rad. 39611), al interpretar estos preceptos, concluyó que el aumento dispuesto cuando se trata de delitos cometidos por servidores públicos en ejercicio de las funciones, de su cargo o con ocasión de ellos, se ha de aplicar no sólo al mínimo, sino, una vez interrumpido el término de prescripción, también imputarlo al máximo de 10 años referido.

«Cuando el servidor público, en ejercicio de las funciones, de su cargo o con ocasión de ellos, realiza una conducta punible o participa en ésta, la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, aumentada en una tercera parte (o en la mitad, si el delito se cometió luego de la entrada en

⁴ Tal límite de prescripción tiene su excepción en lo normado en el artículo 1° de la Ley 1426 de 2010 al establecer para los delitos graves como genocidio, desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado y homicidio contra miembro de organización sindical, defensor de derechos humanos o periodista, un término de treinta (30) años, así como por el artículo 1° de la Ley 1154 de 2007 al contemplar para los ilícitos sexuales o de incesto cometidos contra menores un lapso de veinte (20) años contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad. Y también cuando se trata de conductas punibles iniciadas o consumadas en el exterior o cuando son cometidas por servidores públicos en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas en virtud del artículo 14 de la Ley 1474 de 2011, eventos en los cuales el tiempo se aumenta en la mitad.

vigencia del artículo 14 de la Ley 1474 de 12 de julio de 2011 –al igual que para los particulares que ejerzan funciones públicas y los agentes retenedores o recaudadores), sin que dicho lapso sea inferior a seis (6) años y ocho (8) meses, ni exceda de veinte (20) años o treinta (30) años, o de veinte (20) años contados a partir de la mayoría de edad de la víctima, según sea el caso (incisos 1º, 2º y 3º del artículo 83 del Código Penal).

Producida la interrupción del término prescriptivo en tales eventos (ya sea por la resolución de acusación en firme o por la formulación de la imputación, dependiendo del sistema procesal), éste correrá de nuevo por un tiempo equivalente a la mitad del anteriormente señalado, sin que el término pueda ser inferior a seis (6) años y ocho (8) meses ni superar trece (13) años y cuatro (4) meses (es decir, los diez -10- años a que alude el inciso 2º del artículo 86 de la Ley 599 de 2000, incrementados en una tercera parte), o menor a siete (7) años y seis (6) meses ni mayor de quince (15) años (en los casos en los cuales ya rija el artículo 14 de la Ley 1474 de 2011).

Lo anterior implica que la prohibición del último inciso del artículo 83 del Código Penal (“cuando se aumente el término de prescripción, no se excederá el límite máximo fijado”) sólo abarca los topes máximos previstos en esa misma norma, esto es, los de veinte (20) años (inciso 1º del artículo 83), treinta (30) años (inciso 2º) y veinte (20) años contados a partir del momento en el cual el sujeto pasivo de la conducta alcanza la mayoría de edad (inciso 3º, adicionado por la Ley 1154 de 2007). Pero no se aplica para el límite superior de diez (10) años previsto en el inciso 2º del artículo 86 de la Ley 599 de 2000.

Inclusive se tuvieron en cuenta las consideraciones cuando fue declarado exequible el artículo 82 del Código Penal anterior (CC C-345 de 1995), acerca de que en los

delitos atribuidos a los servidores públicos se justifica un mayor grado de reproche en la fijación de la pena, que se ha de reflejar en el incremento del lapso prescriptivo, ante las dificultades de orden procesal y con el fin de evitar la impunidad, en palabras de la Corte Constitucional:

El periodo de tiempo dispuesto por la ley para que opere la prescripción depende, como ya se ha dicho, además del hecho punible o de sus efectos sociales, de la intención de no dejar impunes ciertos delitos o de la dificultad probatoria para su demostración. Precisamente, la finalidad de impedir la impunidad de los delitos cometidos por servidores públicos llevó al legislador penal de 1980 a aumentar en una tercera parte el término de la prescripción de las acciones penales respectivas.

En efecto, el Código Penal de 1936, si bien incluía la prescripción del delito como una causal de extinción de la punibilidad, no contemplaba ninguna disposición especial en relación con los servidores públicos. Sólo hasta 1976 se planteó por primera vez la posibilidad de aumentar el término de prescripción cuando el sujeto activo del delito fuera una persona encargada de cumplir una función pública. En esa ocasión, se dijo: ‘Atendiendo a las dificultades de descubrir e investigar los delitos cometidos por los empleados oficiales, quienes en no pocas veces se aprovechan de su posición para obstruir la acción de la justicia, se amplía el término de prescripción para los delitos cometidos por ellos en ejercicio de sus funciones’

Se trata, pues, de una solución práctica ante la dificultad de obtener pruebas de la existencia y autoría del hecho punible, debido a la posición privilegiada del sujeto activo, para quien es relativamente fácil ocultar la ejecución del delito y los elementos que podrían conducir a imputarle la comisión del mismo.

Lo anteriormente expuesto ilustra la relación existente entre la pena y la prescripción: si bien la segunda es directamente proporcional a la primera, en la medida en que una variación en el monto de la pena repercute en la misma proporción en el término de prescripción, la regulación de esta última es independiente de la punibilidad, ya que obedece a otras finalidades.

Así, el criterio de autoridad de la Sala⁵ es que el límite del término de prescripción para el delito en el cual esté involucrado un servidor público, no puede ser superior al máximo de diez (10) años incrementado en una tercera parte (o en la mitad si lo cobija la Ley 1474 de 2011), porque tal adición estuvo ideada inicialmente para contabilizar el término de prescripción de las conductas cometidas por los particulares, de ahí que tal y como el término mínimo de cinco (5) años sufre un incremento, igual ha de suceder con el término máximo de diez (10) años, que para el caso quedarían en trece (13) años, cuatro (4) meses.

En este orden de ideas, que el límite superior a efectos de calcular la prescripción de la acción penal previsto en el inciso 2º del artículo 86 de la Ley 599 de 2000 sea idéntico para el particular responsable del delito y para el servidor público que lo realiza o en él participa, es contrario al fin de “asegurar [...] la vigencia de un orden justo”, propósito esencial del Estado Social de Derecho contemplado en el artículo 2 de la Carta Política, al igual que al deber estatal enunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de “evitar y combatir la impunidad”, concepto jurídico que ha sido definido como la falta en su

⁵ Providencias en igual sentido (CSJ AP 20 mar. 2013, rad. 42630; AP 9 abr. 2014, rad. 41592; AP 30 abr. 2014, rad. 43574).

conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana.

Las anteriores precisiones le permiten a la Corte advertir que como la resolución de acusación fue adoptada en segunda instancia por la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal el 30 de julio de 2003 (cuando revocó la preclusión proferida en primer grado en favor de uno de los procesados), proveído que adquirió firmeza el 11 de agosto de esa anualidad, aún no ha cesado la facultad del Estado en la prosecución penal, en cuanto, no han transcurrido los trece (13) años y cuatro (4) meses establecidos como término máximo de prescripción en la fase de juicio.

Pero, además, no se puede desdeñar que por tratarse de un delito de lesa humanidad, se torna imprescriptible de acuerdo con el artículo primero de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (ONU 1968).

En efecto, como en su momento lo concluyó la Corte Constitucional en la ya sentencia de unificación de tutela referida, los hechos ocurridos en Mapiripán entre el 15 y el 21 de julio de 1997, comportan una grave violación a los derechos humanos.

Desde el punto de vista estrictamente constitucional, resulta claro que las Fuerza Militares ocupan una posición de garante para el respeto de los derechos fundamentales de los colombianos. La existencia de esa posición de garante significa que el título de

imputación se hace por el delito de lesa humanidad, o en general por las graves violaciones a los derechos humanos, sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o imprudencia)

...

“En Mapiripán se violó de manera flagrante el deber de respeto por la dignidad humana, por parte de un grupo que disputa el monopolio del uso de la fuerza en manos del Estado. Es decir, se violaron los principios fundamentales del orden constitucional, cuya preservación estaba encargadas a los investigados. Su posición de garante les exigía intervenir para evitar la ocurrencia de los hechos degradadores de la humanidad y perseguir a los usurpadores del poder estatal.

Esa declaración fue reiterada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en fallo de 15 de septiembre de 2005, caso «Masacre de Mapiripán vs Colombia»:

Caso concreto del Brigadier General Uscátegui y del Teniente Coronel Orozco. Delitos de lesa humanidad e incompetencia de la justicia penal militar”.

23. Los hechos conocidos como la masacre de Mapiripán constituyen uno de los momentos más tristes de la historia colombiana. La situación de terror a la cual fue sometida la población de Mapiripán, los actos atroces de tortura general e individual, degradación de la condición humana y homicidios son conocidos por la opinión pública. En los antecedentes de esta sentencia se ha transcrito un aparte de una resolución judicial que da cuenta, en forma sintética –mas no por ello carente de suficiente capacidad descriptiva-, de las conductas realizadas en

dicha zona del país, calificadas como actos totalmente ajenos a cualquier sentimiento mínimo de humanidad».

En casos similares calificados como de lesa humanidad, la Corte Suprema de Justicia ha enfatizado su carácter imprescriptible: (CSJ SP 22 nov. 2010, rad. 30380), caso «Masacre de Trujillo», ocurrida en el año 1990:

..retomando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶ en cuanto a que la prescripción de la acción penal no puede operar válidamente para generar impunidad en los delitos de lesa humanidad, además de que dar validez a las normas internas sobre prescripción en estos casos comporta una violación de la obligación del Estado, se impone declarar que respecto de los hechos definidos en esta actuación, por corresponder a crímenes de lesa humanidad, no opera a favor de los autores o partícipes el fenómeno de la prescripción, pues se trata de comportamientos imprescriptibles.

También en decisión (CSJ AP 23 may. 2012, rad. 34180), aunque se negó la calificación del hecho como delito de lesa humanidad, en orden a que la acción penal enervada por ese comportamiento se tornara imprescriptible, se reafirmó tal característica cuando se trata de esa clase de conductas, al interpretar la Sala las decisiones de la Corte Constitucional sobre el tema:

Otra consecuencia jurídica que recae sobre los crímenes de lesa humanidad, es el hecho de que su enjuiciamiento y castigo está librado de los marcos temporales a los cuales se someten los

⁶ Fallo del 15 de septiembre de 2005. Caso Masacre de Mapiripán versus Colombia.

*delitos ordinarios, conforme lo prevé la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad⁷, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 2391 del 26 de noviembre de 1968, vigente desde el 11 de noviembre de 1970, y lo ratifica el artículo 29 del Estatuto de la Corte Penal Internacional al señalar que los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán, es decir, **los de lesa humanidad**, el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la paz, con las precisiones que en su momento consignó la Corte Constitucional, de la forma como sigue: (cita textual de apartes de la sentencia C-578 de 2002)*

(...)

Es decir, sólo de los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional, se predica, sin limitaciones de ninguna índole, la imprescriptibilidad de la acción o de la pena, cualquiera sea la época en que hayan ocurrido, lo cual implica, necesariamente, identificar si la conducta en cuestión corresponde típicamente, según el derecho internacional, al delito de genocidio, a un crimen de guerra, a un delito de lesa humanidad, o a un crimen de agresión.” (Resalta la Sala).

A su turno, por los hechos conocidos como la «Masacre de Segovia», de 1988, (CSJ SP 15 may. 2013, rad. 33118), la Sala dio continuidad a la acción penal, ratificando la

⁷ Como antecedente histórico de este instrumento se tiene el hecho de que pasados más de 20 años después de la Segunda Guerra Mundial, varios de los sistemas judiciales de los países que investigaban a los criminales nazis, enfrentaban la posibilidad de la impunidad por el inminente vencimiento de los términos de prescripción. La Convención de Nueva York de 1968, tuvo entonces origen en la solicitud presentada a nombre del gobierno polaco, con la cual se advirtió que la legislación penal alemana, bajo la cual se adelantaban numerosos procesos, corría el peligro de dejar en la total inmunidad a varios autores contra los cuales ni siquiera se había iniciado proceso.

decisión adoptada en la audiencia preparatoria, acerca de que esos sucesos correspondían a un delito de lesa humanidad y por tanto no podía alegarse su prescripción,

...(pues), se enmarcan dentro del contexto de un crimen contra la humanidad que se ha categorizado como Genocidio, como una especie del género de los crímenes de Lesa Humanidad, razón por la cual, la acción penal es imprescriptible aunque la eventual pena que se pueda imponer corresponderá estrictamente al marco legal vigente interno para la fecha de ocurrencia de los hechos, esto es, a los tipos penales correspondientes a los delitos que se acaban de enunciar.

En estas condiciones 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.

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 (hochspersonlyche rechsguter 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 SINAI 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 Campesinas 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 arrebatamiento, 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 occisión 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 Arévalo⁸. La misma suerte corrió un joven oriundo de Caño Jabón de apellido Carvajal quien fue ultimado por no portar sus documentos.⁹ Se conoció, así mismo, del homicidio de un muchacho de raza negra originario del departamento del Valle.¹⁰

⁸ 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.

⁹ 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)

¹⁰ A folio 29 obra declaración de un testigo bajo reserva que así lo narra.

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 fuera.¹¹ Esta persona, según el dicho de José Eliberto Rendón, empleado del juzgado del municipio, era conocido como “Pacho”.¹²

Según declaración de Nolberto Cortés Pineda¹³, 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).¹⁴

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

¹¹ Ver folio 33 del C.O 1.

¹² Ver folio 51 ídem.

¹³ Ver folio 154 ibídem.

¹⁴ Ver folio 189 ídem.

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 Pinzón.¹⁵

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 1997¹⁶, 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

¹⁵ Ver declaraciones obrantes a folio 263 y siguientes del C.O 3 y 114 del C.O. 5

¹⁶ Folio 58 C.O 16.

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 auxilio.¹⁷

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:

¹⁷ 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.

«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 determinador 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 3° 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 1° 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.”¹⁸

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

¹⁸ Ver folios 184 y 185 del C.O. 80.

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 Bogotá¹⁹, profirió el 18 de julio de 2003 contra Carlos Castaño Gil, Julio Enrique Flórez, Juan Carlos Gamarra, José Miller Urueña 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

¹⁹ Ver fallo obrante a folio 287 del C.O 70 A.

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 Bogotá²⁰, 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.

²⁰ Ver fallo obrante a folio 216 del C.O 79.

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 (*Garantenstellung*), 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.

3º 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 impedidas”²¹

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 10° 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.*

²¹ LASCURAÍN SÁCHEZ Juan Antonio “PENAR POR OMITIR” Fundamento de los deberes de garantía. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez-Universidad Santo Tomás Bogotá 2005. pag. 146 y 147.

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 sexuales²².

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

22 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.

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 codelincuencia 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 determinador y se condenó como autor, la Sala (CSJ SP 1° Ago. 2002, rad. 11780) indicó:

La desarmonía jurídica es aparente, pues si los determinadores concurren 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 inculcado 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.

Roxin²³ 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

²³ ROXIN, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal. Editorial Marcial Pons. Madrid 2000. Séptima edición. Pág. 508.

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, USCATEGUI 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—,²⁴ 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.

²⁴ 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.

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 Sánchez²⁵, 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 anotado.²⁶

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 1997²⁷, suscrito por el Oficial B3 de la Séptima Brigada, Luis Felipe Molano Díaz.

²⁵ Declaración del Teniente Coronel Lino Sánchez rendida el 3 de abril de 1999 obrante a folio 77 del C. N° 41.

²⁶ Ver documentos obrantes a folios 91 y siguientes del C.O 19.

²⁷ 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*

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

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.

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 barrancón 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 inmediato 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 CPA...»

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 USCATEGUI 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”²⁸

- El testimonio de Luis Felipe Molano Díaz²⁹, 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 Uribe³⁰, 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

²⁸ Folio 305 del C.O 23 A.

²⁹ Folio 5 y siguientes del cuaderno 2 de audiencia pública.

³⁰ Declaración rendida en audiencia pública, obrante a folio 59 y siguientes del cuaderno 2.

audiencia pública, concluyó que el batallón estaba bajo el mando operacional de la Brigada Móvil N° 2,³¹ 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 aquélla, dado que era necesario que tomara la dirección de las unidades que pudieran afectar el desarrollo de las operaciones para las cuales fue creada³².

- 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

³¹ Ibíd., folio 110.

³² Ver declaración obrante a folios 149 y siguientes del cuaderno de audiencia pública N. 2

perdió vigencia³³, 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,³⁴ 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 superior³⁵.

- 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*»³⁶, de 23 de abril de 1996, del Comandante de la Cuarta División, Brigadier General Alonso Arteaga, desplegado para contrarrestar la

³³ Folio 85 C.O 3 de audiencia pública.

³⁴ *Ibíd.* 207.

³⁵ Folio 243 C.O 3 de audiencia pública.

³⁶ Folio 133 del C.O.48

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 6°, describe las misiones de la Brigada Séptima, entre ellas coloca bajo el mando operacional de la Brigada Móvil N° 2, al Batallón «Joaquín París» 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 inteligencia³⁷ 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.

³⁷ Ver documento obrante a folio 211 del C.O 48.

- El oficio remitido por el General Jorge E. Mora Rangel a la Procuraduría General de la Nación³⁸, 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

³⁸ Ver documento obrante a folio 251 del C. O 49.

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 «*Joaquín París*», 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,³⁹ 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 1998⁴⁰ 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*».

³⁹ Ver Folio 125 y ss. Cuaderno original N° 3.

⁴⁰ Ver Folio 177 Cuaderno original N° 4

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 Paris» 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 superior⁴¹, 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:

⁴¹ Declaración del Mayor Ricardo Sánchez Flórez. Folio 88 del C.O 51

*«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».*⁴²

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*»⁴³, 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,⁴⁴ 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

⁴² Ver oficio 2919 del 15 de julio de 1997 obrante a folio 162 C.O 8

⁴³ Numeral 8° del citado documento.

⁴⁴ Este documento que tiene el carácter de reservado fue aportado como prueba por las partes.

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 jurisdicción⁴⁵, 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 enemigo⁴⁶.

Aunque son varios los testigos, entre ellos Harold Bedoya, Agustín Ardila y Alfredo Bocanegra⁴⁷ 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.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ Folio 59 y siguientes del cuaderno 2 de audiencia pública.

⁴⁷ Folio 110 cuaderno número 2 de audiencia pública.

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 sucediendo.⁴⁸

⁴⁸ El testigo Luis Felipe Molano Díaz, oficial adscrito a la Séptima Brigada para la época de los hechos, indicó que Orozco Castro debió

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.

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.

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*».⁴⁹

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 autoridad.⁵⁰

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*».⁵¹ 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,

⁴⁹ *United States v. Soemu Toyoda*, Official transcript of Record of trial, pp. 5011, 5012.

⁵⁰ Corte Suprema de EEUU, *In re Yamashita*, 327 US 1, 15 (1945).

⁵¹ *Medical Trial*, II The Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals, p. 212.

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 Uribe⁵².

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 Paris*» —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

⁵² 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.

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 inculminado 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 conocedor 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*⁵³, 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

⁵³ **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.*

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 Mapiripán 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 Mapiripán, 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.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO
Presidente

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

WILLIAM MONROY VICTORIA
Conjuez

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL
SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO
Radicación SP 35113

Considerando que la ponencia presentada inicialmente para su estudio fue derrotada por la mayoría, con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, los suscritos Magistrados nos permitimos expresar las razones por las cuales **salvamos parcialmente el voto** y disentimos de la decisión de la mayoría de no casar la sentencia, lo cual implica que se mantenga la pena de 37 años de prisión al procesado JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI RAMÍREZ.

Teniendo en cuenta que desde la presentación de la ponencia para el estudio de la Sala, siempre se sostuvo que el procesado sí es responsable como autor por omisión impropia de los hechos ocurridos en la localidad de Mapiripán en julio de 1997, tal y como finalmente se concluyó en la decisión adoptada por la mayoría, pero que nuestra postura difiere sustancialmente de las razones plasmadas en el fallo finalmente aprobado por la mayoría de la Sala, para explicar por qué si el General ® USCÁTEGUI RAMÍREZ no estando aliado con los paramilitares que ejecutaron la masacre, se apartó de sus deberes como miembro de alto rango de la Fuerza Pública, es lo que conlleva a que los Magistrados que salvamos el voto, mantengamos la posición inicial sin ningún tipo de variación para que obre como salvamento de voto en este trámite de casación, con algunas observaciones finales que

estimamos necesarias frente a la nueva argumentación introducida en algunos tópicos del fallo.

En esa medida, a continuación se exponen los argumentos que desde el comienzo se consignaron en la ponencia derrotada y que en gran parte fueron avaladas por cinco de sus integrantes, empero no en lo relativo al reconocimiento de un error de prohibición directo como causal de atenuación punitiva, explicativa de las motivaciones que llevaron al Brigadier General ® Jaime Humberto Uscátegui Ramírez a desconocer la grave situación que le fue informada, absteniéndose de desplegar cualquier acción para auxiliar a la población de Mapiripán.

CONSIDERACIONES

1. CUESTIONES PREVIAS

1.1 JURISDICCIÓN ORDINARIA Y COMPETENCIA DE LA CORTE EN SEDE DE CASACIÓN

La Corte estima oportuno dedicar inicialmente un capítulo del fallo al estudio del tema de la competencia, con el fin de aclarar las razones por las cuales fue la justicia ordinaria en dos instancias y no la jurisdicción penal militar la que conoció del caso del Brigadier General en retiro JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI RAMÍREZ, y a la vez indicar de manera expresa los motivos por los que su proceso fue adelantado por fuera del trámite previsto para funcionarios aforados, según lo indica el artículo 235 numeral 4° de la Constitución Política.

Tan crucial aspecto del proceso fue resuelto por la Corte Constitucional en sentencia SU 1184 de 2001, a propósito de la revisión de la acción de tutela promovida contra una decisión de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. En dicha decisión la referida Corporación resolvió un conflicto de competencia suscitado entre la Fiscalía General de la Nación y el Comandante del Ejército Nacional, este último quien reclamaba la competencia de la Justicia Penal Militar para investigar y juzgar a los militares involucrados en la masacre de Mapiripán, entre ellos JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI, dado que la investigación ya había sido asumida por la Fiscalía.

Fue así como en auto del 18 de agosto de 1999 se resolvió el conflicto de competencia, ordenando la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que el proceso seguido contra JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI y Hernán Orozco Castro, por la masacre de Mapiripán, fuera adelantado por la jurisdicción penal militar.

Frente a lo anterior, una de las víctimas de los cruentos hechos, interpuso acción de tutela ante el Tribunal Superior de Bogotá, que en primera instancia negó el amparo, decisión que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia en fallo del 9 de diciembre de 1999.

Dicho fallo de tutela fue revisado por la Corte Constitucional, en decisión del 13 de noviembre de 2001, sentencia SU 1184, haciendo propicia la ocasión para determinar en qué casos los delitos cometidos por militares con ocasión del servicio deben ser conocidos por la jurisdicción ordinaria y en cuales no, y de igual manera identificar aquellas situaciones en las que a pesar de que los hechos sean ejecutados por militares con fuero constitucional (Generales y Almirantes de la República), su juzgamiento no corresponde en única instancia a la Corte Suprema de Justicia, sino a los jueces ordinarios en primera y segunda instancia, decisión que para este concreto evento debe respetar la Corporación que ahora decide este recurso de casación, habida cuenta que la Corte Constitucional definió en el caso concreto la jurisdicción y competencia, por lo que su determinación debe acatarse por ser ley del proceso.

Al referirse al tema de la omisión, indicó que al igual que en los delitos de acción, éstos desquician el fuero militar cuando la conducta no guarda relación con la misión que constitucionalmente le ha sido asignada a la fuerza pública, para lo cual se ocupó de precisar las siguientes situaciones en la que el fuero militar se pierde: *“(i) las que se producen en una situación que ab inicio buscaba fines contrarios a los valores, principios o derechos consagrados en la carta (surgió para capturar arbitrariamente a alguien y no se impide la vulneración de este derecho); (ii) las que surgen dentro de una operación iniciada legítimamente, pero en su desarrollo se presenta una*

desviación esencial del curso de la actividad (no se impide el maltrato de una persona que ya no presenta ninguna clase de resistencia en un combate); (iii) cuando no se impiden graves violaciones a los derechos humanos (miembro de la fuerza pública que tiene el deber de evitar un daño a la población civil, no evita la producción del resultado). En los anteriores casos, siempre es indispensable que el garante tenga dentro de su ámbito de competencia el deber concreto de evitar los resultados que vulneran los derechos fundamentales”.

Ahora bien, además de la prerrogativa de que los militares que cometan conductas delictivas relacionadas con el servicio, sean juzgados por la justicia penal militar, con excepción de los casos delimitados por la Corte Constitucional, los altos mandos militares gozan de una garantía denominada por dicha corporación como **fuero integral**, en la medida en que su juzgamiento corresponde en única instancia a la Corte Suprema de Justicia según se desprende del artículo 235 superior, cuando señala entre otros funcionarios a los Generales de la República, con independencia de que el delito cometido tenga relación con el servicio o hubiere sido cometido con anterioridad a la calidad que ostentan⁵⁴.

En primer término, la interpretación de la Corte Constitucional sobre el citado precepto, fue que el fuero allí establecido se aplica a todos los Generales sin distinción de

⁵⁴ Ver sentencia C 360 de 2001

rango⁵⁵, lo que en principio llevaría a pensar que el juzgamiento del Brigadier General JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI correspondía a la Corte Suprema de Justicia a través de un proceso de única instancia, pese a que para la fecha de iniciación de la acción penal había cesado en el ejercicio del cargo, pues por razón del párrafo del artículo 235, su juzgamiento continua en cabeza del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, la realización de esta clase de juzgamiento a través de dicho trámite especial, depende de una serie de circunstancias que a continuación se describen:

“1) Mientras los Generales de la República (cualquiera sea su rango), se encuentren en ejercicio del cargo, tienen fuero integral y deben ser juzgados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, independientemente que el delito cometido tenga relación con el servicio o que hubiere sido realizado con anterioridad a la calidad que ostentan; 2) Si el delito tiene relación con el servicio, la competencia siempre es de la Corte, aún después de cesar en el cargo y no puede ser investigado o juzgado por la Justicia Penal Militar. Es una excepción a la regla general de que todo delito cometido por un miembro de la fuerza pública y en relación con el mismo servicio es de competencia de la justicia penal militar; 3) Cuando el delito que se imputa, - trátase de una conducta

⁵⁵ Ver sentencia C 1293 de 2001: “Al respecto cabe recordar que la Constitución dispone que el juzgamiento de los generales y almirantes, sin distinción, corresponde a la Corte Suprema de Justicia y no a la Justicia Penal Militar, por lo cual el cargo parte de un supuesto falso, esto es el considerar que los brigadieres generales y contralmirantes podrían llegar a ser juzgados por sus inferiores jerárquicos”.

*activa o de una de comisión por omisión - es un delito de lesa humanidad o en general constituye una grave violación a los derechos humanos-, una vez se desvincule de la categoría de General en servicio activo, le corresponde al Fiscal General o a la Corte determinar que ese acto que es completamente ajeno al servicio, tenía relación con las funciones desempeñadas”*⁵⁶

Es pertinente resaltar que la Corte Constitucional cuando concluyó que el hecho atribuido a los militares JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI Y HERNÁN OROZCO CASTRO debía ser investigado por la justicia ordinaria y no por la jurisdicción penal militar fue bajo el argumento de que un delito de lesa humanidad o una grave violación a los derechos humanos no es un acto relacionado con el servicio, cualquiera sea la forma de imputación (acción u omisión) y el grado de participación. Esto fue lo que al respecto dijo esa Corporación:

*“Que el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad. **Esta regla tiene como base la idea de que nunca podrá ser considerados como actos relacionados con el servicio aquellas conductas que desconocen abiertamente el principio de dignidad humana y que de manera flagrante aparejan la violación de los derechos constitucionales de los asociados.** Debe observarse que si bien se de conducta alusión a los llamados delitos de lesa humanidad, dicha referencia únicamente indica el patrón de conducta que nunca serán de competencia de la justicia penal militar. Sobre este punto, ha de advertirse que, tal como se indicó en sentencia, aún las normas que regulan asuntos*

⁵⁶ Sentencia SU 1184 de 2001.

evidentemente militares, repudian los actos contrarios a los sentimientos de humanidad.

(...)

*En una grave violación a los derechos fundamentales, la conducta del garante que interviene activamente en la toma de una población, es similar a la de aquel que no presta la seguridad para que los habitantes queden en una absoluta indefensión. En virtud del principio de igualdad, 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.** Un miembro de la fuerza pública puede ser garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad explicados: creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal. Las fuerzas militares tienen la obligación absoluta de impedir el desconocimiento del derecho internacional humanitario (restricción absoluta aun frente a los estados de excepción según lo dispone el artículo 214 de la Constitución) y los derechos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Colombia, no pueden ser suspendidos durante tales estados. **Permitir que ocurran, sea porque activamente intervienen en ellas o porque omiten el deber estatal de proteger a los asociados en sus derechos, constituye una flagrante violación a la posición de garante de las condiciones mínimas y básicas de la organización social y, por lo mismo, nunca podrán considerarse como un acto relacionado con el servicio.** En suma, desde el punto de vista estrictamente constitucional, resulta claro que las Fuerzas Militares ocupan una posición de garante para el respeto de los derechos fundamentales de los colombianos. **La existencia de esa posición de garante significa que el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad, o en general por las graves violaciones a los derechos humanos, sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o imprudencia).** Las estructuras internas de la imputación no modifican la naturaleza del delito realizado; estas no*

cambian porque el interviniente (para el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcance la consumación del hecho”. (Resaltado nuestro)

Cuando la Corte Constitucional se refirió al caso concreto del General JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI, estudiando su situación a partir de una imputación como **autor por omisión impropia**, que también es el marco fáctico y jurídico del actual pronunciamiento, citó el párrafo del artículo 235 de la Carta Política el cual señala que *“cuando los funcionarios antes enumerados hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, el fuero sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas”*.

Esa Corporación refiriéndose a un pronunciamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (sentencia del 19 de mayo de 1995, proceso 9559), indica que existe fuero integral respecto de funcionarios que han cesado en el ejercicio del cargo, cuando las conductas respecto de las cuales se les investiga guardan relación con las funciones propias del cargo.

En últimas, la orden de la Corte Constitucional en su sentencia de unificación, ante la vía de hecho que constituyó la decisión del 18 de agosto de 1999 de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, dispuso que el proceso seguido contra JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI RAMÍREZ Y HERNÁN OROZCO CASTRO, era de competencia de la jurisdicción ordinaria y no de la militar por lo que inquirió a

esa Corporación para que decidiera el conflicto de jurisdicciones de acuerdo con los lineamientos fijados en la sentencia SU 1184 de 2001.

Siguiendo tales derroteros, y la claridad en torno a que el comportamiento por el que estaban siendo investigados los militares no era una conducta relacionada con el servicio, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en auto del 21 de febrero 2002 dispuso que la competencia fuera asumida por la jurisdicción penal ordinaria y frente al fuero que podría cobijar al Brigadier General USCÁTEGUI RAMÍREZ por razón del artículo 235 de la Constitución Política indicó:

“Precisamente desde ya destacar en lo tocante al General Uscátegui Ramírez que en su condición de General de la República se encuentra amparado por el fuero constitucional integral que trata el Art. 235-4, según el cual independientemente que sus actos sean o no relacionados con el servicio, su juzgamiento corre a cargo de la Corte Suprema de Justicia, fuero que solo se mantiene al dejar el cargo para las conductas punibles que se relacionan con las funciones desempeñadas.

Como se verá mas adelante, los hechos objeto de investigación no guardan relación alguna con el servicio, circunstancia que coincidentalmente también deja sin efectos el fuero penal militar, pues conforme al citado artículo 221 de la Carta el mismo sólo cobija a los uniformados que se juzguen por hechos acaecidos en relación con el servicio, por lo cual tanto el General como el hoy Coronel de que aquí se habla deben ser definitivamente juzgados por la justicia ordinaria, regla general de competencia”.

Con base en dicha interpretación concluyó la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura:

“En síntesis, puesto que la imputación que se efectúa a los oficiales Jaime Humberto Uscátegui Ramírez y Hernán Orozco Castro comporta la posible comisión por omisión de delitos afrentosos de los derechos humanos, en hechos acaecidos cuando respectivamente ostentaban su condición de Brigadier General y Mayor del Ejército y en tal virtud detentaban la posición de garante sobre la vida, honra y bienes de los ciudadanos de Mapiripán, el conocimiento del asunto corresponde a la jurisdicción ordinaria aquí representada por la Fiscalía de la Unidad de Derechos Humanos colisionada, en tanto aquellos se apartaron diametralmente del cumplimiento de las funciones constitucionalmente asignadas a la Fuerza Pública y estas circunstancias descartan de plano la valía del fuero penal militar, por lo cual en ningún caso deben ser juzgados por la justicia penal militar; se enviará en consecuencia el expediente a la citada Unidad de Fiscalía para lo de su cargo.”

Si bien es cierto, la Corte Constitucional se limitó a señalar que este no era un caso cuyo conocimiento correspondiera a la jurisdicción penal militar, también lo es que del criterio que se fijó en tal determinación obligado es concluir que tampoco se mantiene el fuero constitucional al que se refiere el parágrafo del artículo 235 de la Constitución política, pues no ofrece discusión que el hecho atribuido al Brigadier General en retiro, JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI RAMÍREZ, no guarda relación con el servicio.

Esta Sala ahora precisa que dicha garantía en el supuesto que prevé el párrafo del artículo 235⁵⁷, se pierde cuando el delito endilgado es de aquellos calificados como de lesa humanidad o una grave violación a los derechos humanos, pues como sin lugar a equívocos lo afirmó la Corte Constitucional en una sentencia que comporta precedente obligatorio, estos son actos o conductas que nunca pueden relacionarse con el servicio y en esa medida el fuero por razón del factor subjetivo no puede mantenerse como privilegio especial frente a los derechos de las personas que deben someterse al procedimiento ordinario.

Para mayor claridad la Sala quiere referir varios apartes de la sentencia SU 1184 de 2001, en los que de manera enfática, la Corte Constitucional afirma que los delitos de lesa humanidad y las graves violaciones a los derechos humanos no pueden ser catalogados como actos propios del servicio:

*“La Corte Constitucional considera que **la omisión imputable es de competencia de la justicia ordinaria, porque cuando se tiene posición de garante, las omisiones que permitan, faciliten u ocasionen (sea a título de autoría o complicidad, delito tentado o consumado, doloso o culposos) la violación de derechos humanos o del derecho internacional humanitario, son comportamientos que no tiene relación con el servicio. Este elemento debe ser valorado al determinar la aplicación del párrafo del art. 235 de la Carta. Bajo ningún supuesto la omisión investigada era de competencia de la justicia penal militar. No estaba amparada por el fuero”.***

⁵⁷ Artículo 235 Constitución Política. Párrafo: Cuando los funcionarios antes enumerados hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, el fuero solo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas.

(...)

“El Consejo Superior de la Judicatura –Sala Disciplinaria– llegó a la conclusión de que las conductas realizadas por el Brigadier General y el Teniente Coronel, guardaban estrecha relación con el servicio, razón por la cual debía asignarse competencia a la justicia penal militar. **Respecto del Brigadier General Uscátegui dicha competencia no podía ser asignada, por cuanto si estaba activo, correspondía el juzgamiento a la Corte Suprema de Justicia y, si estaba retirado, dependía de la naturaleza del acto. Acto que en criterio de la Corte Constitucional estaba por fuera del servicio.**”(Resaltado de la Sala)

Igualmente hizo la declaración expresa de que los hechos ocurridos en julio de 1997 en el municipio de Mapiripán fueron una grave violación a los derechos humanos de la población de dicha localidad:

“En Mapiripán se violó de manera flagrante el deber de respeto por la dignidad humana, por parte de un grupo que disputa el monopolio del uso de la fuerza en manos del Estado. Es decir, se violaron los principios fundamentales del orden constitucional, cuya preservación estaba encargada a los investigados. Su posición de garante les exigía intervenir para evitar la ocurrencia de los hechos degradadores de la humanidad y perseguir a los usurpadores del poder estatal. Debido a las gravísimas consecuencias derivadas de su omisión, no puede considerarse que exista relación alguna con el servicio. El precedente de la Corte Constitucional en materia de competencia de la justicia penal militar es rigurosa en señalar que únicamente si no existe duda sobre la relación entre el servicio y el acto investigado, es posible asignar competencia a la justicia penal militar. En el presente caso, no es posible sostener que no existe duda. Por el contrario, la calidad de garante impide catalogar la omisión como un acto relacionado con el servicio” (Resaltado de la Sala).

Como se observa en la situación del GENERAL USCÁTEGUI, se concluyó que el delito imputado al procesado lo era a título de **autor por omisión dada su posición de garante**, la cual permitió la **violación grave de los derechos humanos** lo que impedía darle a tal comportamiento el calificativo de una conducta relacionada con el servicio, motivo por el cual la acción omisiva investigada no era de competencia de la Justicia Penal Militar, pues no estaba amparada por el fuero y en todo caso esta clase de conductas son de conocimiento de la justicia ordinaria.

La anterior interpretación es lo que lleva a concluir en esta instancia a la Sala de Casación Penal que debido a que la omisión atribuida a ambos militares no es un comportamiento que pueda ligarse al servicio que prestaban como miembros del Ejército Nacional por haber concluido en una grave violación a los derechos humanos, el privilegio del fuero constitucional al que alude el artículo 235 superior, concretamente su párrafo, no puede mantenerse en lo respectivo al Brigadier General en retiro JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI RAMÍREZ.

Son las anteriores razones, las que explican el motivo por el que en esta ocasión la Corte conoce en sede de casación el proceso que la justicia ordinaria adelantó contra el Brigadier General JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI RAMÍREZ, como desde fases primigenias de la actuación quedó clarificado cuando el Consejo Superior de la Judicatura,

Sala Jurisdiccional Disciplinaria en decisión del 21 de febrero de 2002, en cumplimiento de la sentencia SU 1184 de 2001, decidió enviar el proceso a la Fiscalía General de la Nación para que investigara tanto a HERNÁN OROZCO CASTRO como a JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI RAMÍREZ.

Por último, oportuno es recordar que con ocasión de la decisión de la Corte Constitucional en sede de tutela, el trámite que respecto de los hechos atribuidos a JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI Y HERNÁN OROZCO CASTRO venía adelantando la Jurisdicción Penal Militar, al ser atribuida la competencia a la jurisdicción penal ordinaria, fue decretado nulo por la Fiscalía General de la Nación, Unidad de Derechos Humanos en resolución de 28 de junio de 2002⁵⁸, mediante la cual invalidó todas las determinaciones adoptadas por esa jurisdicción, incluyendo la sentencia que por prevaricato por omisión, emitió contra los dos oficiales, el 12 de febrero de 2001⁵⁹, derivada de los hechos objeto del actual pronunciamiento, mientras que los absolvió por el punible de falsedad ideológica en documento público y les cesó procedimiento por los punibles de homicidio, secuestro, terrorismo y concierto para delinquir.

1.2 VIGENCIA DE LA ACCIÓN PENAL

1.2.1 IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD - GRAVE VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

⁵⁸ Folios 172 y siguientes del C.O 59

⁵⁹ Folio 146 y siguientes cuaderno 55 A y 55B

Como en su momento lo concluyó la Corte Constitucional, los hechos ocurridos en Mapiripán entre el 15 y el 21 de julio de 1997, comportan una grave violación a los derechos humanos, motivo que conllevó a que el proceso lo adelantara la justicia ordinaria y no la jurisdicción penal militar, al tiempo que el Brigadier General fuera juzgado en primera instancia por un Juez Penal del Circuito Especializado y en segunda por un Tribunal Superior y no en única instancia por la Corte Suprema de Justicia.

Para mayor claridad oportuno es citar el aparte de la sentencia SU 1184 de 2001 que al referirse a los hechos de este proceso, no dudó en calificarlos como de lesa humanidad, declaración que fue reiterada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en fallo del 15 de septiembre de 2005, caso “Masacre de Mapiripán vs Colombia”:

“Caso concreto del Brigadier General Uscátegui y del Teniente Coronel Orozco. Delitos de lesa humanidad e incompetencia de la justicia penal militar”.

“23. Los hechos conocidos como la masacre de Mapiripán constituyen uno de los momentos más tristes de la historia colombiana. La situación de terror a la cual fue sometida la población de Mapiripán, los actos atroces de tortura general e individual, degradación de la condición humana y homicidios son conocidos por la opinión pública. En los antecedentes de esta sentencia se ha transcrito un aparte de una resolución judicial que da

cuenta, en forma sintética –mas no por ello carente de suficiente capacidad descriptiva-, de las conductas realizadas en dicha zona del país, calificadas como actos totalmente ajenos a cualquier sentimiento mínimo de humanidad”.

Sobre el tema de los delitos de lesa humanidad o de graves violaciones a los derechos humanos, esta Corporación ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse en punto de su imprescriptibilidad. Es así que en fallo de revisión del 22 de noviembre de 2010 con radicación 30380, en la que se trató el caso de la masacre de Trujillo, ocurrida en el año 1990, se dijo:

“En suma, considera la Sala que, retomando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶⁰ en cuanto a que la prescripción de la acción penal no puede operar válidamente para generar impunidad en los delitos de lesa humanidad, además de que dar validez a las normas internas sobre prescripción en estos casos comporta una violación de la obligación del Estado, se impone declarar que respecto de los hechos definidos en esta actuación, por corresponder a crímenes de lesa humanidad, no opera a favor de los autores o partícipes el fenómeno de la prescripción, pues se trata de comportamientos imprescriptibles”.

En otro pronunciamiento de la Corte en sede de revisión⁶¹, aunque negó la calificación del hecho como delito de lesa humanidad, en orden a que la acción penal enervada por ese comportamiento se tornara imprescriptible, se reafirmó tal característica cuando se

⁶⁰ Fallo del 15 de septiembre de 2005. Caso Masacre de Mapiripán *versus* Colombia.

⁶¹ Auto del 23 de mayo de 2012, radicación 34180

trata de esa clase de conductas, al interpretar la Sala las decisiones de la Corte Constitucional sobre el tema:

*“Otra consecuencia jurídica que recae sobre los crímenes de lesa humanidad, es el hecho de que su enjuiciamiento y castigo está librado de los marcos temporales a los cuales se someten los delitos ordinarios, conforme lo prevé la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad⁶², adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 2391 del 26 de noviembre de 1968, vigente desde el 11 de noviembre de 1970, y lo ratifica el artículo 29 del Estatuto de la Corte Penal Internacional al señalar que los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán, es decir, **los de lesa humanidad**, el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la paz, con las precisiones que en su momento consignó la Corte Constitucional, de la forma como sigue: (cita textual de apartes de la sentencia C-578 de 2002)*

(...)

Es decir, sólo de los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional, se predica, sin limitaciones de ninguna índole, la imprescriptibilidad de la acción o de la pena, cualquiera sea la época en que hayan ocurrido, lo cual implica, necesariamente, identificar si la conducta en cuestión

⁶² Como antecedente hitórico de este instrumento se tiene el hecho de que pasados más de 20 años después de la Segunda Guerra Mundial, varios de los sistemas judiciales de los países que investigaban a los criminales nazis, enfrentaban la posibilidad de la impunidad por el inminente vencimiento de los términos de prescripción. La Convención de Nueva York de 1968, tuvo entonces origen en la solicitud presentada a nombre del gobierno polaco, con la cual se advirtió que la legislación penal alemana, bajo la cual se adelantaban numerosos procesos, corría el peligro de dejar en la total inmunidad a varios autores contra los cuales ni siquiera se había iniciado proceso. Sobre el particular, véase el importante documento ya citado del doctor Guerrero Apréaz.

corresponde típicamente, según el derecho internacional, al delito de genocidio, a un crimen de guerra, a un delito de lesa humanidad, o a un crimen de agresión.” (Resaltado nuestro)

En sentencia del 15 de mayo de 2013, proferida en única instancia por los hechos conocidos como la masacre de Segovia ocurridos en el año 1988, la Corte dio continuidad a la acción penal, acogiendo la decisión que adoptó en la audiencia preparatoria⁶³, acerca de que esos sucesos correspondían a un delito de lesa humanidad y por tanto no podía alegarse su prescripción.

*“En consecuencia, claro es que al doctor **César Pérez García** se le acusa en calidad de determinador por los delitos de homicidio múltiple agravado (atentado contra la vida de 44 personas), lesiones personales agravadas (atentado contra la integridad física de 32 personas) y concierto para delinquir, los cuales se enmarcan dentro del contexto de un crimen contra la humanidad que se ha categorizado como Genocidio, como una especie del género de los crímenes de Lesa Humanidad, razón por la cual, la acción penal es imprescriptible aunque la eventual pena que se pueda imponer corresponderá estrictamente al marco legal vigente interno para la fecha de ocurrencia de los hechos, esto es, a los tipos penales correspondientes a los delitos que se acaban de enunciar.”*

⁶³ Auto del 18 de julio de 2011 radicado 33118

Del anterior recuento emerge claro el criterio reiterado de la jurisprudencia de esta Corte, en torno a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad.

1.2.2 DELITO COMETIDO POR SERVIDOR PÚBLICO

Además de las anteriores consideraciones, con la cuales queda claro que la acción penal para el caso objeto de estudio se encuentra vigente, la Corte además quiere resaltar que los términos de prescripción de la potestad punitiva del Estado en este asunto, son diferentes a los de la prescripción ordinaria, no sólo por tratarse de una conducta delictiva gravemente atentatoria contra los derechos humanos, sino porque en su ejecución participaron miembros de la fuerza pública, circunstancia que impone el incremento en dicho término de conformidad con lo indicado en el inciso 6° del artículo 83 del Código Penal, ampliación que también se encontraba prevista en el artículo 82 del Código Penal de 1980, vigente para la época de comisión de los hechos, en una proporción de la tercera parte, sin que pudiera superar el término máximo fijado en el derogado artículo 80, el cual era de 20 años, regla que también establece el artículo 83 de la Ley 599 de 2000.

Así lo indicó esta Corporación en reciente decisión, precisando que la proporción de aumento de la tercera parte que establece el artículo 83 de la norma penal sustancial, no sólo se aplica al mínimo, sino, una vez interrumpido el término de prescripción de acuerdo con el artículo 86, también se aplica al máximo de 10 años al que

se refiere este último precepto. A dicha conclusión llegó la Sala luego de explorar los motivos que años atrás se habían acogido para aumentar el término mínimo de prescripción de la acción penal al servidor público que cometa delito. Veamos:

“Esta postura⁶⁴, no obstante, fue variada por la Corte a partir del fallo del 25 de agosto de 2004, en el cual sostuvo que el tope mínimo para calcular la prescripción de la acción penal en comportamientos cometidos por servidores públicos con ocasión del cargo no podía ser inferior a los seis (6) años y ocho (8) meses, es decir, a los cinco (5) años del inciso 2º del artículo 86 del Código Penal aumentados en una tercera parte en virtud del incremento que para esta clase de situaciones preveía el artículo 83 del Código Penal.

(...)

En el fallo del 25 de agosto de 2004, la Corte guardó silencio acerca de cómo debía interpretarse el tope máximo de diez (10) años de que trata el inciso 2º del artículo 86 de la Ley 600 de 2000. Sin embargo, del estudio de la providencia, la Sala encuentra que las mismas razones que justificaron el aumento del mínimo de los cinco (5) años a seis (6) años y ocho (8) meses en esa clase de comportamientos también sirven para el incremento del máximo de diez (10)

⁶⁴ Aquí se cita la sentencia del 27 de septiembre de 2002, radicación 15311 en la que se dijo que la prescripción fijada en el artículo 86, no estaba supeditada a los incrementos fijados en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000.

años, ya sea a trece (13) años cuatro (4) meses o a quince (15) años”⁶⁵.

Es así que el incremento del término prescriptivo de la acción penal respecto de punibles cometidos por servidores públicos en ejercicio de su cargo o con ocasión del mismo, tiene su razón de ser en el mayor reproche social que merece la ilicitud de un funcionario estatal, de quien se espera un mayor compromiso con el orden jurídico en lugar del indebido aprovechamiento de la posición oficial que le ha sido confiada. Y como quiera que el infractor público puede hacer uso de su poder para evadir la acción de la justicia, al tiempo que la sociedad reclama con pleno vigor la sanción a esta clase de infracciones a la ley penal, se justifica otorgarle al aparato represor un plazo más amplio para la investigación y juzgamiento de tal tipo de conductas cometidas por agentes del Estado, pues la impunidad de las mismas genera severa inconformidad y desconfianza de los ciudadanos frente al sistema judicial.

Así lo consideró el legislador del año 2000, al aprobar el nuevo Código Penal, Ley 599, acogiendo plenamente lo expuesto por la Corte Constitucional en su sentencia C 395 de 1995⁶⁶,

“La diferencia en el quantum de la pena, bien que se trate de un sujeto activo simple o de uno cualificado por su condición de empleado oficial, obedece, entre otras razones, a que el delito cometido por persona indeterminada reviste la misma

⁶⁵ Casación 39611 del 21 de octubre de 2013

⁶⁶ En esa sentencia se resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 82 del Decreto Ley 100 de 1980.

*gravedad y produce los mismos efectos independientemente de quien lo cometa. **El delito perpetrado por un empleado público en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos, en cambio, además de vulnerar determinados bienes jurídicos tutelados, lesiona los valores de la credibilidad y de la confianza públicas, lo cual justifica que la pena a imponer sea mayor.** La mayor punibilidad para los delitos cometidos por servidores públicos -reflejada en las causales genéricas o específicas de agravación- responde a la necesidad de proteger más eficazmente a la sociedad del efecto corrosivo y demoleedor que la delincuencia oficial tiene sobre la legitimidad de las instituciones públicas.*

*Como ha quedado expuesto anteriormente, **la diferencia de trato entre empleados oficiales y particulares, en materia de prescripción de la acción penal, se justifica por la existencia de la potestad estatal para fijar la política criminal frente a determinados delitos, según su gravedad, complejidad, consecuencias y dificultades probatorias, sin que sea posible afirmar la vulneración del derecho a la igualdad***⁶⁷.

Como se observa, fue voluntad del legislador otorgar un trato diferenciado a los términos de prescripción de la acción penal para el servidor público y para el particular y por ese motivo, en esta oportunidad reitera la Sala que el aumento de la tercera parte, al que se refiere el inciso 6° del artículo 83 de la Ley 599, y antes, el artículo 82 del Código Penal de 1980, también debe aplicarse al máximo indicado para la fase del juicio, razón por la que el término de prescripción en esta etapa del proceso para el servidor público que cometa delito, es el extremo de 13 años y 4 meses, frente al de 10 años que es el propio para el punible cometido por un particular y de esa forma se hace palpable el trato diferenciado querido por el legislador, entre los

⁶⁷ Gaceta del Congreso N. 280 del viernes 20 de noviembre de 1998. Pag. 23

términos de prescripción de la acción penal para el particular y para el servidor público.

El criterio fijado en la sentencia C 395 de 1995 fue reafirmado por la Corte Constitucional en la sentencia C-087 de 1997 en la que decidió sobre una demanda de inconstitucionalidad contra varios artículos del Decreto Ley 100 de 1980, entre ellos el 82, oportunidad en la cual nuevamente se indicó que un régimen de responsabilidad más severo para el servidor público que comete delito, no es contrario a la Carta Política:

“La Corte considera que esta disposición encaja dentro del criterio de exigir una mayor responsabilidad en el ejercicio de sus funciones por parte del empleado oficial, que sustenta el régimen de responsabilidad de todos los servidores oficiales, de conformidad con la preceptiva constitucional (artículos 6, 89, 95, 209 de la Carta Política. Por tanto se declarará la exequibilidad del aparte acusado del artículo 82”.

De acuerdo con lo expuesto, para la Sala de Casación Penal es claro que el término prescriptivo de la acción penal, debe incrementarse no sólo en su extremo mínimo, sino también en su extremo máximo, cuando se trate de delitos cometidos por servidores públicos. En ese sentido la interpretación correcta de las normas citadas, lleva a la conclusión que el límite máximo de los 10 años previsto en el artículo 86 de la Ley 599 de 2000, solo opera para delitos cometidos por particulares, pues según lo explicado, cuando el infractor sea un servidor público, en ejercicio de su cargo o con ocasión del mismo, necesariamente se debe

incrementar el término prescriptivo máximo en la tercera parte.

Volviendo al caso concreto, con independencia de que el hecho atribuido a los aquí acusados haya sido calificado por la Corte Constitucional en sentencia de unificación de tutela, como una grave violación a los derechos humanos y por ello es imprescriptible, de todas formas, teniendo en cuenta los términos de prescripción de un delito común, la acción penal aún se encuentra vigente, por tratarse de delitos cometidos por servidores públicos, según se dejó explicado.

2. DELITO DE COMISIÓN POR OMISIÓN - POSICIÓN DE GARANTE

El delito de omisión en general puede definirse como *“la no realización de la acción típicamente indicada como prestación positiva de salvaguarda de un bien jurídico⁶⁸”*, concepto que incluye dos presupuestos en los que puede concretarse un comportamiento omisivo, por un lado, la existencia de una situación de peligro, y por el otro, la no realización de la conducta típicamente indicada que impida el resultado lesivo.

De otra parte, los delitos de comisión por omisión son una clase de realización típica equivalente a la comisión activa de los delitos de resultado, en donde su punibilidad

⁶⁸ SILVA, Sánchez Jesús María. “El delito de omisión concepto y sistema” . Ed. IB de F. Buenos Aires 2003.

se deriva de normas penales de descripción positiva, además de no estar descritos de manera expresa en un precepto legal.

En estos comportamientos se concreta la vulneración de deberes cualificados de solidaridad por parte de sujetos obligados de una manera especial en la protección de bienes jurídicos, surgiéndoles el compromiso de evitación del resultado con fundamento en posiciones de garantía que les son reputables, dada su relación específica con determinada institución como la familia o el Estado.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia los ha definido como aquellas conductas en las que *“por virtud de la ley los sujetos adoptan con respecto a determinados bienes jurídicos la posición de garante y por tanto tienen el deber concreto de actuar para evitar que se produzca el resultado”*⁶⁹.

Es decir, 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 comisión activa.

Esta figura dogmática encuentra consagración expresa en el artículo 25 de nuestro actual estatuto punitivo sustancial, donde se incluyen dos tipos de fuente de la posición de garante: aquella derivada de la función que le

⁶⁹ Casación 35899 del 5 de diciembre de 2011.

corresponde al agente (tiene el deber de proteger el bien jurídico), y la otra, del surgimiento de fuentes de riesgo que imponen la evitación del resultado lesivo (se le encomienda la vigilancia de la fuente de riesgo).

En el ordenamiento jurídico colombiano, la teoría de la posición de garante está anclada a la teoría del deber jurídico cuando el artículo 10° del Código Penal, inciso 2° al desarrollar el tema de la tipicidad señala que *“en los tipos de omisión el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política y en la Ley”*, exigencia que se reproduce en el artículo 25 al señalar. *“...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 y a la Ley”*

Esta última norma establece casi en forma taxativa cuatro situaciones de las que se reputa la posición de garante por lo que hasta el momento, en lo que atañe a nuestro ordenamiento jurídico, la fuente de la misma debe entenderse como 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 alude 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.

En todo caso, en orden a que concurra la imputación objetiva del resultado, deben concurrir los elementos del tipo objetivo, esto es; (i) la **existencia de una situación que obligue a actuar**; (ii) **la ausencia de la acción ordenada por la norma** (imposición de un deber); (iii) la **capacidad individual de actuar en la situación concreta**, es decir estar en condiciones físicas y psicológicas de cumplir con la acción ordenada; (iv) la **probabilidad casi certera de que con su acción se habría evitado el resultado**; y (iii) **que ostente la posición de garante**, lo que se traduce en que asiste el deber jurídico de actuar en la situación concreta de acuerdo con los lineamientos referidos en el párrafo anterior.

Y en cuanto al tipo subjetivo, ha de concurrir el **conocimiento de la situación típica** (todos los elementos del tipo objetivo) y la **conciencia de la propia capacidad de acción**, lo que se traduce en el **conocimiento actual** de que el obligado está en condiciones de salvaguardar el bien jurídico.

También habrá de verificarse la antijuridicidad de la conducta, la cual se concreta en la producción de un daño concreto al bien jurídico tutelado, propio de los delitos de resultado y que en el ordenamiento jurídico nacional, en principio, se limita a las conductas que atentan contra la vida e integridad personal, la libertad individual y la libertad y formación sexuales, todas ellas, comportamientos de resultado.

Y en cuanto a la culpabilidad los elementos de la misma se conforman así: que el sujeto activo tenga **capacidad de culpabilidad**, es decir que se trate de un imputable, **conocimiento actualizable de la antijuridicidad** y la **exigibilidad de otra conducta**.

Para el caso que ahora ocupa la atención de la Sala es claro que la posición de garante atribuida en la acusación emana del numeral 2º del artículo 25 del Código Penal, en el que el deber del garante tiene su origen en la pertenencia a una institución sociojurídica cual es el Estado y donde aquél, como miembro de cualquiera de sus estamentos, tiene obligaciones de solidaridad y de despliegue de comportamientos para el mantenimiento de la institución y el cumplimiento de sus fines, tal y como sucede en el caso de las fuerzas militares por estar llamadas a la protección de los pobladores del territorio nacional según lo ordena la propia Constitución en su artículo 217, al mismo tiempo que el beneficiario de esta protección cuenta con una expectativa de confianza especial de que recibirá dicha ayuda legítima.

En todo caso, para imputar objetivamente un resultado antijurídico al comportamiento omisivo del agente a título de garante, se tiene que establecer que el sujeto a cargo del deber jurídico está determinado, al tiempo que el favorecido debe ser determinable; también que dicho deber emane de cualquiera de las categorías que fija el artículo 25 del Código Penal; así mismo, es menester identificar la obligación de protección del bien jurídico en la situación concreta o de la vigilancia de una fuente de riesgo; que no resulte imposible el cumplimiento de la obligación, lo que equivale a decir que el garante debe contar con la posibilidad de interferir en el curso causal que amenaza el interés jurídico, y por último, hay que fijar las exigencias de tiempo, modo y lugar al igual que la relación y situación específica que origina la obligación de actuar.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁷⁰ ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse en torno al contenido legal y dogmático de la figura de la posición de garante, cuya consagración normativa es anterior al artículo 25 de la Ley 599 de 2000, pues desde el artículo 21 del Código Penal de 1980, se hizo alusión a la misma al indicar la norma que *“cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo”*, contemplándose la cláusula de equivalencia entre los delitos de acción y de omisión.

⁷⁰ Ver casaciones 25536 del 27 de julio de 2006 y 28017 del 14 de noviembre de 2007.

Pero no solo la fuente normativa de la posición de garante es de naturaleza legal, sino que la misma se encuentra establecida en la Constitución al imponer tanto a los servidores públicos como a los particulares el cumplimiento de ciertos deberes por razón del principio de solidaridad propio de los estados sociales de derecho.

Es así por ejemplo que el artículo 95 superior al establecer los derechos y deberes de los ciudadanos ordena que éstos han 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.

En cuanto a la posición de garante de los servidores públicos, ésta emana de competencias institucionales según se desprende del inciso segundo del artículo 2º de la Constitución Política y del deber del Estado de acuerdo con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de velar no sólo porque sus servidores se abstengan de trasgredir garantías de los ciudadanos, sino porque en caso de que esas violaciones se presenten, se investigue, procese y sancione a sus responsables.

Sin embargo, a pesar de que la figura en cita tiene raigambre constitucional, de todas formas para atribuir el resultado dañoso a quien en principio ostenta la condición de garante es necesario demostrar que al sujeto le correspondía realizar los deberes de seguridad en el tráfico

o protección de bienes jurídicos, además de que esa consecuencia lesiva le era cognoscible y evitable.

Como ya se indicó, fue el legislador del 2000 el que reguló de manera expresa y concreta la posición de garante, asumiendo un criterio restringido, dado que el artículo 25 del Código Penal en forma taxativa señala las situaciones en las que ésta es predicable, siempre con referencia a los delitos de omisión impropia⁷¹, a saber, cuando se asuma voluntariamente la protección de una persona o de una fuente de riesgo dentro del propio ámbito de dominio; cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas; cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa y cuando se haya creado un riesgo próximo para el bien jurídico.

Empero, también se encuentra en esa condición, quien además de las situaciones incluidas en el citado artículo 25 del Código Penal, por virtud de la Constitución o de la ley y frente a cualquier bien jurídico, tiene la obligación de actuar pero se abstiene de hacerlo estando en posibilidad de evitar el daño.

En el presente caso, si bien es cierto los hechos ocurrieron en el año 1997, en vigencia del Código Penal de 1980, no por ello se impide una imputación a título de garante, pues aunque se trata de una figura dogmática que tímidamente se establecía en ese estatuto penal, de todas formas la Constitución Política de 1991, fijó ese deber de

⁷¹ Ver casación 25539 del 27 de julio de 2006

protección a cargo del Estado como una competencia institucional que en tratándose de miembros de la fuerza pública, como es el caso de los procesados, deriva del mandato expreso y específico del artículo 217 superior, según se expondrá en el siguiente capítulo.

Pero en últimas, cualquiera sea la posición de garante que se ostente y la fuente de la misma, esto es, ya sea por asunción de una fuente de riesgo o protección de una persona, competencia institucional, estrecha comunidad de vida, emprendimiento de una actividad riesgosa o por creación previa de una situación antijurídica de riesgo para el bien jurídico, de todas formas este modo de imputación exige (i) la creación de una situación de riesgo por parte del garante, de un tercero o de un factor de la naturaleza, de la que surja para el garante el deber de actuar en el salvamento del bien jurídico en peligro; (ii) que el agente no realice esa acción que está obligado a ejecutar; (iii) el garante tiene que contar con la posibilidad de realizar esa acción que se le exige para lo cual ha de estar presente a). El conocimiento acerca de que el resultado se va a producir, b). La posibilidad de contar con los medios para evitar el resultado y la capacidad física y técnica para utilizarlos, c). La posibilidad real y material de evitar el resultado, es decir, si hipotéticamente el garante contaba con esa posibilidad fáctica, como para concluir que de haberse desplegado la acción omitida, se habría neutralizado el riesgo o evitado la lesión del bien jurídico.

Dogmáticamente también es posible que en delitos de omisión y concretamente en los de comisión por omisión, se presenten errores de tipo, los cuales pueden recaer: (i) sobre la situación de hecho lo que se equipara a decir que **el agente no tiene un conocimiento actual sobre el aspecto fáctico**, error que de resultar vencible la conducta sería punible a través del remanente culposo (numeral 10° del artículo 32 del Código Penal), pero si aquel es insuperable, ésta resultaría atípica; (ii) sobre la **capacidad individual de acción concreta**, esto es, erradamente se cree que no se tiene la posibilidad de salvamento del bien jurídico, cuya solución es la misma que la anterior; y (iii) **sobre la posición de garante**, es decir equivocadamente el sujeto cree que frente a una situación concreta de riesgo cuyas circunstancias conoce a plenitud, no tiene el deber de salvamento. En este último, se trata de un error de prohibición, pues si bien la posición de garante hace parte del tipo objetivo, lo que se afecta es la conciencia sobre la antijuridicidad del comportamiento, se cree que ese “no actuar” no es contrario a derecho, o mejor, el sujeto se abstiene de obrar por la creencia errada de que la realización de la acción que le era exigible, no estaba ordenada por la ley.

En dado caso, ante un error de prohibición, la solución punitiva que otorga el ordenamiento jurídico penal interno es la de reducir la pena a la mitad en caso de que el error sea vencible (numeral 11 del artículo 32 del Código Penal), pues de ser invencible la conducta quedará impune.

3. FUERZAS MILITARES Y POSICIÓN DE GARANTE

Si bien es cierto, la Constitución Política de Colombia en su artículo 217 impone a los miembros de la fuerza pública el deber de proteger la soberanía del Estado, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, ese deber genérico no posibilita per se la imputación como garante en situaciones concretas, pues para atribuir responsabilidad penal a ese título es menester demostrar que el miembro de la fuerza pública creó un riesgo desaprobado que implica una lesión para bienes jurídicos, o que dada su vinculación a la entidad estatal le surge de manera puntual y específica frente a un acontecimiento determinado, el deber de protección de un interés jurídicamente relevante.

Es bajo esta última circunstancia que para la gran mayoría de los casos de responsabilidad penal de los integrantes de la fuerza pública, ésta se estructura en su posición de garantes, en orden a que les sea atribuible un resultado dañoso por el incumplimiento de sus deberes de salvamento ante su obligación de evitar el menoscabo al bien jurídico, con independencia de que el riesgo haya sido creado por un tercero o por un factor de la naturaleza.

En reciente decisión la Sala reafirmó la posición de garante de los miembros de la fuerza pública:

“De conformidad con lo dispuesto en los artículos 2º y 217 de la Carta Política, sobre las Fuerzas Armadas

recae en abstracto una posición de garantes frente a la población colombiana, pues tienen como fin primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, por manera “que frente a las agrupaciones armadas -guerrilla o paramilitares- las fuerzas militares tienen una función de orden constitucional, el cual se ve desdibujado -de manera abstracta- por el mero hecho de que tales personas se arroguen la potestad de utilizar la fuerza y las armas, en claro detrimento del ordenamiento, conforme al cual el Estado ejerce el monopolio de las armas.

*Así mismo, la defensa de los derechos no se limita a la abstención estatal de violarlos, sino también enfrentar a quienes los agredan. En el último caso, no pueden abstenerse de iniciar acciones de salvamento, excepto que medie imposibilidad jurídica o fáctica frente a la ocurrencia de hechos graves de violación de derechos, en particular conductas calificables de lesa humanidad. De conformidad con el artículo 214 Superior las Fuerzas Armadas tienen la obligación absoluta de impedir el desconocimiento del Derecho Internacional Humanitario”.*⁷² (Subrayado nuestro)

Sin duda, ese compromiso de protección emanado de la Carta Política y del artículo 25 del Código Penal, constituye un deber positivo para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional de ejercer labores de salvamento hacia la población, con más razón cuando se trata de graves violaciones a los derechos humanos, como sucede con los delitos de lesa humanidad, de allí que en esos cuerpos jerarquizados, el superior con autoridad y mando tiene el deber de tomar las medidas necesarias para que personas que se encuentran bajo su efectivo control, se abstengan de realizar conductas que vulneren los derechos fundamentales o permitan que terceros las comenten, a

⁷² Auto del 24 de septiembre de 2012, radicación 39293

menos que se acredite la imposibilidad jurídica o fáctica de actuar, en orden a interrumpir el curso causal que amenaza o pone en riesgo el bien jurídico.

Frente a una grave infracción de los derechos humanos, una vez fijada la condición de garante del superior, si éste no la evita estando en posibilidad de hacerlo, le resulta atribuible el resultado lesivo del inferior o del tercero que ejecuta la acción y no el simple incumplimiento de un deber funcional, además porque comportamientos de esa naturaleza en manera alguna pueden relacionarse con el servicio.

El derecho internacional a través del desarrollo de su jurisprudencia⁷³ ha afirmado la responsabilidad del superior respecto de los actos de sus subordinados cuando no evita que éstos cometan crímenes internacionales o no los sanciona por ejecutar esta clase de comportamientos, cuyo fundamento normativo se originó en los artículos 86⁷⁴ y 87 del Protocolo I de Ginebra de 1977, el cual se reproduce en los artículos 7° del Tribunal para la antigua Yugoslavia, 6°

⁷³ Sentencia del 2 de septiembre de 1998. Sala de primera instancia del Tribunal Criminal Internacional encargado de juzgar a los presuntos responsables de actos de genocidio o de otras graves al DIH cometidas en el territorio de Ruanda. Caso Fiscal vs Jean Paul Akayesu. Sentencias del 16 de julio de 2003 y 1° de septiembre de 2004. Sala de apelaciones y de primera instancia respectivamente del Tribunal internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia a partir de 1991. Caso Fiscal vs. Hadzihasanovic y Fiscal vs. Radoslav Brdanin.

⁷⁴ Artículo 86. Omisiones: “1. Las altas partes contratantes y las partes en conflicto deberán reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen todas las demás infracciones de los convenios y del presente protocolo que resulten del incumplimiento de un deber de actuar. 3. El hecho de que la infracción a los convenios o del presente protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir en las circunstancias del momento que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción”

del Tribunal para Ruanda y 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Esa misma normativa ha establecido una serie de elementos que deben tenerse en cuenta para que el resultado de un crimen contra los derechos humanos cometido por un inferior, sea imputable al superior y no como un simple acto de negligencia. Dentro de esas exigencias se halla la demostración de la existencia de un mando y control efectivo por parte del superior, es decir, un vínculo jerárquico ya sea de hecho o de derecho. También la capacidad material de prevenir los crímenes o de sancionar a sus responsables y por último el conocimiento de que sus fuerzas estaban cometiendo el hecho o que en razón de las circunstancias del momento debía saberlo.

Lo anterior, para señalar que frente a casos de graves violaciones a los derechos humanos, en el orden internacional así como en el ámbito interno, se extiende la responsabilidad penal al superior militar respecto de los actos de sus inferiores, siempre que se den los requisitos señalados por la normativa trasnacional, que en nuestro ordenamiento jurídico se verifican a través de la figura de la posición de garante y de la dogmática de los delitos de comisión por omisión.

4. COAUTORIA EN LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA

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** en esta clase particular de comportamiento, cuando el acuerdo previo versa sobre el incumplimiento de un deber de actuar, mientras que otro sector 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.

Roxin⁷⁵ explica con claridad 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.

⁷⁵ ROXIN, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal. Editorial Marcial Pons. Madrid 2000. Séptima edición. Pag. 508

Sin embargo, la posición dominante, como desarrollo de un concepto unitario de autor, el cual es acogido por nuestro legislador penal, es 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, el garante es 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 en que la autoría se deriva del simple hecho de incumplir el deber legal que le impone ejecutar labores de salvamento y protección.

Otro sector de la doctrina⁷⁶ al igual que Roxin, abren la puerta para que se reconozca la imputación como cómplice de quien ostenta la posición de garante en situaciones en las que un sujeto o sujetos realizan el hecho por acción, mientras que el garante se limita a no impedir el suceso del individuo que actúa, siempre y cuando aquél o aquellos sean quienes tengan el dominio del hecho.

En esas situaciones la intervención del garante simplemente habría contribuido a la disminución del riesgo de daño al bien jurídico, pero no a la probabilidad fáctica de

⁷⁶ Jeschek Hans Heinrich. Tratado de Derecho Penal Parte General. Miguel Olmedo Cardenete (traductor). 5ª Ed. Granada Colmares 2002.

haberlo evitado, pues en ese caso sí respondería como autor, dado que ostentaría el dominio del hecho porque tiene el control actual del riesgo que él mismo ha generado, aumentado o no ha disminuido, de lo contrario, responderá como cómplice, ya que pese a ocupar una posición de garante, no realiza el tipo penal al carecer de la posibilidad de evitar el daño, interrumpiendo el acontecer fáctico con el despliegue de su deber.

5. EL CASO CONCRETO

5.1 PRIMER CARGO: “NULIDAD POR FALTA DE INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS DELITOS POR LOS QUE SE PROFIERE CONDENA”

Este cargo se relaciona con la indeterminación en el número de víctimas de los delitos de secuestro y homicidio, así como su identificación, lo que a juicio de la defensa impedía que se profiriera condena, razón por la que el proceso debe declararse nulo.

De conformidad con el soporte fáctico de la sentencia, el 15 de julio de 1997, arribó al municipio de Mapiripán un grupo de paramilitares provenientes del Urabá antioqueño, tomando el control del pueblo, pues clausuraron las vías de acceso a la localidad, tanto terrestres como fluviales, impidieron el ejercicio de las funciones de la autoridades públicas del lugar, restringieron la libre locomoción de sus habitantes, prohibieron la comunicación de los moradores con otros lugares y le quitaron la vida a varios de ellos arrojando sus cuerpos al río Guaviare. Entre las víctimas

mortales cuyos restos fueron recuperados se encuentran Antonio María Barrera Calle, Sinai Blanco Santamaría y José Ronald Valencia.

Desde ya debe indicar la Sala que no asiste razón al casacionista cuando acusa al fallo por indeterminación en el número de víctimas, pues en lo que respecta al delito de secuestro, no cabe duda acerca de su configuración, toda vez que quienes sufrieron una restricción violenta al derecho a la libertad de locomoción, fueron todas las personas que entre el 15 y el 20 de julio de 1997 se encontraban en Mapiripán, pues estuvieron a merced de las órdenes de los paramilitares quienes les impusieron permanecer en sus casas sin poder trasladarse hacia otra población.

La particularidad de las condiciones en las que se cometieron los sucesos, permite la adecuación del delito contra la libertad de locomoción en el secuestro de una población que por lo mismo dificulta la identificación de cada una de las víctimas, sin que ello descarte la tipificación de este comportamiento, mucho menos que se configure una causal de nulidad, en la medida en que el fallo es expreso en torno a que la responsabilidad de los procesados es frente a los punibles de secuestro y homicidio, cuyas circunstancias se hallan claramente narradas en el marco fáctico de la acusación, de donde se conoce a plenitud sobre qué hechos se profirió el fallo.

En manera alguna se desconocen los delitos por los cuales el acusado fue declarado responsable, pues lo cierto es que sí se privó de la libertad de locomoción a una población, lo cual no pone en discusión el casacionista y así se extrae de varios de los testimonios recaudados desde los albores de la investigación.

Si bien es cierto asiste razón al libelista en torno a los problemas que se generan en lo que tiene que ver con el restablecimiento del derecho cuando el delito se comete en forma masiva, como es el caso de Mapiripan, por la dificultad que surge de esta modalidad delictiva para individualizar a la pluralidad de víctimas, dicha cuestión mal podría constituirse en una situación que impida adelantar el proceso penal hasta la sanción de sus responsables.

El debate sobre la identificación de las víctimas cobra mayor importancia al momento de establecer los perjuicios cuando quiera que éstos se han reclamado, pues para ello debió agotarse el debate probatorio respectivo, encaminado a demostrar que se ostenta la condición de víctima con la carga de quien la alega, de probar de acuerdo con los medios de convicción que obren en el proceso, que sufrió un daño como consecuencia de la comisión del punible.

En este orden de ideas, se equivoca el recurrente al señalar como una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso la falta de identificación, una a una de las víctimas de secuestro y homicidio, dado que las pruebas

apuntan a establecer que en efecto los hechos ocurrieron tal y como se narran en la acusación y en la sentencia, reuniéndose de esta forma los presupuestos de tipicidad de dichas conductas, sin que la Corte deba entrar a definir si efectivamente tales delitos tuvieron ocurrencia, toda vez que este aspecto de la sentencia no fue objeto de discusión por parte del libelista quien acepta la declaración de los hechos tal cual se consignaron en el fallo.

Y con base en estas mismas razones, tampoco puede descartarse la imputación de los delitos en concurso homogéneo, dado que es diáfano que se victimizó a más de una persona tanto de la conducta de secuestro como de homicidio, por manera que se vulneraron en más de una ocasión los bienes jurídicos de la libertad y la vida.

La preocupación del recurrente radica en las futuras reclamaciones indemnizatorias que puedan elevarse, en la medida en que cualquiera podría alegar haber estado en Mapiripán en julio de 1997 y por lo tanto, acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa o a cortes internacionales para reclamar el pago de perjuicios.

Aunque existe el riesgo de que en efecto personas inescrupulosas pretendan obtener indemnizaciones fraudulentas, el procedimiento al que acudan con ese propósito, exige agotar el debate probatorio necesario para acreditar la calidad de víctima, con apoyo en los medios de convicción que reposan en el proceso, el cual es abundante en pruebas testimoniales y documentales que con claridad

muestran las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedió la incursión armada a la población de Mapiripán, por manera que en los eventuales procesos que inicien presuntas víctimas de esta masacre, de todas formas tendrán que probar que sí ostentan dicha condición.

Y el hecho de que sea patente la posibilidad de que aún después de varios años de ocurrido el hecho, se puedan iniciar procesos de índole administrativa, ello no comporta una trasgresión al principio del non bis in idem, pues en esos eventuales trámites no se discutirá la responsabilidad penal que le pueda asistir al procesado, pues esa es una cuestión que quedará definida una vez sobre firmeza el presente fallo de casación.

Debe tenerse en cuenta, además, que varios de los ofendidos con los acontecimientos de julio de 1997, obtuvieron la condena en perjuicios a su favor en la sentencia que el Juzgado 2º Penal del Circuito Especializado de Bogotá⁷⁷, profirió el 18 de julio de 2003 contra Carlos Castaño Gil, Julio Enrique Flórez, Juan Carlos Gamarra, José Miller Urueña y el Teniente Coronel Lino Sánchez Prado, donde 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, Ronal Valencia, Sinai Blanco, Antonio María Barrera Carbonell, Agustín N., Álvaro Tovar Morales, Jaime Pinzón y Raul Morales.

⁷⁷ Ver fallo obrante a folio 287 del C.O 70 A

Y frente a las víctimas representadas por el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, éstas renunciaron a obtener el restablecimiento del derecho a través del proceso penal adelantado por la justicia colombiana contra Jaime Humberto Uscátegui, Hernán Orozco Castro y Miguel Enrique Vergara, según se consignó en la parte considerativa del fallo de primera instancia proferido por el Juzgado 9° Penal del Circuito Especializado de Bogotá⁷⁸, en donde se indica que los perjudicados representados por esta firma de abogados, acudirían a instancias internacionales.

Ahora bien, en lo que atañe al delito de homicidio, si bien es cierto la sentencia condenatoria no particulariza las víctimas del delito contra la vida, muy seguramente porque éste no fue un aspecto propuesto en la apelación del fallo de primera instancia, absolutorio para USCÁTEGUI RAMÍREZ y condenatorio para HERNÁN OROZCO, no significa que este haya sido un aspecto indeterminado en el proceso que amerite la anulación del trámite, pues como se indicó en líneas anteriores, en el primer proceso que culminó con sentencia condenatoria para algunos de los partícipes en el hecho, se estableció que las víctimas de homicidio habían sido Ronal Valencia, Sinai Blanco, Antonio María Barrera Carbonel, Agustín N., Álvaro Tovar Morales, Jaime Pinzón y Raul Morales, con base en las mismas pruebas que obran en el expediente contra USCÁTEGUI RAMÍREZ, personas respecto de quienes se ordenó el pago de perjuicios en forma solidaria.

⁷⁸ Ver fallo obrante a folio 216 del C.O 79

Así las cosas, no le asiste la razón al casacionista en la medida en que la individualización o identificación de cada una de las víctimas, no se equipara a la atribución de una conducta indeterminada de la que se desconozcan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó, como para que sea necesario retrotraer el trámite, en orden a clarificar un aspecto que no resulta indispensable para la imputación del delito, como mal lo pretende el casacionista, mucho menos en tratándose de un delito cometido en forma masiva.

Por último, la falencia del fallo en torno al tema en cuestión, tampoco genera efectos negativos en la determinación de la sanción, pues recuérdese que aunque la condena lo fue por varios delitos de homicidio agravado y secuestro y un delito de falsedad, la sanción que se impuso fue la suma aritmética de las penas mínimas para cada una de las conductas delictivas individualmente consideradas, sin que el fallador de segunda instancia haya justificado el aumento de hasta en otro tanto sobre la pena básica del delito de homicidio, habiéndose partido del mínimo para este comportamiento, en el concurso homogéneo de varios delitos de secuestro.

En este orden de ideas, el cargo de nulidad no prospera.

5.1.1 RESPUESTA DEL MINISTERIO PÚBLICO AL PRIMER CARGO

Respecto al primer cargo de nulidad, el delegado de la Procuraduría pretende que se opte por esta medida y se concrete en el fallo el número de víctimas de los delitos de secuestro y homicidio.

En lo atinente a la primera pretensión, ya quedaron expuestas las razones por las que considera la Sala que no se configura la causal de nulidad propuesta, y frente a la segunda, oportuno es precisar que en el proceso se estableció el homicidio de Ronald Valencia, Sinai Blanco y una persona de raza negra, pues sus cuerpos fueron hallados en el casco urbano de Mapiripán, cuyas actas de levantamiento de sus cuerpos reposan en el expediente⁷⁹.

Por testimonios también se supo del homicidio de Antonio Barrera conocido como Catumare, pues varios de los testigos señalaron a esta persona como un conocido habitante de Mapiripán a quien se lo llevaron los paramilitares el día de la incursión armada, lo asesinaron y tiraron sus restos al río Guaviare⁸⁰. La misma suerte corrió un joven oriundo de Caño Jabón de apellido Carvajal quien fue ultimado por no portar sus documentos.⁸¹

Se conoció, así mismo, del homicidio de un muchacho de raza negra originario del departamento del Valle y de un

⁷⁹ 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 Sinai Blanco. A folio 54 se encuentra el cata 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.

⁸⁰ 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)

⁸¹ *Ibíd.*

hombre a quien conocían popularmente como “Tomate”, residente en la inspección de “La Cooperativa”, contigua a Mapiripán⁸²

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 fuera.⁸³ Esta persona según el dicho de José Eliberto Rendón, empleado del juzgado del municipio era conocido como “Pacho”. Este deponente señala también la muerte de Sinai Blanco, Ronald Valencia y de un hombre de raza negra⁸⁴.

Según declaración de Nolberto Cortés Pineda⁸⁵, fueron ocho las personas asesinadas, Antonio Barrera, Sinai 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)⁸⁶

Siguiendo estos medios de convicción fue que en la sentencia proferida contra Carlos Castaño Gil y otros, el Juzgado 2º Penal del Circuito Especializado reconoció el

⁸² A folio 29 obra declaración de un testigo bajo reserva que así lo narra.

⁸³ Ver folio 33 del C.O 1

⁸⁴ Ver folio 51 del C.O.1

⁸⁵ Ver folio 154 del C.O 1

⁸⁶ Ver folio 189 del C.O 1

pago de perjuicios a los familiares de quienes fueron asesinados, esto es, Ronald Valencia, Sinaí Blanco, Antonio María Barrera (Catumare), 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 la inspección de la Cooperativa, 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 Pinzón.⁸⁷

No obstante lo anterior, no se descarta que hayan sido más las personas asesinadas, dado que por ejemplo el ciudadano Leonardo Iván Cortés Novoa, juez de Mapiripán para la época de los hechos, narra que debido a que vivía cerca al matadero, pudo observar que aproximadamente veintiséis personas fueron conducidas hacia ese lugar, concluyendo el testigo que fueron asesinadas, debido a que escuchaba sus gritos y sus llamados de auxilio.⁸⁸

A pesar de no ofrecer el declarante datos ciertos sobre la identificación o individualización de estas personas y que efectivamente hayan sido víctimas de homicidio, sí coincide el deponente con el dicho de otros declarantes respecto del señalamiento acerca del homicidio de Ronald Valencia, de

⁸⁷ Ver declaraciones obrantes a folio 263 y siguientes del C.O 3 y 114 del C.O. 5

⁸⁸ Ver declaración obrante a folios 175 y siguientes del C.O .1 y otra de un testigo bajo reserva que reposa a folio 16 del C.O 1 quien también señala del homicidio de mas o menos 26 personas cuyos cuerpos en el mayoría fueron arrojados al río.

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 cuerpo, de Sinai Blanco, de otro hombre que apareció muerto al frente de un negocio propiedad de una señora Guillermina, Antonio Catumare, un muchacho de raza negra, y por referencia que le hizo el señor Reinel N., dueño de la panadería el Oasis, el testigo Cortés Novoa supo que la esposa y el hijo de brazos del hombre de color, fueron asesinados cuando ella suplicaba por la vida de su esposo.

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 1997⁸⁹, entre las primeras un hombre de 30 años cuyo cuerpo fue hallado diagonal a la agencia “Voladoras”, Sinai 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 de la Cooperativa.

Como se observa, fueron varias las personas ultimadas, la mayoría de las cuales se identificaron cabalmente, motivo por el que se refuerza aún más la improsperidad del cargo de nulidad por la indeterminación

⁸⁹ Folio 58 C.O 16

en el número de víctimas, pues reitera la Sala, no cabe duda que los hechos apuntan a una pluralidad de homicidios agravados que corresponden a un concurso homogéneo de estas conductas, siendo tal circunstancia una constante en la imputación hecha al procesado desde los inicios de la investigación.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el delito de secuestro, el delegado del Ministerio Público sostiene que sólo fueron cinco personas las víctimas de dicho comportamiento.

Rechaza la Sala tal afirmación, en tanto testimonios como el de Leonardo Iván Cortés Novoa, muestran que los miembros del grupo de autodefensa sometieron a todas las personas que se encontraban en Mapiripán del 15 al 20 de julio de 1997, ordenando que en la noche se apagara la planta que dotaba de energía al municipio, con lista en mano condujeron a mas o menos veintiséis personas hacia el matadero obligándolas a dirigirse allí, sometiéndolas atando sus manos y con una mordaza.

La totalidad de la población fue sometida a una restricción de su libertad de locomoción cuando se instaló un retén en el pueblo en el sitio conocido como “Casamara”, pidiendo los documentos de los habitantes, deteniendo a quienes no los portaran⁹⁰ y disponiendo la hora en la que la gente debía irse a dormir a sus casas, pasando inmueble

⁹⁰ Ver declaración de un testigo bajo reserva obrante a folio 5 del C.O 1

por inmueble obligando a la población a que cumpliera sus órdenes⁹¹

Así las cosas, el hecho de que hayan sido pocos los habitantes de la localidad los que declararon en este proceso narrando los escabrosos acontecimientos, no implica que sean sólo ellos las víctimas del punible de secuestro, pues además de las personas que fueron asesinadas y que también fueron secuestradas, todos los pobladores del lugar debieron someterse a las órdenes de los paramilitares quienes controlaban por completo sus movimientos, impidiendo su traslado y comunicación hacia otros lugares y dentro del mismo casco urbano de Mapiripán.

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 que 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.

⁹¹ Ver declaración de un testigo bajo reserva obrante a folio 15 del C.O 1

Ahora bien, este sujeto procesal solicita la reducción de la pena, teniendo en cuenta que sólo se tiene certeza sobre aproximadamente nueve víctimas de homicidio y otras pocas de secuestro. Al respecto debe hacer claridad la Sala en torno a que el Tribunal de Bogotá, autoridad que fue la que tasó la sanción para USCÁTEGUI RAMÍREZ, habida cuenta que el fallo de primera instancia fue absolutorio, no tuvo en cuenta la pluralidad de conductas para la fijación de la sanción, pues partió de la pena mínima, tomando como base la del delito de homicidio por ser la más grave. Esto fue lo que indicó el sentenciador de segundo grado:

“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 1° 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 multa⁹² de 10 millones de pesos por las infracciones cometidas.”⁹³

Conforme con lo anterior, emerge claro que el número de homicidios no fue un factor tenido en cuenta por el

⁹² Esta fue el único señalamiento en torno a la pena pecuniaria, pues ninguna razón adicional se expuso para fijarla en ese monto y en pesos, más no en salarios mínimos como viene fijada en las normas que se encargó de citar.

⁹³ Ver folios 184 y 185 del C.O. 80

Tribunal para aumentar la sanción a partir del tipo de base contra la vida, pues simplemente sumó las penas mínimas de cada uno de los delitos atribuidos, dada su gravedad e intencionalidad con la que fueron cometidos.

Si bien es cierto, por información públicamente conocida se sabe que en el proceso que adelantaron las víctimas contra el Estado Colombiano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se impusieron indemnizaciones a favor de personas que no ostentaban dicha calidad, de todas formas varias de las beneficiadas con el fallo del 15 de septiembre de 2005⁹⁴, coinciden con algunas de las personas que en los procesos seguidos por la justicia colombiana por los hechos de Mapiripán, han sido identificadas como víctimas, a saber, José Ronal Valencia, Sinaí Blanco Santamaría, Antonio María Barrera Calle, Álvaro Tovar Muñoz, Jaime Pinzón y Raúl Morales, además de otras que no fueron incluidas como beneficiarias de indemnizaciones por la Corte Interamericana, entre ellas, un hombre de raza negra a quien se tiene como N.N, un joven de apellido Carvajal, un hombre conocido como Pacho, el presidente de la junta de acción comunal de la vereda Caño Danta, una mujer que vivía en la Cooperativa conocida como Teresa y Agustín N.

⁹⁴ La totalidad de las víctimas reconocidas en la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son las siguientes: 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 la señora Ana Beiba Ramírez,

Frente a estas últimas, a pesar de que a favor de sus familiares no se ordenó la reparación, debido a que no estaban plenamente identificadas, de todas formas en la sentencia del 15 de septiembre de 2005, se las tuvo como víctimas y se increpó al Estado Colombiano para que lograra su identificación en orden a que se pudieran pagar las reparaciones.⁹⁵

Aunque la decisión a través de la cual ese organismo internacional de justicia declaró qué personas de las reconocidas en el referido fallo, no ostentaban la condición de víctimas, fue posterior a los debates probatorios de este proceso, incluso al auto en el que se admitió parcialmente la demanda de casación, de todas formas la Corte ha tenido la oportunidad de conocer la Resolución del 23 de noviembre de 2012 dada su publicidad y libertad de consulta, frente a la cual luego de cotejar cuáles de las personas que fraudulentamente invocaron su calidad de víctimas ante ese organismo internacional⁹⁶, fueron también consideradas como tal en este proceso, concluye la Sala que

⁹⁵ “Consideraciones de la Corte: *b) Identificación de las víctimas de la masacre de Mapiripán y sus familiares*. 305 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”.**

⁹⁶ Estas personas fueron: **Manuel Arévalo, Hugo Fernando Martínez Contreras, Diego Armando Martínez Contreras, Omar Patiño Vaca, Eliécer Martínez Vaca y Gustavo Caicedo Rodríguez**

ninguna de ellas fue tenida como víctima en esta actuación o en la seguida por los mismos hechos contra varios paramilitares y miembros de la fuerza pública.

En tal medida, resulta intrascendente a efectos de una nueva tasación de la sanción tener en cuenta lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su resolución del 23 de noviembre de 2012, pues de las personas que en esa instancia, indebidamente fueron reconocidas como víctimas, sus presuntos homicidios no fueron considerados en esta sentencia como parte de la imputación fáctica y por lo mismo de ese supuesto no se derivó ninguna consecuencia punitiva.

Así las cosas, no hay lugar a la redosificación de la pena deprecada por el Ministerio Público en su condición de sujeto procesal no recurrente, pues como acaba de verse, las personas que la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró como falsas víctimas, sus presuntos homicidios no fueron un factor apreciado por el ad quem para la determinación de la pena, como tampoco lo fue el número de atentados contra la vida que sí fueron debidamente endilgados y documentados en el proceso.

5.2 SEGUNDO CARGO: FALTA DE CONSONANCIA ENTRE LA ACUSACIÓN Y LA SENTENCIA RESPECTO DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN Y FORMA DE INTERVENCIÓN

Este cargo se funda en el hecho de que el procesado fue condenado en segunda instancia en el grado de coautor

de las conductas de secuestro y homicidio, mientras que en la acusación se le atribuyó la autoría por omisión de estos comportamientos, toda vez que el ad quem consideró que el acusado se había aliado con los paramilitares para cometer el ilícito, circunstancia que implica una modificación del marco fáctico y jurídico de la acusación, además de que no se tuvo en cuenta que *“desde la instrucción quedó descartada la coautoría cuando se precluyó la investigación por el delito de concierto para delinquir”*.

Al verificar los argumentos contenidos en el fallo de segunda instancia, dicha decisión parte de la premisa acerca de la probada alianza criminal entre paramilitares y miembros del Ejército Nacional quienes por este motivo fueron condenados como coautores impropios de los delitos de secuestro y homicidio en concurso homogéneo sucesivo.

Con base en la anterior premisa, concluyó el Tribunal que *“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 Jérrarquía 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”.

En efecto, el fallador de segundo grado, poniendo de presente que los miembros de la fuerza pública ostentan una posición de garante que en ocasiones los lleva a infringir el ordenamiento penal a través de delitos de comisión por omisión u omisión impropia, afirma que en el caso presente, dado el aporte efectivo de los militares para la realización del hecho criminal ejecutado por los paramilitares, aquellos tienen la condición de “*coautores impropios por acción*”, toda vez que hicieron parte de una maquinación que arbitraria y dolosamente dejó desprotegida a la población del municipio de Mapiripán en la que su aporte fue omitir el cumplimiento de los deberes que les imponía su posición de garantes.

Añade que la fuente para atribuir la posición de garante de los procesados, es la grave perturbación del orden público en la zona, lo cual les otorgaba competencia institucional para la protección de los habitantes de la región.

Lo que el ad quem califica como “*inercia militar*” derivada de la pasividad de los aquí acusados para ejecutar alguna acción a favor de los pobladores de Mapiripán, es lo que demuestra el plan delictivo orquestado con el grupo ilegal de las AUC.

De acuerdo con los argumentos del sentenciador de segunda instancia, la intervención de USCÁTEGUI RAMÍREZ Y OROZCO CASTRO en la ejecución de las conductas delictivas, corresponde a una coautoría impropia y no simplemente a un comportamiento de comisión por omisión fincado en la posición de garante, ya que atribuye a estas dos personas hacer parte del acuerdo criminal al que necesariamente debieron llegar los paramilitares con las autoridades castrenses del lugar para atacar a los habitantes de ese municipio, trasladarse desde el otro extremo del país y permanecer en dicha localidad por un lapso de cinco días con libertad plena para cometer los lamentables hechos.

En esa medida, es cierta la afirmación del recurrente en el sentido de que se modificó la imputación en lo referente a 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 y a la postre fue condenado como coautor impropio por omisión.

Corresponde entonces determinar si esa modificación transgrede 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.

En cuanto al primer aspecto, estima la Sala que el cambio que hizo 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 se señala a Jaime HUMBERTO USCÁTEGUI de no haber ejecutado ninguna acción militar para la protección de las personas de Mapiripán, habiendo tenido conocimiento de la presencia de paramilitares en el lugar desde el primer día de la incursión armada.

La modificación consistió en que para el ente acusador ese comportamiento se adecua a una conducta omisiva del autor, dada su posición de garante, mientras que para el fallador de segundo grado, coincidiendo en que es un comportamiento de comisión por omisión, el mismo se ejecutó en coautoría impropia en consideración a que el procesado hizo parte del plan criminal en el que su aporte consistió en mantenerse inerte frente a las acciones de auxilio a la población civil que debía prestar, todo con el fin de permitir la libre acción de los miembros del grupo de autodefensa, conclusión soportada en la falta absoluta de actuación por parte de USCÁTEGUI RAMÍREZ, circunstancia que es también en la acusación el fundamento de la atribución de responsabilidad de éste, por manera que reitera la Sala, no hubo una mutación en la imputación fáctica como erradamente lo indica el recurrente, pues en ambas decisiones se atribuye una conducta omisiva por el incumplimiento de deberes, los cuales emanaban de la posición de garante del procesado, sólo que el fallador de segundo grado concluyó que esa conducta omisiva hizo parte del plan criminal, de allí que dijera que los acusados no fueron autores sino coautores.

En este contexto, la Corporación ya ha señalado que los cambios que sucedan en torno al grado de participación, no constituyen una trasgresión al principio de congruencia. Por ejemplo, en un caso en el que se acusó como determinador y se condenó como autor se 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 determinadotes, conforme al artículo 23 del Código Penal entonces vigente, era la misma, se concluirá que en ningún vicio se incurrió”⁹⁷

En otro pronunciamiento se dijo que tampoco se transgrede la congruencia cuando se acusa como coautor y se condena como cómplice, que aunque no es el caso, de todas formas implica un cambio en el grado de participación. Además en la decisión que a continuación se cita se establecen los supuestos en los que sí se configura una vulneración de este principio, ninguno de los cuales concurre en el caso objeto de estudio:

“No obstante lo anterior, y sobre todo para que el señor apoderado no lo vuelva a hacer, recuérdesele que la jurisprudencia de la Sala es pacífica sobre el punto: si una persona es acusada a título de autora o coautora, y se la

⁹⁷ Casación 11780 del 1º de agosto de 2002

condena como cómplice, no hay incongruencia entre pliego de cargos y el fallo. Basta traer a colación, por ejemplo, las decisiones del 11 de marzo de 1998 radicación número 10.159; 27 de julio de 1998, radicación número 9857; 21 de julio de 1999 radicación número 11.452; 25 de noviembre de 1999 radicación número 11.955 y del 15 de julio del 2000 radicación número 12.372.

Lo que no puede hacer el juez, sí, es

“incluir nuevas conductas delictivas o adicionar circunstancias específicas de agravación punitiva, o genéricas..., ni desconocer las de atenuación deducidas, ni modificar desfavorablemente el grado de participación y de culpabilidad, como cuando se condena por un delito consumado a quien ha sido acusado por uno tentado, o como autor a quien lo fue en calidad de cómplice, o por un delito doloso a quien se le imputó uno preterintencional o culposo” (Casación del 27 de julio de 1998, radicación número 9857)”⁹⁸.

Volviendo al caso, la modificación en la forma de participación deducida en la sentencia de segundo grado, de autor por omisión impropia a coautor impropio por omisión, no derivó consecuencias más gravosas para el procesado, General USCÁTEGUI RAMÍREZ, pues la pena para ambas figuras es la misma y aunque actuar en coautoría implica a la postre la atribución de la causal genérica de agravación prevista en el numeral 58 del Código Penal, ésta no se tuvo en cuenta, toda vez que no fue endilgada en la acusación por lo que la

⁹⁸ Casación 19775 del 11 de septiembre de 2003

sanción se impuso dentro del primer cuarto punitivo, como hubiera correspondido si el grado de participación hubiera sido el de autor, fijándose en el mínimo y cuyo aumento no obedeció al hecho de haber ejecutado la conducta en coparticipación criminal, sino al concurso heterogéneo con los delitos de secuestro y falsedad.

En otra decisión la Sala trató el tema específico de cómo no se afecta la congruencia cuando se es acusado como autor y la condena se profiere como coautor:

“Con esos presupuestos, en el caso objeto de examen no se presenta la desarmonía que haga procedente la consecuencia prevista para la causal segunda de casación.

En efecto, que quien fuera acusado como autor finalmente resultara condenado en calidad de coautor, en modo alguno comporta incongruencia porque, como bien lo afirma el Ministerio Público, el coautor realmente es un autor que actúa en compañía de otro u otros, al punto tal que tiene el mismo tratamiento punitivo.

En un caso similar al propuesto por el demandante, citado por la señora Procuradora Delegada, la Corte se pronunció en la siguiente manera, con términos que en la actualidad mantienen toda su vigencia:

“Este cargo formulado como subsidiario al amparo de la causal segunda de casación, lo hace consistir el demandante en que por haber sido condenado el procesado como “autor” del delito de homicidio objeto de investigación, no obstante que en la acusación se lo consideró como “coautor” del mismo, se rompió la congruencia que de estos pronunciamientos judiciales exige la ley”.

“Para la Sala, la nuda enunciación del tema concita su rechazo, pues como reiterada y unánimemente lo ha precisado a través de su jurisprudencia, en supuestos tales no se presenta un evento típico de incongruencia, básicamente porque como en uno y otro caso los márgenes de punibilidad que delimitan el trabajo dosimétrico son los mismos, no se ocasiona ningún agravio que deba repararse por vía de casación”.

*“Es pues obvia la consideración de que un reclamo por este aspecto es inocuo, dado que con una modificación como la señalada por el demandante, y aún en el sentido contrario (se condena como coautor a quien fue acusado como autor), el delito y el grado de participación referidos en la acusación siguen siendo los mismos que sustentan el fallo de condena. Así se ha sostenido, ente otras, en las sentencias de casación de marzo 11 de 1998 Rad. 10159 y julio 15 de 2000, Rad.12372”.*⁹⁹

Este tipo de modificaciones se tienen como valoraciones de tipo dogmático que por el hecho de no coincidir con las expuestas en la acusación, mal podrían constituirse en desconocimiento del principio de congruencia, siempre que no impliquen una punibilidad más gravosa de la que correspondería de acogerse los razonamientos del pliego de cargos. Veamos:

“Aparte de lo señalado en el numeral anterior en relación con la intrascendencia de la imputación al tipo subjetivo culposos

⁹⁹ Casación 21900 del 20 de abril de 2005.

cuando no se trata de diferenciar el dolo eventual de la culpa con representación, la Sala considera oportuno precisar que 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”¹⁰⁰. (Resaltado nuestro)

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, sin que la imputación fáctica de la acusación haya sufrido el más mínimo cambio, ni sobrevenido cualquiera de los supuestos en los que se entiende trasgredido el principio de congruencia, a saber, cuando se condena por hechos o delitos distintos a los contemplados en la acusación; por un delito que no se mencionó fáctica ni jurídicamente en el pliego de cargos; por el delito imputado pero incluyendo alguna circunstancia genérica o específica que implica una pena mayor, o suprimiendo una genérica o específica de menor punibilidad que si fue tomada en cuenta en la acusación.¹⁰¹

El marco fáctico de la acusación en manera alguna fue alterado por el Tribunal cuando concluyó que Uscátegui Ramírez había actuado como coautor impropio por omisión, en la medida en que como autor por omisión impropia o como coautor de un comportamiento omisivo, la conducta que se le reprocha tanto en la acusación como en la

¹⁰⁰ Casación 26513 del 5 de diciembre de 2007, criterio reiterado en la Casación 33658 del 30 de julio de 2010.

¹⁰¹ Ver casación 32422 del 10 de marzo de 2010, criterio que es reiterado en auto del 23 de mayo de 2012, radicación 38810

sentencia es la de no haber desplegado alguna operación militar para evitar la acción de los paramilitares, estando en el deber legal y constitucional de hacerlo en su condición de comandante de la Brigada Séptima, razón por la que la congruencia entre la acusación y el fallo no fue desconocida, pues el procesado siempre se ha defendido de ese señalamiento, el cual no resulta sorpresivo en la decisión recurrida en casación, motivo por el que el cargo no prospera.

Adicionalmente, las dos formas de participación en cuestión, se sancionan con la misma pena, descartándose entonces cualquier detrimento de los intereses del procesado o agravio que deba repararse por vía de casación declarando la prosperidad del cargo en la forma en que lo propone el censor, es decir, por trasgresión al principio de congruencia.

5.3 TERCER CARGO: VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL POR ERROR DE HECHO POR FALSOS JUICIOS DE EXISTENCIA

Este cargo se centra en el debate acerca de si el procesado ostentaba la posición de garante, condición que a su vez se funda en si USCÁTEGUI RAMÍREZ contaba con el mando operacional sobre las tropas del Batallón Joaquín París, lo cual lo obligada a ordenar el despliegue de tropa hacia Mapiripán, con el fin de evitar que los paramilitares secuestraran a la población y asesinaran a varios de sus miembros.

Es justamente la demostración de dicho mando operacional, la base sobre la cual se sustenta el cargo de falso juicio de existencia por omisión probatoria, dado que para el casacionista el Tribunal no valoró los medios de convicción que acreditaban que JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI no tenía ese tipo de mando sobre la tropa llamada a repeler la incursión paramilitar y en cambio, sí tuvo en cuenta las pruebas que indicaban lo contrario.

En tal medida, el orden argumentativo a seguir será: (i) primero establecer si en efecto el Tribunal omitió valorar las pruebas que señalaban que USCÁTEGUI RAMÍREZ carecía del mando operacional sobre el Batallón Joaquín París; (ii) en segundo lugar, de verificarse dicha situación, se analizarán las pruebas en conjunto, con el fin de determinar si lo tenía o no; (iii) en tercer lugar, si su posición de garante se fincaba en esa circunstancia; (iv) en cuarto lugar, si omitió el cumplimiento de sus deberes y en qué consistió esa omisión, (v) y por último, de ser así, si su comportamiento omisivo satisface los presupuestos para la imputación del resultado a título de autor.

5.3.1 Pruebas indicativas de la carencia del mando operacional sobre el Batallón Joaquín París

El casacionista se queja de la omisión probatoria en la que incurrió el Tribunal cuando no valoró la totalidad de las pruebas, en su mayoría testimoniales, las cuales en un buen número indicaban que JAIME USCÁTEGUI RAMÍREZ carecía del mando operacional sobre el Batallón Joaquín

París lo que lo imposibilitó para ordenar el envío de tropas de ese batallón hacia Mapiripán.

Antes de entrar a verificar dicha afirmación, la Corte estima importante mostrar el contexto militar en el que se desarrollaron los hechos.

5.3.1.1 Se advierte entonces que el Batallón Joaquín París comandado en cargo para la época de los hechos por el Mayor HERNÁN OROZCO CASTRO, 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.

En el sitio conocido como Barrancón, a cinco minutos de San José del Guaviare, estaba instalada la Brigada Móvil II comandada en cargo por el Teniente Coronel Lino Sánchez¹⁰², la cual estaba integrada por cinco batallones (480 hombres), disponía de tres helicópteros que sólo se movilizaban por orden del comando de la división y no contaba con vehículos fluviales. La misión de esta brigada móvil era desplegar la “Operación Conquista”.

El entonces Mayor, HERNÁN OROZCO CASTRO, estaba al frente del Batallón Joaquín París desde el 8 de julio de 1997, dado que su titular, Carlos Eduardo Ávila Beltrán, se encontraba de vacaciones¹⁰³. Para el día 14 de julio de ese

¹⁰² Declaración de Teniente Coronel Lino Sánchez rendida el 3 de abril de 1999 obrante a folio 77 del C. 41.

¹⁰³ Declaración de Carlos Eduardo Ávila Beltrán, vertida el 27 de noviembre de 1997, ante la Procuraduría General de la Nación. Fl. 179 C.O 27

año, 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 y que plasmó en los informes de inteligencia 0545, 0546 y 0547 fechados 14 de julio de 1997.¹⁰⁴

En día 15 de julio el Mayor OROZCO CASTRO se comunicó vía telefónica con el Juez de Mapiripán Leonardo Iván Cortés Novoa, con el fin de verificar la situación que se había suscitado en mayo de ese año (1997), cuando varias de las autoridades públicas fueron sometidas a un juicio popular por parte de las FARC. Lo anterior cumpliendo el requerimiento que se le hizo a través del oficio 4222 del 14 de julio de 1997¹⁰⁵, suscrito por el Oficial B3 de la Séptima Brigada, Luis Felipe Molano Díaz.

En la comunicación que sostuvo con dicho juez, el Mayor OROZCO CASTRO fue informado por éste sobre la presencia de paramilitares en Mapiripán, información que comunicó vía telefónica a USCÁTEGUI RAMÍREZ y que al mismo tiempo fue consignada en el oficio 2919 del 15 de julio de 1997, el cual se lo remitió a dicho Comandante.

En la ciudad de Villavicencio, se encontraba la sede de la Séptima Brigada al mando del General JAIME HUMBERTO

¹⁰⁴ Ver documentos obrantes a folios 91 y siguientes del C.O 19

¹⁰⁵ 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.

USCÁTEGUI RAMÍREZ, distante aproximadamente 300 kilómetros de Mapiripán.

Retomando entonces el punto que corresponde dilucidar en este capítulo, se advierte que por la acción desplegada por la Brigada Móvil II sobre parte del territorio de los departamentos del Meta y Vichada, se generó una confusión acerca de qué autoridad ostentaba el mando operacional sobre el Batallón Joaquín París que era el llamado a repeler cualquier ataque contra la población de Mapiripán por pertenecer a su jurisdicción, pues hay quienes señalan que debido a la cercanía territorial existente entre la base de operaciones de la Brigada Móvil II y la sede del mencionado batallón, aquella entró a tomar el mando sobre la tropa de éste, desplazando a la Brigada VII, la cual sólo quedó a cargo del manejo de situaciones administrativas del Batallón Joaquín París, lo que imposibilitaba que el comandante de la Séptima Brigada, USCÁTEGUI RAMÍREZ, tomara cualquier decisión sobre la movilización de hombres pertenecientes al BIPAR hacia Mapiripán.

Por otro lado, obran medios de convicción que reafirman el mando operacional de la Brigada VII, comandada por el procesado USCÁTEGUI RAMÍREZ, sobre el Batallón Joaquín París que en nada se vio afectado con la incursión de la Brigada Móvil II, motivo por el que Mapiripán continuaba bajo su jurisdicción, estando en el deber de salvaguardar a la población civil.

Ahora bien, frente a la censura planteada, de la lectura de la sentencia de segundo grado, se observa que el ad quem concluyó que el procesado sí ostentaba el mando operacional del Batallón Joaquín París y, por lo tanto, contaba con la posibilidad de detener militarmente la acción de los paramilitares. A dicha afirmación arribó el fallador, principalmente con base en la actitud inicial del acusado cuando se enteró de la presencia de paramilitares en Mapiripán y en el hecho de que USCÁTEGUI RAMÍREZ falsificó un documento con el fin de hacer ver que no había sido enterado de la gravedad de lo que estaba ocurriendo y de la inminencia de una masacre, para de esa forma justificar su actitud absolutamente omisiva.

Sin embargo, ninguna mención hizo la segunda instancia sobre los medios de convicción que afirman que el sindicato carecía del mando operacional sobre la tropa del mentado batallón.

En efecto, testimonios de varias autoridades castrenses y medios documentales señalan la dependencia del Batallón Joaquín París a la Brigada Movil II. Por ejemplo el Teniente José Luis Calderón, señaló que dicho batallón dependía operacionalmente de esa brigada por ser una unidad inferior cuando fue interrogado por el control que le correspondía a la 7ª Brigada sobre San José del Guaviare y Mapiripán:

“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 II*¹⁰⁶

De otra parte, el “Plan de Operaciones Conquista”¹⁰⁷, elaborado el 23 de abril de 1996 por el 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 Cururu, en su capítulo denominado “Operaciones Particulares”, literal b), numeral 6º, describe las misiones particulares de la Brigada Séptima, entre ellas que coloca bajo el mando operacional de la Brigada Móvil II, al Batallón Joaquín París y en el literal a) del capítulo número 3, llamado ejecución, se señala que la Brigada Móvil II asume el mando operacional del Batallón Joaquín París:

“ 3. EJECUCIÓN:

a. *Concepto de Operación:*

*La operación consiste en desarrollar operaciones conjuntas y coordinadas en el área general del Departamento del Guaviare y Vaupés con la **Brigada Móvil N. 2 con el mando operacional del Batallón de Infantería N. 19 Joaquín París***¹⁰⁸

b. *Misiones particulares*

(...)

6) **BR7**

a. Coloca bajo el mando operacional de la Brigada Móvil 2 el Batallón de Infantería N. 19 Joaquín París¹⁰⁹

¹⁰⁶ Folio 305 del C.O 23 A

¹⁰⁷ Folio 133 del C.O.48

¹⁰⁸ Ibíd folio 135 C.O 48

¹⁰⁹ Folio 137

7) BRIM2**a. Asume el mando operacional del Batallón de Infantería N. 19 Joaquín París.****4. INSTRUCCIONES DE COORDINACIÓN:**

b. Las unidades del Batallón Joaquín París deben emplearse con prioridad en el control de vías, ríos, puntos críticos, control de insumos y precursores químicos que se emplean para el procesamiento de cocaína.

c. Las Unidades de Contra guerrilla deben emplearse en su totalidad en el desarrollo de operaciones ofensivas contra los grupos de narcosubversivos”

Es en cumplimiento de esta operación que el Mayor HERNÁN OROZCO, en su condición de Comandante del Batallón Joaquín París, el 17 de julio de 1997 envió tanto al Comandante de la Brigada Móvil II , como al de la VII Brigada, el informe semanal de inteligencia¹¹⁰ en el que se narran 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 al municipio de Mapiripán.

Ya cuando se conoció lo que había sucedido en Mapiripán, el 21 de julio de 1997, un día después de que los paramilitares dejaran el pueblo, el Comandante de la Brigada Movil II, Teniente Coronel Lino Hernando Sánchez, elaboró la orden de operaciones fragmentarias con el fin de restablecer el orden público en dicho lugar, siguiendo las órdenes que para el efecto le había impartido el Comando de la Cuarta División del Ejército, donde se observa que en

¹¹⁰ Ver documento obrante a folio 211 del C.O 48

el subcapítulo de agregaciones y segregaciones se alude al BIPAR o Batallón Joaquín París como agregado a la BM2.

Respecto del mando operacional de la Brigada Movil II sobre el Batallón Joaquín París, también el General Jorge E. Mora Rangel a través de un oficio que remitió a la Procuraduría General de la Nación¹¹¹, confirma que por razón de la operación conquistista que inició en abril de 1996, el Batallón Joaquín París pasó a estar bajo el mando operacional de la BM2, pero que no se puede 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 tanto, el momento en el que la Séptima Brigada en cabeza de USCÁTEGUI RAMÍREZ retomó el mando del BIPAR.

Otra circunstancia que instruye acerca de que el Batallón Joaquín París estaba bajo las órdenes militares de la Brigada Movil II, surge del hecho que José Luis Calderón Londoño, Comandante de la Compañía de Búsqueda N. 44, conocida como redes de inteligencia, indica que por la labor investigativa que realizaba, un informante lo enteró de la presencia de un grupo de autodefensa en Mapriripán desde el mismo día en que arribó al pueblo, información que Calderón Londoño plasmó en un informe que hizo llegar a la BM2, a la Regional de Inteligencia y al Batallón Joaquín París, pero que HERNÁN OROZCO le manifestó que ya estaba enterado de esa situación por comunicación telefónica que

¹¹¹ Ver documento obrante a folio 251 del C. O 49.

sostuvo con el juez de la localidad, sin que ese informe haya sido trasladado a la Brigada Séptima.

En el testimonio que rindió en la sesión de audiencia pública del 27 de enero de 2005, Luis Felipe Molano Díaz¹¹², quien para la época de los hechos se desempeñaba como Oficial B3 de la Séptima Brigada, señaló que el Batallón Joaquín París se anexó operacionalmente a la Brigada Móvil II a quien le prestaba apoyo, pero que administrativamente seguía a cargo de la 7ª Brigada, agregando el testigo 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 II, motivo por el que HERNÁN OROZCO debió coordinar con esta brigada y no con la séptima, las acciones que debían tomarse en Mapiripán.

También el MayorGeneral retirado Agustín Ardila Uribe¹¹³, quien para la fecha de los hechos se desempeñaba como Comandante de la 4ª División del Ejército, indicó que la Brigada Movil II dependía de ese comando, circunstancia derivada del despliegue de la Operación Conquista y que a su turno el Batallón Joaquín París que tenía bajo su jurisdicción a Mapiripán, dependía operacionalmente de dicha Brigada Móvil II.

Aclaró el militar que un comandante no puede realizar operaciones en un área que no es de su jurisdicción, pues

¹¹² Folio 5 y siguientes del cuaderno 2 de audiencia pública.

¹¹³ Declaración rendida en audiencia pública, obrante a folio 59 y siguientes del cuaderno 2 de audiencia pública.

lo máximo que puede realizar es coordinar, es decir, enviar informaciones al otro comandante para que él pueda contrarrestar la acción enemiga.

También el perito experto en doctrina militar, Coronel Alfredo Bocanegra, luego de conocer el contenido de varios documentos que se le exhibieron en la audiencia pública, concluyó que el Batallón Joaquín París estaba bajo el mando operacional de la Brigada Móvil II,¹¹⁴ mientras que la parte administrativa estaba a cargo de la Séptima Brigada quien sólo reasumió el mando operacional sobre el Batallón Joaquín París, a partir de la operación “Destructor” en agosto de 1997.

En esa medida precisó el testigo que HERNÁN OROZCO debió informar de la novedad relacionada con Mapiripán en julio de 1997, al comando de la BM2 y no a la Séptima Brigada.

En los mismos términos se refirió el Coronel Hugo Bahamón, quien para esa fecha se desempeñaba como 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 para julio de 1997 estaba instalada la Brigada Móvil II recibiendo entrenamiento para una operación militar que se desplegaría en los Llanos del Yará. En audiencia pública indicó el declarante que por la presencia de esa brigada móvil, el mando operacional sobre el Batallón Joaquín París pasó de la Séptima Brigada a la Brigada Móvil II, dado que era necesario que tomara el

¹¹⁴ *Ibíd*, folio 110

mando de las unidades que pudieran afectar el desarrollo de las operaciones para las que fue creada la BM2¹¹⁵.

El entonces Comandante de las Fuerzas Militares, General Harold Bedoya, fue enfático en señalar que era la Brigada Móvil 2 la que 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 vigencia¹¹⁶, pues incluso continuó cuando él dejó el cargo.

Precisó que mientras salía la Brigada Móvil II, se quedaba la Séptima Brigada respondiendo por la jurisdicción, pero cuando aquella regresaba, retomaba la responsabilidad nuevamente,¹¹⁷ motivo por el que para julio de 1997, el superior de HERNÁN OROZCO, comandante (e) del BIPAR, era el comandante de la Brigada Móvil II.

El mismo señalamiento hizo César Gonzalo Micán, Jefe del Estado Mayor de la Séptima Brigada para la época de los hechos, pues con base en el documento que agregó el Batallón Joaquín París a la Brigada Móvil II, la Brigada VII sólo cumplía funciones administrativas. Sostuvo que el citado batallón tenía bajo su jurisdicción al municipio de Mapiripán y recibía órdenes de la BM2 pero que administrativamente estaba bajo la potestad de la Séptima Brigada, dependiendo ambas brigadas del Comando de -¹¹⁸ .

¹¹⁵ Ver declaración obrante a folios 149 y siguientes del cuaderno de audiencia pública N. 2

¹¹⁶ Folio 85 C.O 3 de audiencia pública

¹¹⁷ Ibíd 207

¹¹⁸ Folio 243 C.O 3 de audiencia pública

Precisa que al no tener la Brigada VII el mando operacional sobre el BIPAR, para realizar cualquier operación en el área de influencia de éste, tenía que contar con la autorización del comando superior.

Por su parte, José Luis Calderón Londoño¹¹⁹, quien era el Comandante de la compañía de búsqueda N.44 conocida como redes de inteligencia, con sede en San José del Guaviare, tuvo conocimiento de la presencia de paramilitares en Mapirirpán, por lo que dicha compañía elaboró el informe 268 del 15 de julio de 1997, suscrito por Jaime Eduardo Prado (Gerente Suc 44)¹²⁰, de acuerdo con los datos que le suministró un informante que vivía allí. Según el testigo dicha información fue dada vía telefónica a HERNÁN OROZCO alrededor de las ocho de la mañana del día 15, quien le manifestó que ya estaba enterado, no obstante José Luis Calderón, realizó dicho informe y lo remitió por escrito a la Regional de Inteligencia con sede en Villavicencio y al fax del batallón Joaquín París con el fin de que también se enterara de la situación a la Brigada Móvil II, dado que como estaba en la misma sede del BIPAR, utilizaba los mismos medios de comunicación como lo era el fax.

¹¹⁹ Ver folio 3 del C.O 23 A y folio 4 del C 4 de audiencia pública.

¹²⁰ En dicho documento se consignó lo siguiente: *“Pemitome (sic) informar esa Gerencia a partir de las 05:00 horas día 15 de julio de 1997 en el casco urbano del municipio de Mapiripán (Meta), un grupo aproximado de 20 hombres fuertemente armados quienes se identifican como autodefensa. Hasta el momento tienen detenido al señor Antonio Catumare, tildándolo de auxiliador de la guerrilla, pero quien según la fuente es uno de los fundadores de la localidad y no tiene vínculos con la guerrilla. De igual forma hicieron cerrar todas las instalaciones que tienen algún tipo de comunicación para evitar que se informara de su presencia”*

Este testigo señala que su intención era enterar al Batallón Joaquín París y a la Brigada Móvil II debido a que eran las unidades más cercanas a su sede de trabajo, precisando que el primero era subordinado de la segunda, debido a que el BIPAR era una unidad inferior y por tanto quien ostentaba el mando operacional sobre el mismo era la BM2. También que él no tenía ninguna relación con la Séptima Brigada.

El Coronel Gustavo Sánchez Gutiérrez, Comandante del Batallón Joaquín París luego de ocurridos los hechos, quien asumió dicha jefatura en agosto de 1997, indicó que antes de recibir ese batallón, éste se encontraba bajo el mando operacional de la Brigada Móvil II y administrativa y logísticamente dependía de la Séptima Brigada. Dijo que por organización normal del Ejército el BIPAR estaba adscrito a la Brigada VII pero que por razones operacionales el Comando de la Cuarta División decidió agregarlo a la BM2 que tenía puesto de mando en las instalaciones del mismo batallón.

Como se extrae del anterior recuento, es abundante el material probatorio que indica que el acusado no tenía ningún poder de mando operacional sobre el Batallón Joaquín París a cuya jurisdicción pertenecía Mapiripán y sin embargo, esos elementos de prueba no fueron mencionados en la sentencia del Tribunal de Bogotá por lo que su decisión fue la de concluir lo contrario, motivo por el que se estructuran errores de hecho en la valoración del conjunto probatorio, derivados de los falsos juicios de

existencia propuestos en la demanda. En consecuencia, el cargo prospera pero no con la trascendencia y los alcances que pretende el casacionista por las razones que a continuación se exponen.

5.3.2 El mando operacional sobre el Batallón Joaquín París y la posición de garante

La Corte estima pertinente señalar que de todas formas no puede desconocerse el mérito que corresponde darle a los medios de convicción que indican que JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI RAMÍREZ no tenía mando operacional sobre el BIPAR en cuya jurisdicción estaba Mapiripán, y, por tanto, carecía de la facultad de ordenar la movilización de la tropa del mismo hacia esta población, pues dichas apreciaciones provienen de autoridades militares con la formación necesaria para conceptuar y explicar una situación que es propia de la profesión militar y que no sólo se deriva del dicho de los testigos, sino de soportes documentales a los cuales se hizo expresa alusión en el numeral anterior.

Debe tenerse en cuenta, además, que así USCÁTEGUI RAMÍREZ hubiera tenido esa potestad, la tropa del BIPAR estaba comprometida en los municipios de Calamar y El Retorno, en cumplimiento de una orden que el día anterior había emitido HERNÁN OROZCO CASTRO en respuesta a una información de inteligencia que le había sido suministrada a él, adicional a que ese Batallón no tenía equipo aéreo¹²¹

¹²¹ Declaración de Hernán Orozco, rendida el 20 de enero de 1998. Folio 111 C.O 4. Su versión fue corroborada por Arbey García Narváez quien señaló que el Bipar no contaba con tropa ni medios para movilizarla hacia Mapiripán. Folio 182 CO.4 También Carlos Eduardo Ávila Beltrán señaló que para julio de 1997, el BIPAR no contaba con helicópteros. Folio 179 del C.O. 27

que era la forma más rápida de llegar a Mapiripán, pues de San José del Guaviare hasta allá se tardaban cuarenta y cinco minutos en helicóptero, ni tampoco tenía apoyo fluvial que implicaba un recorrido de cuatro a cinco horas en lancha.

Sin embargo, aunque se diera crédito a las probanzas indicativas de que el acusado no ostentaba ese mando operacional, como lo pretende el casacionista, de todas formas esa situación no lo desligaba de su deber de desplegar labores de salvamento sobre la población de Mapiripán, dentro del marco de sus posibilidades, que no se agotaban o limitaban a la movilización de tropas para que entraran en confrontación armada con los paramilitares que se encontraban allí.

Según indicaron varios de los testigos que negaron el mando de la Séptima Brigada a cargo de USCÁTEGUI, sobre el Batallón Joaquín París en cabeza de HERNÁN OROZCO, el hecho de contar con una información como la que tenía el Brigadier General y que conocía desde el 15 de julio de 1997, ameritaba informar al comando superior¹²², que en este caso era el Comando de la Cuarta División del Ejército, o desplegar acciones coordinadas con otra unidad militar que pudiera prestar el apoyo que se requería, tal y como lo recomendó OROZCO CASTRO en el verdadero oficio 2919 en cuyo numeral 9° se dijo: *“Me permito recomendar a mi General, aprovechando lo manifestado que con los medios humanos y materiales de la Brigada Móvil II (3 batallones en*

¹²² Declaración del Mayor Ricardo Sánchez Flórez. Folio 88 del C.O 51

Barrancón y 3 helicópteros, no hay artillado) se adelante una operación rápida y sorpresiva sobre Mapiripán”¹²³

Y se dice que debían tomarse acciones inmediatas debido a la explicitud del informe que rindió OROZCO CASTRO en el que se habla de la inminencia de “*matanzas y asesinatos*”¹²⁴, sin que pueda aceptarse la justificación acerca de que la información era imprecisa y por tanto, 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, reproduciendo la información que suministró a OROZCO CASTRO, a otras autoridades como al Tribunal de Villavicencio, lo cual fundadamente resultó creíble para un Comandante de Batallón quien recomendó una acción inmediata.

Es justamente este tipo de respuesta la que prevé el Reglamento de Operaciones en Combate Irregular,¹²⁵ sobre el combate contrasubersivo, 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.

¹²³ Ver oficio 2919 del 15 de julio de 1997 obrante a folio 162 C.O 8

¹²⁴ Numeral 8° del citado documento

¹²⁵ Este documento que tiene el carácter de reservado fue aportado como prueba por las partes.

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 nuestro)

Los esfuerzos de inteligencia no deben estar solamente orientados sobre el blanco enemigo, un conocimiento profundo de la población civil, del terreno, y del tiempo, son de gran valor para los comandantes y para las tropas en cualquier operación de combare irregular.

Los comandantes de unidades que operan en ese ambiente, deben hacer uso de la mayor variedad de agencias y fuentes disponibles, que operan en la región dependan o no de su comando, puesto que es la única manera de planear y conducir operaciones sobre bases sólidas”

Si bien es cierto, la normatividad en cita alude al combate contra grupos subversivos, de todas formas es posible traerla a colación, para indicar que ante una información como la suministrada al General USCÁTEGUI RAMÍREZ, 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 los inicios de la investigación lo indicó este procesado, cuando aún no había esgrimido la tesis sobre su carencia de mando operacional sobre el Batallón Joaquín París, con el fin de justificar los motivos por los que no ordenó una respuesta militar.

Y aún careciendo de dicho mando, el General Uscátegui, tampoco debía agotar una actividad de inteligencia para luego sí reproducir la información al comandante que él consideraba era el que debía desplegar la operación militar

para contrarrestar a los paramilitares, es decir, en uno u otro caso, 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 inteligencia que tomaría tiempo valioso en momentos en que no se podía demorar la respuesta de las tropas ante el urgente llamado de auxilio hecho por la población de Mapiripán.

Para la Corte es diáfano que ante la gravedad de los hechos que se informaron a USCÁTEGUI RAMÍREZ, así él careciera del mando operacional sobre el BIPAR, no podía quedarse inerte pretextando que el territorio donde estaban ocurriendo los mismos no pertenecía al área de su jurisdicción¹²⁶, al menos debió informar al comandante que en su entender tenía que repeler esos hechos, en este caso el Jefe de la Brigada Móvil II, tal como se lo había sugerido OROZCO CASTRO cuando le informó de la grave situación indicándole que debía adelantarse una operación con apoyo de la BM2.

El entonces comandante de la Cuarta División del Ejército, General Agustín Ardila Uribe, quien es uno de los testigos que ubica al BIPAR bajo el mando de la BM2 y no de la VII Brigada, señaló que si bien nunca un comandante puede realizar operaciones en un área que no es de su jurisdicción, lo único que puede hacer son coordinaciones,

¹²⁶ 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.

es decir, informaciones que se envían al otro comandante para que él pueda contrarrestar al enemigo¹²⁷, siendo justamente ésta, sin lugar a dudas, la actuación que dejó de hacer USCÁTEGUI, pues jamás remitió la información a la BM2 o la trasladó a su comando superior para que el Ejército Nacional pudiera responder a la acción paramilitar.

Y para la Corte esta actuación le era exigible al procesado USCÁTEGUI en la medida en que testigos plenamente conocedores de la profesión militar, son enfáticos y coincidentes en señalar que ante la falta de recursos para responder a determinada situación, se debe informar al comandante superior y que en este caso frente al contenido del oficio 2919 se debió informar al Comandante del Ejército. Así lo indicó el General en retiro Harold Bedoya: *“Si un comandante de brigada no tiene ni batallones, ni medios y está paralizado, no informa a su comandante superior, debieron informar al Comandante del Ejército”*

Aunque son varios los testigos, entre ellos Harold Bedoya, Agustín Ardila y Alfredo Bocanegra¹²⁸ los que señalan que OROZCO debió informar de la situación al comandante de la Brigada Móvil II y no al de la Séptima Brigada, de todas formas esa situación no desliga de responsabilidad a USCÁTEGUI RAMÍREZ, pues aunque no tuviera la potestad de ordenar la movilización de tropas a Mapirirpán, sí tenía al menos el deber de informar a su comando superior, o trasladar la información al comandante que él consideraba

¹²⁷ Folio 59 y siguientes del cuaderno 2 de audiencia pública.

¹²⁸ Folio 110 cuaderno número 2 de audiencia pública

tenía esa obligación, por tratarse de un ataque a la población civil en un sitio que geográficamente correspondía al área de la Brigada VII.

El Coronel Alfredo Bocanegra Navia señaló claramente cuál es el procedimiento que debe ejecutar un comandante de Brigada cuando es informado de que existe una alteración de orden público en su territorio y no cuenta con medios para responder, en los siguientes términos: *“Yo lo hago aquí gráficamente Dr., el comandante de esa Brigada tiene tropas en reentrenamiento, el Comandante de la Brigada seguramente le va a informar al comandante superior inmediato que es el Comandante de División, le va a decir que yo no puedo utilizar tropas en reentrenamiento, seguramente le va a decir, termine el reentrenamiento y desplácese o no o yo lo apoyo con otra unidad militar, se la doy para poder apoyarlo y pueda suplir esa necesidad, ese requerimiento que se le está planteando”*¹²⁹

Bajo este panorama y dando la Sala crédito a las pruebas que señalan que el acusado no tenía mando operacional sobre el Batallón Joaquín París, eran dos las alternativas que tenía el mismo para cumplir con el deber de protección a la población de Mapiripán que le imponía la propia Constitución Política por ser miembro activo de la fuerza pública: (i) informar de esa delicada situación a su comandante superior que era el Comando de la 4ª División del Ejército, para que tomara las medidas del caso, o (ii) trasladar esa información al Comandante de la Brigada

¹²⁹ Ibíd folio 120

Móvil II, que según el acusado lo ha sostenido y así lo revelan varios medios de convicción, era el que ostentaba el mando operacional sobre el BIPAR, con el fin de que tomara las acciones pertinentes, toda vez que HERNÁN OROZCO nunca se dirigió a esa brigada móvil para informar lo que sucedía en Mapiripán.¹³⁰

5.3.3 SUSTENTO DE LA POSICIÓN DE GARANTE DE JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI

En este orden de ideas, aún aceptando que USCÁTEGUI RAMÍREZ carecía del mando operacional sobre el Batallón Joaquín París, esa circunstancia no lo desligaba de su calidad de garante, pues aunque no pudiera ordenar directamente la movilización de la tropa asignada al BIPAR, sí le asistía la obligación de coordinar las acciones a tomar con otras unidades militares, en este caso con el Comando de la Brigada Móvil II, o informar de la delicada situación a su comando superior quien sí disponía de los recursos de los que carecía el Batallón Joaquín París, tropa y medios de transporte aéreo, para enviar a Mapiripán.

Prueba de esto último es que una vez el Comandante de la Cuarta División del Ejército, General Agustín Ardila Uribe¹³¹, se enteró el 21 de julio de 1997 de la alteración del

¹³⁰ El testigo Luis Felipe Molano Díaz, oficial adscrito a la 7ª Brigada para la época de los hechos, indicó que Orozco Castro debió informar a la BM2 de lo que estaba pasando a Mapiripán, hechos que ya conocía antes de rendir ese informe. Folio 137 cuaderno número 2 de audiencia pública. También así lo precisó el José Luis Calderón cuando dijo que por norma el resumen semanal de inteligencia que Orozco envió al a BM2 debía incluir la información de Mapiripán.

¹³¹ Testimonio vertido en audiencia pública, obrante a folio 59 y siguientes del cuaderno 2 de audiencia pública.

orden público en dicha población a raíz de una llamada telefónica que recibió del Comando del Ejército, dispuso inmediatamente el traslado de hombres hacia Mapiripán, a través de una orden verbal a la BM2, a consecuencia de lo cual el comandante encargado de esa Brigada, Teniente Coronel Lino Sánchez, emitió la orden de operaciones fragmentarias 018¹³² de la misma fecha, disponiendo que su tropa se desplazara a Mapiripán para retomar el control militar del área, lo que efectivamente ocurrió en el lapso de unas horas.

Ante una situación como la descrita en el original oficio 2919 de julio 15 de 1997, ningún miembro de las Fuerzas Armadas puede mantenerse inerte, 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 General del Ejército, 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 tienen bajo el mando directo, sino también transmitiendo información oportunamente y coordinando con otras unidades la ejecución de operaciones necesarias para combatir eficazmente el común enemigo institucional.

Si bien es cierto, las funciones de las Fuerzas Armadas están organizadas y distribuidas territorialmente de modo

¹³² Ver folio 159 del C.O 48

que sus diferentes unidades asuman de primera mano la custodia de una porción del territorio patrio, 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.

La simple 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 aun cuando el primer llamado a responder en un determinado sitio, solicite apoyo de otras unidades por no contar con tropa y medios suficientes para repeler eficazmente un ataque o amenaza que esté padeciendo, tal cual ocurrió en el caso materia de estudio.

La estructura organizacional de las Fuerzas Armadas, hace que en cada lugar del territorio nacional exista un mando militar operacional, responsable de atender en primer lugar algún requerimiento de la población civil. Esa autoridad directamente asignada a una determinada zona, es la que en principio ostenta la posición de garante en su respectiva circunscripción territorial.

Empero, esa calidad jurídica se extiende con todas sus consecuencias, a otras autoridades militares cuando quiera que éstas hayan sido avisadas de un ataque o amenaza

contra la población civil y se les haya requerido la prestación de algún tipo de apoyo necesario para controlar eficazmente la situación.

A partir de ese aviso y petición de ayuda, surge para quien lo recibe el deber de reaccionar en igualdad de condiciones que se exige para el primer respondiente, pues se activa para él, en el caso concreto, la responsabilidad solidaria de protección a la población civil amenazada o afectada, dispuesta de manera general y abstracta en la Constitución Nacional como misión primordial de todos los miembros de la fuerza pública.

La Corte no encuentra admisible bajo ninguna circunstancia que un mando militar de rango superior se quede inerte o no haga absolutamente nada, 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 aún cuando de manera directa se le haya 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 nacional, aplicando una especie de responsabilidad objetiva. Rotundamente no. Aquí lo que se le censura al General USCÁTEGUI y lo que a la postre lo hace penalmente responsable del resultado producido en la toma de

Mapiripán, es su injustificada y absoluta omisión del deber que tenía como oficial superior del Ejército Nacional, al haber dejado de hacer al menos una llamada oportuna al Comando General de su Fuerza, al Comando de su respectiva División, o al Comando de la Brigada Móvil II, comunicando la delicada situación que estaba sucediendo en Mapiripán, para que se coordinaran las acciones a seguir en apoyo de esa población que estaba siendo atacada por grupos paramilitares, tal como se lo había informado el Mayor HERNÁN OROZCO, Comandante del BIPAR.

Esa total indiferencia del General USCÁTEGUI frente a tan delicada información recibida, lo hace responsable, no porque tuviera directamente a su cargo la población de Mapiripán, sino porque una vez fue avisado del hecho, solicitándole que prestara el apoyo necesario, asumió también la posición de garante y no hizo el menor esfuerzo por realizar alguna acción de salvamento de las inminentes víctimas, incumpliendo así su misión institucional y comprometiendo su responsabilidad penal por la omisión injustificada del deber legal que tenía.

Los miembros de la Fuerzas Armadas y en especial los comandantes de las unidades superiores, no deben alarmarse cuando la justicia hace este tipo de pronunciamientos. Por el contrario, deben quedar tranquilos porque existe claridad en torno a que en ningún caso deben responder por daños o perjuicios causados a la población civil cuando, de un lado, los mismos tengan ocurrencia fuera del área bajo su directo mando, donde

como se sabe ostentan la posición de garante primigenia de la población civil y, del otro, no se les haya requerido apoyo de algún tipo para prevenir o conjurar esos daños, eventualidad en la cual también asumen por extensión la posición de garante en el territorio atacado o amenazado, en cumplimiento de la misión constitucional de protección a la población civil que le corresponde a todos los miembros de las fuerzas armadas.

La suerte del acusado USCÁTEGUI sería muy diferente, si hubiera hecho apenas algo de todo lo que podía hacer como General del Ejército y Comandante de la Brigada VII, luego de conocer lo que estaba aconteciendo en Mapiripán por aquellos días. Pero lo que no puede admitirse, ni siquiera por sus mismos colegas militares, es que haya sido completamente indiferente ante la grave situación que le había sido informada, como si no le importara la misión constitucional del Ejército de Colombia, y apoyándose en que no tenía mando operacional en el lugar del hecho, ni siquiera haya comunicado oportunamente la delicada novedad a sus superiores, o coordinado con quien sí tenía dicho mando para que hiciera lo necesario en defensa de los habitantes de esa localidad.

En este orden de ideas, 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 informe 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.

Conforme con lo expuesto, el comportamiento omisivo del militar que conoce de un acontecimiento que amenaza de manera grave a la población civil, aún cuando en él no radique la directa obligación de desplegar una operación específica, dejando de reportarlo a quien de acuerdo con la distribución interna de tareas sí le corresponde enfrentarlo, no puede excusarse en que el hecho está teniendo lugar en un territorio por fuera de su jurisdicción y así pretender desligarse de toda responsabilidad, en la medida que de su actuación dependía que el Ejército Nacional como institución, interrumpiera el curso causal del suceso delictivo.

Lo anterior significa que la posición de garante de los miembros de la fuerza pública no es un tema que se agote en el concepto de jurisdicción y de mando operacional, pues aquella se extiende a acontecimientos como los descritos en precedencia, siempre que se cumplan a cabalidad los presupuestos allí indicados.

Al respecto oportuno es traer a colación varias decisiones adoptadas en los juicios que tuvieron lugar después de la Segunda Guerra Mundial, con los que 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**.

Dicho Tribunal sostuvo que “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”.¹³³

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 autoridad.¹³⁴ 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”.¹³⁵ Todo ello, más allá de temas de carácter administrativo y formal, relacionados con atribución de competencias.

Esta exigencia de actuar en situaciones como la que es objeto del presente fallo, emerge de la misión institucional de las fuerzas armadas de proteger a la población civil y mantener el orden público y constitucional en todo el

¹³³ *United States v. Soemu Toyoda*, Official transcript of Record of trial, pp. 5011, 5012.

¹³⁴ Corte Suprema de EEUU, *In re Yamashita*, 327 US 1, 15 (1945).

¹³⁵ *Medical Trial*, II The Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals, p. 212.

territorio nacional, la cual no se interrumpe bajo ninguna circunstancia y demanda de sus miembros actuar en defensa de tal propósito, dentro del marco de sus posibilidades y con relación a su rango y posición al interior del estamento militar, pues no puede esperarse, por ejemplo, la misma acción de un soldado que de un General y la incidencia de la respuesta de uno y otro, no puede mirarse desde igual óptica a la hora de determinar si ésta era idónea para impedir el resultado dañoso y, por contera, definir si se tenía o no la posición de garante.

Aunque en principio y en abstracto, todos los miembros de la fuerza pública tienen la condición de garantes de la población civil, como así emana del artículo 217 constitucional, la organización jerarquizada de las fuerzas armadas supone que la imputación de un resultado dañoso a título de autoría por posición de garante, debe verificarse en situaciones concretas, en orden a demostrar que el miembro de la fuerza pública de acuerdo con las competencias fijadas en sus respectivos reglamentos o manuales internos, tenía el deber de protección de un bien jurídico o de una fuente de riesgo, aspecto que en la mayoría de las veces viene definido por el territorio al cual es asignado y el rango que ostenta, como también por la determinación de si cuenta o no con los medios idóneos para impedir la producción del resultado, todo lo cual confluente a establecer si la actuación que está llamado a realizar es suficiente para interrumpir el curso causal de la acción.

Así las cosas, siempre será el primer llamado al salvamento de los pobladores de un determinado territorio, aquél que tenga asignada esa jurisdicción 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, 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.

Y se reitera, la capacidad de interferir el curso causal de la acción delictiva, no siempre impone el despliegue de tropas para ejecutar una operación militar, pues en algunos casos la acción idónea se concreta simplemente en comunicar oportunamente una información o coordinar una operación, razón por la cual en todos los casos el miembro de la fuerza pública que tiene conocimiento de

una amenaza o ataque contra la población civil o de una grave alteración del orden público, debe actuar de manera expedita, estableciendo canales de comunicación, hasta que la información llegue al comandante militar que corresponda y esté en capacidad de reaccionar eficazmente.

Así las cosas, para el caso en cuestión, sin lugar a dudas, en el procesado JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI concurría la condición de garante, dada su pertenencia al Ejército Nacional, que por lo mismo le imponía desplegar una conducta que estuviera acorde con los fines de la institución, como lo era la protección a la población civil, según se explicó en el capítulo 2 del acápite de consideraciones.

Adicional a esa competencia institucional, analizando las exigencias concretas de esta forma de imputación, las cuales fueron referenciadas en el mismo capítulo de este proveído, se advierte que existió la creación de una situación de riesgo para los bienes jurídicos de la vida y la libertad atribuible a un tercero y que lo que facilitó la concreción de ese riesgo en la producción del daño fue, por un lado, que miembros del Ejército Nacional diferentes al aquí procesado, quienes ya fueron condenados, permitieron deliberadamente la llegada de un grupo de paramilitares al municipio de Mapiripán, donde no había presencia de la fuerza pública y, por el otro, la permanencia de los ilegales en dicha localidad sin ningún tipo de control, lo que les permitió tomarse el pueblo, restringir la libertad de sus habitantes y ultimar a varios de ellos.

También se verifica que pese a que el General USCÁTEGUI RAMÍREZ se enteró de la presencia de ese grupo en dicha localidad a través de la remisión que OROZCO CASTRO le hizo del inicial oficio 2919 del 15 de julio 1997, documento que de manera explícita narraba la inminencia de homicidios a la población civil, no realizó absolutamente ninguna acción para que el Ejército Nacional repeliera el ataque, ni siquiera la más elemental y de fácil realización como era informar la novedad a su comandante superior para que éste dispusiera de los recursos que se requerían para movilizar tropa a Mapiripán y de los que carecía el Batallón Joaquín París, o trasladar el oficio al comandante de la Brigada Móvil II para que se hiciera cargo de la situación, ya que sí contaba con disponibilidad de hombres y de medios aéreos en el sitio conocido como Barrancón, contiguo a San José del Guaviare, que era el lugar más cercano a Mapiripán en el que había presencia de la fuerza pública.

Sin embargo, ninguna de estas acciones que estaba en posibilidad de ejecutar, realizó JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI, quien luego de ocurridos los hechos y después de que se hiciera palpable la ocurrencia de la anunciada masacre, optó por desplegar maniobras que justificaran su falta, como lo fue el cambio en el contenido del oficio 2919 de 1997, para hacer ver que no había sido enterado de la gravedad de los hechos que estaban sucediendo en Mapiripán desde el 15 de julio de 1997 y que se prolongaron hasta el día 20 de ese mes.

Igualmente, concurría en USCÁTEGUI el conocimiento de que el resultado que aún no se había concretado para el momento en el que fue avisado de la presencia de paramilitares en el casco urbano de Mapiripán se iba a producir, dado que en el documento tantas veces mencionado, se narraron con minuciosidad las acciones ejecutadas por el grupo de paramilitares una vez hicieron presencia en el pueblo, en el que se indicó que prohibieron las comunicaciones, cercaron el municipio, realizaron allanamientos a las viviendas, con lista en mano se llevaron a varios de sus pobladores y clausuraron los despachos públicos, acciones que se prolongaron durante los días posteriores a la fecha en la que el General USCÁTEGUI fue informado por escrito de esos graves hechos.

Es claro, entonces, que para cuando el acusado recibió el informe, aún no se habían ejecutado varios de los asesinatos a sus pobladores, pues hasta ese momento estaban siendo retenidos por los paramilitares, quienes en el transcurso de los cuatro días siguientes y sin que el Ejército hiciera presencia, cometieron los homicidios. Estas graves violaciones a los derechos humanos pudieron ser precavidas por el General USCÁTEGUI desde el 15 de julio de 1997, fecha en la que los paramilitares llegaron a Mapiripán donde permanecieron hasta el 20 del mismo mes.

Para la Corte es evidente que si el acusado hubiera cumplido con la más simple acción que estaba llamado a realizar en los

términos precisados, se habría interrumpido el curso causal de los sucesos que finalmente pudieron ejecutar terceras personas pertenecientes a grupos armados ilegales, pues la conducta correcta del procesado era idónea para posibilitar que el Ejército se enterara de lo que estaba pasando y reaccionara en forma inmediata como en su momento, pero tardíamente, lo hizo, en operación coordinada por el General Agustín Ardila Uribe¹³⁶, con lo cual se hubiera impedido que la población civil quedara a merced del grupo de paramilitares.

5.3.4 IMPUTACIÓN OBJETIVA Y SUBJETIVA DEL RESULTADO

5.3.4.1 Para determinar si en el caso del General USCÁTEGUI RAMÍREZ es posible realizar la imputación tanto objetiva como subjetiva del resultado antijurídico, corresponde verificar el cumplimiento o no de los elementos esenciales de cada una de ellas, los cuales fueron referenciados en el numeral 2º del capítulo de las consideraciones.

En este propósito, se tiene que los elementos del tipo objetivo son:

(i) Existencia de una situación que obligue a actuar: El proceso claramente da cuenta de la materialización de una situación de riesgo inminente en la que se encontraban los

¹³⁶ 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 II que trasladara hombres a Mapiripán, los cuales llegaron en esa fecha vía aérea, cuando los paramilitares ya habían abandonado el pueblo.

pobladores de Mapiripán, como lo advirtió en su momento el oficio 2919 de 1997.

(ii) No realización de la acción ordenada por la norma: Igualmente, emerge diáfano que USCÁTEGUI RAMÍREZ dejó de ejecutar la acción que le imponían sus deberes como General del Ejército Nacional, máxime teniendo en cuenta que el municipio de Mapiripán, sí estaba dentro del área geográfica de la VII Brigada de la cual era su comandante.

(iii) Capacidad individual de actuar en la situación concreta: El procesado tenía la capacidad y contaba con los medios para haber informado lo que estaba ocurriendo en Mapiripán, al Comandante que sí podía desplegar tropa a esa localidad, esto es, al jefe de la Brigada Móvil II, o coordinar con él la operación táctica, o transmitir la información al Comando General del Ejército para que enviara hombres a esa población.

(iv) Probabilidad casi certera de que con su acción se habría evitado el resultado: De no haberse guardado USCÁTEGUI RAMÍREZ los importantísimos datos que le había suministrado el Mayor HERNÁN OROZCO CASTRO y de haber enterado a otras unidades también llamadas a la protección de la población civil, con probabilidad de certeza, el resultado final no se habría producido, pues la acción que estaba llamado a realizar, habría permitido que otros mandos y unidades del Ejército se enteraran de lo que estaba pasando en Mapiripán, interviniendo de manera oportuna.

(v) Que se ostente la posición de garante: Por último, USCÁTEGUI RAMÍREZ, aún careciendo del mando operacional sobre el Batallón Joaquín París, sí tenía la posición de garante frente a la población civil de Mapiripán desde el momento en que le fue solicitado su apoyo, calidad que no estaba determinada por el hecho de que tuviese el mando operacional sobre el BIPAR, pues como se ha explicado, su obligación de protección a la población civil, no dependía del mando operacional respecto de ese batallón, sino que por su alto rango y ser jefe de una Brigada, estas condiciones le permitían haber desplegado acciones diferentes a las estrictamente operativas de combate, para lograr que el Ejército Nacional interviniera repeliendo a los paramilitares instalados en Mapiripán durante cinco días.

Y en cuanto a la tipicidad subjetiva, igualmente se cumplen a cabalidad los presupuestos, a saber: (i) conocimiento de la situación fáctica: El procesado era plenamente conocedor de lo que estaba pasando y por ello estaba en capacidad de anticipar lo que muy seguramente iba a suceder en la población de Mapiripán y (ii) tenía conciencia de su propia capacidad de acción, es decir, sabía que estaba en posibilidad salvaguardar los bienes jurídicos en riesgo, informando a su comando superior o directamente al Comando del a Brigada Móvil II, para que ésta se pusiera al frente de la situación.

5.3.4.2 Frente a la anterior realidad debidamente acreditada y que para la Sala estructura el tipo de omisión

impropia, según la cual el procesado sí estaba llamado a realizar acciones de salvamento a favor de la población de Mapiripán, el General JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI RAMÍREZ, desde fases muy tempranas de la investigación, conciente de su pasiva actitud ante la situación que se le informó el 15 de julio de 1997, ha tratado de justificar su comportamiento, pregonando su inocencia, alegando en forma vehemente que para el momento de los hechos, carecía del mando operacional sobre el BIPAR, argumento que al ser acogido por el juez de primera instancia, conllevó a su absolución, dado el estado de duda que a dicho funcionario le generó la concurrencia de esa circunstancia (mando operacional) y que a su parecer emergía necesaria, como elemento estructurante de la posición de garante del General USCÁTEGUI.

Desde su vinculación al proceso penal a través de indagatoria, el acusado, señaló que la Brigada Movil II era la que debía actuar en este caso por la proximidad al lugar del hecho y su mando operacional sobre el Batallón Joaquín París:

“ La unidad más próxima era el Batallón Joaquín París, pero estaba comprometido, quedaba una alternativa, la Brigada Móvil II que como mínimo tenía dos batallones en Barrancón en reentrenamiento o sea que podía suspender ese reentrenamiento y tenía prioridad las operaciones (sic) la Brigada Móvil II tenía la misma categoría que la Séptima Brigada y se encontraba operando en el Guaviare con la ventaja que ella como mínimo debía tener dos helicópteros uno de ellos artillado, pero esta brigada al igual que la séptima, dependía del comandante de la Cuarta División General Ardila, para yo emplear el batallón 16 en Puerto

Gaitán él lo autorizó... yo creo que la Brigada Móvil II pudo haber actuado en Mapiripán, pero lo que para mí es inexplicable es porqué el Mayor Orozco no le dio la información al Coronel Sánchez Prado Lino con quien compartía las mismas instalaciones y casinos ... El París (sic) por organización depende de la Séptima Brigada pero operacionalmente desarropa operaciones conjuntas con la móvil dos, es decir el Batallón París controlaba todas las carreteras y puntos críticos y la Brigada móvil dos golpeaba”¹³⁷

Esta misma exculpación se reiteró en las alegaciones previas a la calificación del sumario por parte de su defensor quien señaló que “*el General USCÁTEGUI RAMÍREZ no era el competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos*¹³⁸, *dado que no había relación operativa entre el Batallón Joaquín París y la Séptima Brigada...* ” y que por razón de la Operación Conquista el Batallón de Infantería N. 19 Joaquín París pasó a ser controlado operacionalmente por la Brigada Móvil II. Dicha exculpación ha sido justamente el objeto principal de debate en las instancias y también en sede extraordinaria.

Al respecto considera la Sala que si bien tal planteamiento de la defensa se orientó básicamente a desvirtuar la tipicidad objetiva de la conducta enrostrada al General USCÁTEGUI, cuando en forma reiterada ha señalado que él no tenía la posición de garante por carecer de mando operacional sobre el BIPAR, ésta alegación corresponde ser analizada con mayor profundidad, pues no puede desconocerse la especial importancia que ella reviste dentro

¹³⁷ Indagatoria obrante al folio 8 y siguientes del C.O. 16

¹³⁸ Folio 137 C. 66

del marco de otro de los elementos estructurales del delito como lo es la culpabilidad, toda vez que resulta indiscutible que la presencia para la época de los hechos de la Brigada Móvil II en las mismas instalaciones donde funcionaba el BIPAR, generaba confusión en torno a cual de las dos Brigadas tenía el mando operacional sobre ese batallón que era el más cercano a Mapiripán y por lo mismo, era el primer llamado a responder por la seguridad y el orden público de ese municipio.

Esa particular situación en la que dos brigadas del Ejército Nacional aparecen operando simultáneamente en una misma área territorial, ciertamente hacía factible que el procesado creyera, como lo ha sostenido, que en él no recaía el deber de salvamento sobre los habitantes de dicha localidad, y en ese entendimiento, asumiera que su acción omisiva no era contraria a derecho, pues en su sentir, no estaba incumpliendo con sus deberes, los cuales en forma equivocada pensó, sólo emanaban de la figura del mando operacional y que su mando administrativo sobre el Batallón Joaquín París, no lo comprometía a actuar frente a la información que le transmitió el Mayor HERNÁN OROZCO CASTRO, comandante encargado del citado Batallón.

Según lo muestra el proceso, no hay un conocimiento unánime por parte de los testigos y de la prueba documental, acerca de cuál de las dos Brigadas tenía el mando operacional sobre el Batallón Joaquín París con sede en San José del Guaviare, dado que la mayoría de los declarantes, todos conocedores de la profesión militar,

concluyen que la Brigada VII sólo era responsable de cuestiones administrativas relacionadas con el citado Batallón, debido a la presencia y acción de la Brigada Móvil II en la misma sede del BIPAR.

Es a partir de esa especial circunstancia que resulta admisible considerar los argumentos que a lo largo del proceso ha expuesto la defensa de USCÁTEGUI RAMÍREZ, que aunque han sido esgrimidos en forma exclusivamente fáctica conforme a los hechos del proceso, al ser adecuados dogmáticamente, lo que observa la Sala, es la existencia de un error de apreciación por parte del General USCÁTEGUI, acerca de que su obligación como garante sólo le era exigible si contaba con mando operacional sobre la unidad militar que solicitó su apoyo, y que equivocadamente creyó que su actitud omisiva, no comportaba un incumplimiento de sus deberes, es decir, que no era antijurídica, en la medida en que los llamados al salvamento de los bienes jurídicos de la vida y la libertad de los pobladores de Mapiripán, eran los Comandantes de la Brigada Móvil II y del Batallón Joaquín París, este último a quien correspondía solicitar el apoyo militar de esa Brigada Móvil y no de la VII.

La anterior situación se amolda a lo que en teoría del delito se conoce como un error de prohibición, lo cual impone a la Sala adentrarse en el estudio del tema, el que a pesar de no haber sido propuesto expresamente por el casacionista, sí guarda íntima relación con los argumentos defensivos y emerge del análisis probatorio que tuvo que

agotar la Sala para examinar de fondo el cargo de violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho, postulado en la demanda de casación y admitido por la Corte.

Adicional a lo anterior, esta Corporación en su esencial función de administrar justicia, debe hacer efectivos los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política, según emana de su artículo 2º y de los artículos 1º y 9º de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, normas que imponen a los jueces hacer efectivos los derechos y garantías consagrados en la Carta, al tiempo que velar por la salvaguarda de los derechos de los intervinientes en el proceso penal y propender por un proceso justo, artículo 29 superior.

Estas finalidades del ejercicio de la actividad judicial son desarrolladas por la ley procesal penal del año 2000, en su artículo 142, numeral 1º, que fija como deberes de los operadores de justicia, resolver los casos con sujeción a los principios y garantías que orientan la actividad jurisdiccional, haciendo efectiva la igualdad de los sujetos procesales. A su turno, el artículo 206 impone como finalidades de la casación, la efectividad del derecho material y el respeto a las garantías debidas a partes e intervinientes, aspectos que permiten que en ciertas situaciones se supere el principio de limitación que rige la casación, con el fin de que la Corte como juez que es, patentice el derecho de acceso a la administración de justicia, interviniendo más allá de los cargos propuestos en

la demanda, en orden a que se adopte una decisión justa, como fin primordial del Estado Social de Derecho.

De allí por ejemplo que en materia de casación oficiosa, la Corporación haya aceptado que la misma no sólo tiene lugar cuando se advierta la trasgresión de garantías fundamentales atacables por la vía de la causal tercera, sino también incluso, cuando observe violaciones directas o indirectas de la norma sustancial o desconocimiento del principio de congruencia, veamos:

*“De todo lo dicho surge con nitidez que la casación oficiosa procede no sólo cuando la sentencia de segunda instancia se dicta en un juicio viciado de nulidad, sino también cuando sea violatoria directa o indirectamente de una norma de derecho sustancial o cuando no esté en consonancia con los cargos de la acusación”*¹³⁹

En ejercicio de esta legítima facultad oficiosa, en reciente decisión¹⁴⁰ la Corte con el fin de garantizar los derechos del procesado, reconoció la existencia de un error de tipo invencible que conllevó a su absolución por un delito de homicidio, sin que dicha cuestión hubiera sido al menos tímidamente postulada en desarrollo de las instancias, ni tampoco en la demanda de casación.

Y aunque el presente caso no corresponde estrictamente a una casación oficiosa, en tanto se reconoció

¹³⁹ Casación 23251 del 13 de septiembre de 2006.

¹⁴⁰ Casación 43033 del 5 de marzo de 2014.

la concurrencia de errores de hecho por falsos juicios de existencia cuando se declaró la prosperidad del cargo pero sin los alcances propuestos por el demandante (numeral 5.3.1.1), de todas formas y con ocasión del estudio de fondo de dichas censuras, la Corte se vio precisada a abordar el análisis de las pruebas lo que le permitió advertir la posible configuración de una causal eximente de responsabilidad, cuyos presupuestos se verificarán a continuación, en orden a establecer si se reconoce o no.

5.3.4.3 Retomando entonces lo relativo al tema del error, lo primero que debe aclararse es que aunque el conocimiento respecto de que se ostenta la posición de garante, es un elemento de la tipicidad, no puede olvidarse que su contenido no es sólo sobre lo fáctico sino también y en esencia sobre lo normativo, dado que implica el conocimiento sobre la antijuridicidad de la conducta, pues si el agente sabe que es garante, al mismo tiempo deduce cuáles son las obligaciones que se derivan de esa calidad y que de apartarse de esos deberes, incurre en una infracción al orden jurídico, es decir, tiene conciencia acerca de la antijuridicidad de su omisión, lo cual constituye uno de los elementos de la culpabilidad junto con la capacidad de la misma (imputabilidad) y la exigibilidad de otra conducta.

De allí que se diga que el error de prohibición es una circunstancia que afecta la culpabilidad y no la tipicidad, motivo por el que su reconocimiento, si se trata de un error invencible comporta una causal eximente de responsabilidad que conlleva a la absolución, pero si se

estructura el error vencible se genera responsabilidad penal pero la sanción es atenuada.

La Corte ha tenido la oportunidad de estudiar el tema del error de prohibición, incluso antes de la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000, cuando bajo un esquema causalista del comportamiento delictivo e influenciado por la teoría del dolo, se lo conocía como error de derecho, pero de todas formas se lo relacionaba con aspectos inherentes a la antijuridicidad y en cuanto a sus consecuencias, como causal de inculpabilidad (Numeral 3° del artículo 40 del Código Penal):

“Estas clases de error, lo tenía más o menos consolidado la doctrina, convenían cuando la equivocación recaía sobre los elementos constitutivos de la conducta, sobre una característica del sujeto pasivo o sobre el objeto material, en el primer caso -error de hecho-, o cuando la equivocación versaba sobre la existencia del dispositivo legal que describe la conducta como ilícita o sobre su interpretación, en el segundo caso -error de derecho- (cfr. Reyes Echandía Alfonso -La culpabilidad. U.E. de Colombia. 1977 ps.202 y s.s.)

Sin embargo dicha clasificación de las formas de error se fue haciendo insuficiente frente a los criterios que sobre los contenidos de uno y otro concepto se habrían ido delimitando y sobre la imposibilidad dogmática de sostener dicha división, sobre todo porque "todo error jurídicamente relevante es necesariamente un error de derecho". (BINDING).

*De ahí que se terminara sustituyendo ambas modalidades de error por los denominados doctrinalmente, error de tipo y **error de prohibición**. Con el objetivo de superar el absolutismo de la presunción de conocimiento de la ley penal, para destacar, en los primeros el desconocimiento de circunstancias de hecho objetivas pertenecientes al tipo de conjunto, tanto en el ámbito de lo descriptivo como en el de lo normativo, y **para recoger en los segundos los que versan sobre la antijuridicidad de la conducta**. La defensa putativa, falsa o errónea cabría así, en dichos esquemas, en la categoría de los errores de hecho en la primera fase de la evolución y en la de los errores de prohibición en la segunda, recogidos por el numeral 3° del artículo 40 del C.P. actualmente vigente”¹⁴¹ (Resaltado nuestro).*

¹⁴¹ Casación 9382 del 15 de octubre de 1997

Ya en el escenario del Código Penal del año 2000, en el que en la interpretación de la jurisprudencia, frente a aspectos dogmáticos del delito, ha aludido a la teoría estricta de la culpabilidad, se dijo lo siguiente:

*“En la actual teoría del delito, pero con énfasis en aquellos delitos en los que en su núcleo sobresale la infracción a un deber, como también en los eventos de omisión pura o simple, siempre existe de por medio una exigencia al sujeto activo de la conducta y, por consiguiente, un reproche si fue incumplida o insatisfecha. **La exigibilidad**, pues, en tales eventos, resulta indispensable, inclusive con asidero constitucional, pues, como muy bien se ha sostenido, tiene su fundamento en la función promocional del Estado, obligado como está a garantizar la prosperidad general haciendo efectivos los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Fundamental. Si la razón por la cual están instituidas las autoridades de la República radica en la función protectora del Estado (en vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades) ¹⁴² **la exigibilidad** en el cumplimiento de sus respectivos roles es básica y, por lo tanto, también para sustentar su responsabilidad.*

Ahora bien, la Sala, que no ha tenido oportunidad de pronunciarse con amplitud al respecto, ¹⁴³ sin adentrarse ahora en los meandros de la teoría, mas sin desconocer, claro está el estado de la dogmática actual, reconoce que para poder atribuirle culpabilidad a un sujeto ¹⁴⁴, por un acto a él imputable, deben concurrir tres elementos básicos de la aludida exigibilidad, a saber : la imputabilidad (exigibilidad sistémica), la exigibilidad de otra conducta (estado de necesidad, miedo insuperable) y la exigibilidad de la conciencia de antijuridicidad. ¹⁴⁵

El caso en cuestión no ofrece discusión alguna sobre la imputabilidad de la procesada y no involucra en su temática la exigibilidad de otra conducta. El debate se ha dado entonces respecto de la actitud dolosa (o culposa) de la Fiscal acusada y, fundamentalmente, en dilucidar o establecer si al omitir la oportuna calificación del mérito sumarial del asunto que estaba en turno en su despacho, actuó con la certidumbre

¹⁴² Artículo 2º de la Constitución Nacional.

¹⁴³ No son frecuentes los pronunciamientos de la Sala en esta materia. En sentencia de 2ª instancia de diciembre 11 de 1998, en el radicado No. 13.185, se afirmó con la dogmática dominante que la no exigencia de comportamiento diverso subyacen cada una de las causales de inculpabilidad (art. 40, Decreto. 100/80), conforme a las cuales se concluye que es inculpable quien no podía actuar de otro modo. M. P. CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE.

¹⁴⁴ En definitiva, lo que interesa es la persona **concreta**, responsable frente al sistema penal-criminal. Ello significa que el sujeto pueda responder a tareas **concretas** que le exige el sistema. Luego, responsabilidad implica **exigibilidad**”. BUSTOS y HORMAZÁBAL. Ob. cit. Vol. II. P. 335

¹⁴⁵ JUÁN J. BUSTOS RAMÍREZ, HORMAZÁBAL MALERÉE. LECCIONES DE DERECHO PENAL. Ob. Cit. Vol. I. p. 154.

de que con su omisión cometía una conducta típica, sin que concurrieran factores objetivos que excluyeran su responsabilidad y, además, con la conciencia de la ilicitud de su conducta. En caso contrario, tendríamos que afrontar o un error sobre un hecho constitutivo de infracción penal, invencible o vencible, u otro, de similar carácter, pero sobre la licitud de la conducta. El primero, comúnmente conocido como error de tipo, ahora con importantes variaciones, el segundo como error de prohibición o de **ilicitud** conforme al artículo 32.11 de la ley 599 de 2000, bajo cuya vigencia se cometió la conducta objeto de este proceso.

No es necesario profundizar en el campo del primer error, porque no ha sido objeto de comentario, argumento o análisis alguno en este caso. En efecto, no se puede afirmar que la Fiscal al saber que tenía un asunto a su consideración, del que dependía la suerte de un proceso y la libertad de un sindicato, se pudiera equivocar sobre el alcance legal y penal de su retardo contra legem y es claro que sobre ello no podría aducirse la concurrencia de presupuestos objetivos que excluyeran la posible responsabilidad que ello podría acarrearle.

Entonces, resta por examinar, si conociendo como conocía la congestión de su despacho y la existencia de asuntos urgentes por resolver, unos más que otros, al omitir la calificación del sumario seguido contra (..), actuó con conciencia de lo ilícito de su omisión, o por el contrario, dadas las circunstancias que rodearon todo su comportamiento (incluyendo esa omisión) **no se le puede formular una exigibilidad** de la conciencia de estar incurriendo en ese posible injusto.

De conformidad con el artículo 32.11 del Código Penal vigente, **“para estimar cumplida la conciencia de antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta”**.

Una enorme discusión se ha dado en la doctrina y la dogmática, que aún no culmina en torno de este concepto, que nuestro ordenamiento jurídico superó con la definición trascrita, incorporada al ordenamiento jurídico, sobre lo cual la sala ha de pronunciarse porque en ello se introdujo una modificación de índole “copernicana” en nuestra legislación penal.

En efecto, en el estatuto penal anterior, tanto el error de prohibición como el de tipo excluían la culpabilidad con la misma metodología, consecuente con el causalismo natural que lo caracterizó: si el error, uno u otro, provenía de la culpa, el hecho se convertiría en culposo y como tal se sancionaría si la ley lo tuviere previsto como culposo. Se trata de la denominada teoría estricta del dolo, también conocida como teoría del dolo malo, en la que el dolo y la culpa conformaban especies de la culpabilidad y, por consiguiente, tanto el conocimiento de la tipicidad como el de la antijuridicidad obran en condiciones de igualdad.

En el Código Penal de 2000, el sistema adopta el concepto de **injusto**¹⁴⁶, en el cual se engloban tres elementos sustanciales del delito: la conducta, típica y antijurídica, entendiéndose éste último como primario, puesto que la razón de la tipicidad radica en la contradicción de una conducta con lo justo (contra-ius), por lo tanto, el legislador no podría tipificar como punible una conducta conforme al derecho (secundum ius).

En este orden de ideas, la tipicidad implica la prohibición que el legislador describe de una conducta que quiere evitar por ser contraria al derecho y en tal epistemología, es comprensible que el dolo y la culpa formen parte de la conducta y ya no de la culpabilidad. De ahí la razón del artículo 21, según el cual el dolo, la culpa y la preterintención son modalidades de la conducta punible, como antes lo fueron especies de la culpabilidad.

Podría entonces colegirse dentro de este orden sistémico que si dentro de la noción de injusto se incluye la conducta típica, el dolo y la culpa formarán parte del llamado tipo subjetivo y la conciencia de la antijuridicidad formaría parte del aspecto subjetivo de la misma, (de la antijuridicidad) todo ello, se repite, enmarcado en un solo concepto de tipo de **injusto**.¹⁴⁷

Sin embargo, la dogmática sobre el injusto también ha distinguido dos teorías de la culpabilidad, a saber, la teoría **limitada** y la teoría **estricta**. En la primera, el error sobre los presupuestos de las causas de justificación o sobre la ilicitud influyen en el dolo y por consiguiente, han de tratarse como si fuera error de tipo, puesto que si la tipicidad es prohibición y la justificación es permisión, el efecto de la permisibilidad anula el de la prohibición.¹⁴⁸

En la comprensión de la **teoría estricta** de la culpabilidad, el dolo, que sistemáticamente obra en la tipicidad, es un dolo natural y, por consiguiente, la conciencia del injusto es un estado subjetivo diferente que opera en el proceso de la formación de la voluntad del sujeto que puede ser posterior al conocimiento propio del dolo.¹⁴⁹ Por ello, es que, dentro de esta teoría, cuando se alude a la conciencia del injusto se refiere al conocimiento potencial, como posibilidad de conocimiento.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Art. 7º. CP. Igualdad.”... el funcionario tendrá especial consideración cuando se trate de valorar el **injusto**...”.

¹⁴⁷ “El dolo en el tipo de injusto y la malicia en la antijuridicidad”. JAIME CÓRDOBA RODA. P. 62 ss. COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. 1.972.

¹⁴⁸ Concepto de la culpabilidad fácil de asumir para los autores de la teoría de los elementos negativos del tipo.

¹⁴⁹ “Conforme a esta teoría, entonces, el error de prohibición invencible elimina la culpabilidad, no el dolo ni la culpa (el injusto permanece intacto) y el error vencible sólo atenúa la culpabilidad, ya sea en relación al injusto doloso o bien al culposo”. J. BUSTOS R. Y HORMAZÁBAL MALERÉE. Vol II. p. 371.

¹⁵⁰ El dolo significa conocimiento de la realización del tipo y la culpa falta de cuidado respecto de esa realización. Por tanto, la conciencia del injusto ha de tener un contenido completamente diferente al conocimiento del dolo, ya que no hay punto de relación entre sus estructuras y objeto de referencia. Pues, si bien obedecen a situaciones psicológicas similares, se diferencian en el plano normativo. La conciencia se forja en el plano social, es de índole compleja por su carácter sociológico, filosófico y normativo. A la conciencia del injusto se parte de la situación concreta producida (el injusto

Así las cosas, esa conciencia de antijuridicidad no opera en el campo del tipo sino en el espacio de la culpabilidad. ¹⁵¹

Es por esta razón que en el tratamiento del error vencible hay una diferencia con el tratamiento que se le da al de error de tipo, porque allí, lo convierte en conducta culposa, pero cuando es error vencible en la ilicitud, la pena se reducirá en la mitad, porque el dolo del tipo subsiste (artículo 32.11 del Código Penal vigente)¹⁵².

También la Corte ha distinguido entre los conceptos de error de tipo y de prohibición y las consecuencias punitivas de cada uno:

*“Tanto el error de tipo como el error de prohibición comprenden institutos jurídicos diferentes que se comprueban de acuerdo con el medio en el cual tienen incidencia. **Así, el error de tipo recae en los elementos objetivos del injusto, en tanto que el error de prohibición sobre la conciencia de la antijuridicidad del comportamiento.** Igualmente difieren según sean las consecuencias jurídicas que derivan de su apreciación vencible, en aquél cuando el error proviene de culpa, el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo; en tanto que éste -error de prohibición- origina la atenuación obligatoria de la pena dentro del marco de imputación doloso, como lo regula actualmente el numeral 11 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000.*

En el error de tipo el sujeto activo de la conducta que prohíbe la norma, 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 el de prohibición conoce que su actuación se acomoda al tipo penal respectivo, pero considera que la misma se encuentra amparada por una causal de justificación - artículo 29 del decreto ley 100 de 1980 - o conforme con la normatividad vigente en una causal que excluye su responsabilidad - artículo 32 de la Ley 599 de 2000.”¹⁵³

(...)

*“En este orden de ideas, el error de tipo supone la ausencia del elemento cognitivo del dolo, esto es, el desconocimiento de los elementos tanto descriptivos como normativos que integran el llamado tipo objetivo, **mientras que el error de prohibición parte de la idea***

realizado) y sobre la base del sujeto concreto, se le puede exigir una determinada comprensión del injusto.” *Manual de Derecho Penal. Parte General.* Ed. Ariel Derecho. Barcelona. 1989. p. 335

¹⁵¹ J. BUSTOS R. Y HORMAZÁBAL M. *Lecciones de D. Penal. ob.cit.* Vol, II. p. 371

¹⁵² Casación 20929 del 13 de julio de 2005, reiterada en la casación 28984 del 19 de mayo de 2008

¹⁵³ Casación 28814 del 10 de diciembre de 2007

de que el sujeto agente sí quiere y conoce lo que hace (esto es, sí actúa con dolo), pero al mismo tiempo asume que su conducta no está prohibida por la ley y, por lo tanto, le está permitida su realización.

Cuando el error de tipo fuere de naturaleza vencible (es decir, cuando al agente le era exigible conocer aquellos elementos que integraban el tipo objetivo), la conducta se constituirá en delito imprudente si así lo ha previsto el legislador, tal como lo dispone el numeral 10 del artículo 32 del Código Penal. En cambio, cuando se trata de un error de prohibición vencible (esto es, cuando el sujeto agente bien hubiera podido haberse informado de la naturaleza ilícita de su acción), la conducta se atenúa de la manera prevista en el numeral 11 *ibídem*¹⁵⁴.

(...)

De este modo, el desconocimiento o error acerca de los elementos descriptivos o normativos -aspectos objetivos del tipo de injusto- por parte de quien realiza la conducta prohibida excluye el dolo. No obstante si ese error, atendido el entorno y las condiciones de orden personal en las que se desenvuelve, fuere de naturaleza vencible, transmuta el tipo objetivo de injusto en delito imprudente si así lo ha previsto el legislador. **Sin embargo, válido es aclarar que si el error recae estrictamente en el elemento normativo, suficiente es que el autor haya realizado una valoración paralela del mismo, incluso desde la perspectiva del lego, para imputarle su conocimiento a título de dolo.**

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

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

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

Para que el mismo tenga relevancia jurídica, es decir, excluya al sujeto de responsabilidad penal, debe ser invencible, pues, si fuere superable, deberá responder por el delito ejecutado de manera atenuada, como lo prevé el numeral 11 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000 ¹⁵⁵

¹⁵⁴ Casación 25783 del 29 de octubre de 2008

¹⁵⁵ Casación 31780 del 15 de julio de 2009

El error sobre la antijuridicidad de la conducta, *errada creencia de que se actúa lícitamente*¹⁵⁶, puede provenir de diversas fuentes: **errores de prohibición directos**: (i) desconocimiento de la existencia de la prohibición o del mandato de acción; (ii) apreciación errónea respecto del alcance de la norma, por ejemplo el sujeto cree que no está vigente o que no es aplicable; **errores de prohibición indirectos**: (iii) equivocada creencia acerca de que existe una causal de justificación que ampara mi comportamiento pero que en realidad el ordenamiento jurídico no la prevé (iv) error sobre los presupuestos fácticos de una causal que la ley sí prevé como justificante, por ejemplo, el agente cree que está siendo objeto de una agresión, actual e inminente lo que se conoce como legítima defensa putativa, por lo que reacciona dañando físicamente a su agresor, pensando que su acción está autorizada por el orden jurídico en defensa de su propio derecho, en estos casos se da el tratamiento de los errores de tipo, pues en últimas la equivocación, aunque también normativa, principalmente recae sobre lo fáctico y en esa medida excluye el dolo, pues si el tipo subjetivo se compone del conocimiento actual de los hechos y de la voluntad de realizar el comportamiento, el error sobre alguno de estos dos aspectos, afecta la tipicidad de la conducta, como no ocurre con los errores de prohibición propiamente dichos, en tanto que éstos afectan la culpabilidad de la acción delictiva, dejando intacto el dolo.

¹⁵⁶ BACIGALUPO Enrique, Teoría y Práctica del Derecho Penal. Tomo I. Marcial Pons Ediciones Jurídicas. Madrid 2009, 636 p.

Se dice que el error sobre la prohibición, incide en la culpabilidad del comportamiento de acuerdo con la teoría estricta de la culpabilidad, toda vez que el **conocimiento potencial** sobre su ilicitud es uno de sus componentes, junto con el de la imputabilidad y la exigibilidad de otra conducta, como no acontece con la teoría estricta del dolo, propia del esquema causalista, en la que el dolo se compone del conocimiento sobre los hechos, la voluntad de realización de la conducta y el **conocimiento actual** sobre su antijuridicidad.

Es así que las consecuencias derivadas de un error, difieren según la teoría que se aplique, pues por ejemplo en la teoría estricta del dolo, donde los yerros son de hecho o de derecho, ambos reciben el tratamiento del error de tipo, pues se prevé que si es invencible, comporta una causal de inculpabilidad, mientras que si es vencible y **si el yerro proviene de culpa** se sanciona a través del tipo culposo, siempre que la ley tenga prevista esta modalidad para el delito que se trate en el caso concreto.

Y cuando en el Código Penal derogado, se hablaba sobre un error de derecho, hoy asociado con un error de prohibición indirecto, numeral 3° del artículo 40 del D. Ley 100 de 1980, éste se refería a situaciones en las que el agente actúa con el conocimiento sobre la antijuridicidad de su conducta, solo que piensa que la misma se encuentra amparada por una causal de justificación, lo cual no corresponde con el presente caso.

Y ello era así, dada la importancia del principio *ignorantia iurus non excusat*, la ignorancia de la ley no sirve de excusa, incluido en el capítulo sobre normas rectoras del Decreto Ley 100 de 1980, artículo 10º, pero que aún podía dar lugar a causales de inculpabilidad a partir del reconocimiento de un error, ya fuera sobre la materialidad del hecho (error de hecho), o sobre aspectos valorativos de la conducta, por ejemplo los ingredientes normativos del tipo (error de derecho), o cuando el sujeto obra bajo la creencia de que en su conducta concurre una causal de justificación (error de derecho), casos en los cuales, recibían el tratamiento del error sobre el tipo, que de resultar vencible se sancionaba a través del remanente culposo **siempre que el yerro proviniera de culpa**, esto es, *que se hubiere podido evitar con un comportamiento más cuidadoso, si hubiese actuado con la diligencia que le eran social y jurídicamente exigibles en la situación concreta, en otras palabras es un error en el que ha incurrido por negligencia o imprudencia por descuido o desatención*¹⁵⁷.

Este era el soporte teórico del artículo 40 del Código Penal de 1980, el cual es importante traer a colación, toda vez que no puede desconocerse que los hechos del caso sometido a estudio, acontecieron en vigencia de dicho ordenamiento. En el numeral 3º de la citada norma, se señalaba: “*No es culpable, 3. Quien realice el hecho con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación*”, descripción que corresponde al error de derecho, hoy **error de prohibición indirecto**,

¹⁵⁷ REYES Echandía, Alfonso. Culpabilidad. Ed. Temis. 1988. 190 p.

mientras que el error directo de prohibición, no se encontraba previsto como causal de inculpabilidad en ese artículo del Código Penal de 1980, dada la norma rectora consagrada en el citado artículo 10° del derogado estatuto, acerca de que la ignorancia de la ley no era una causal exculpante de la conducta delictiva, como sí lo consagra ahora el Código Penal de 2000, en el numeral 11 del artículo 32 de la Ley 599, asignándole como sanción la del tipo doloso pero atenuada, pues un error sobre la antijuridicidad de la conducta (conocimiento de que es contraria al orden jurídico) no excluye el dolo.

De lo anterior, surge claro que resulta más favorable para los intereses del acusado, la aplicación del Código Penal de 2000, pues si bien no era la norma vigente para la época de los hechos, esta sí permite el reconocimiento de una equivocada concepción del sujeto activo sobre la existencia, aplicación, vigencia o interpretación de la norma que impone una conducta acorde con el ordenamiento jurídico, siempre que se cumplan los presupuestos fácticos y probatorios que sustenten una conclusión en tal sentido, en orden, ya sea de eximir de responsabilidad, caso en el que se hablaría de un error directo de prohibición invencible, o de reconocerla pero con un menor juicio de culpabilidad a través de una sanción inferior, error vencible.

En tal medida, el legislador del 2000 distingue entre las consecuencias punitivas del error de tipo y el de prohibición tanto directo como indirecto, como no ocurría en el estatuto penal anterior, pues allí sólo se contemplaban

como circunstancias eximentes, el error de tipo y el de prohibición indirectos y se sancionaban a través del tipo culposo. Cuando se trataba de estudiar situaciones sobre ignorancia legis, errada interpretación o valoración de la norma, correspondía verificar que el autor habría podido superar el error si hubiera actuado con la diligencia y cuidado que le eran social y jurídicamente exigibles en la situación concreta, requerimiento que difícilmente bajo el esquema del Código Penal de 1980, permitía el reconocimiento de esta causal eximente de responsabilidad, pues en la gran mayoría de los casos se suponía que el agente, como cualquier ciudadano del común, era conocedor del orden normativo, mucho más si se trataba de un servidor público.

Ahora bien, en la Ley Penal Sustancial del año 2000, en cuanto a la vencibilidad del error de prohibición bajo la teoría estricta de la culpabilidad, se ofrece una solución mucho más coherente, justa y mayormente acogida en la actualidad, pues deja atrás la máxima sobre que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y hace expresa la clara diferenciación que debe hacerse entre los errores de tipo y los de prohibición, pues en estos últimos su evitabilidad determina la punibilidad con la pena del delito doloso atenuada, pues de todas formas en ellos subsiste el dolo, mientras que en los primeros no.

Es decir, como el error sobre el tipo excluye el dolo, es justo que su sanción en caso de resultar vencible, se reproche como una conducta culposa, mientras que en los

errores de prohibición aunque concurre una equivocación sobre la conciencia potencial de la antijuridicidad, el agente despliega una acción dolosa, al conocer todos los elementos del tipo y querer su realización, sólo que equivocadamente considera que su comportamiento se encuentra justificado o no es contrario al ordenamiento jurídico, motivo por el que el reproche es más drástico cuando se trata de errores de prohibición, pues se impone la pena del tipo doloso atenuada, mientras que en el error sobre el tipo, se irroga la sanción para el delito culposos.

“En consecuencia, quien conoce las circunstancias del tipo sabe ya que su acción realiza un hecho que es socialmente intolerable, por lo que tiene un doble motivo para comprobar exhaustivamente si le asiste una permisión excepcional para lesionar ese bien jurídico. En la medida que de acuerdo con las circunstancias del hecho hubiera podido evitar su error, será culpable de su hecho doloso”¹⁵⁸

Y la vencibilidad del error, se concreta en la posibilidad del sujeto activo de actualizar su conocimiento acerca de la ilicitud de su conducta, pudiendo obrar de otra manera de acuerdo con las circunstancias objetivas que rodearon la comisión del comportamiento que lo llevaran a reflexionar sobre su antijuridicidad, orientándose según las normas del orden jurídico, es decir, debe analizarse si el autor estaba en posibilidad de despejar el error, teniendo razones que lo llevaran a **poner en duda** su interpretación sobre el derecho vigente.

¹⁵⁸ *Ibíd.* 677 p.

Si el agente tiene a su disposición medios adecuados para concientizarse de la antijuridicidad de su comportamiento y está en la obligación de recurrir a ellos, reflexionando sobre la ilicitud de su conducta e informarse sobre las normas que regulan su comportamiento, el error de prohibición es superable.

5.3.4.4 El anterior desarrollo en torno al error de prohibición, permite en el presente caso reiterar que el procesado incurrió en un yerro sobre la apreciación de la antijuridicidad de su comportamiento, pues aun contando con un conocimiento actual de los hechos, quiso omitir la acción que de él se esperaba, de allí que su comportamiento sea doloso, pero bajo la errada creencia de que las especiales circunstancias derivadas de la incursión de la Brigada Móvil II en jurisdicción del Batallón Joaquín París, le permitían dejar a cargo de otros oficiales la actividad de salvamento sobre Mapiripán, creyendo que quedaba jurídicamente relevado de ese deber.

No obstante el reconocimiento de un error sobre la conciencia de la antijuridicidad en el comportamiento de JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI, la Corte considera que ese error era vencible, pues podía actualizar el conocimiento sobre la ilicitud de su omisión, superando su equivocada percepción, simplemente aplicando las normas que regulan el ejercicio de la profesión militar que imponen una coordinación y apoyo a todo nivel con el objeto de hacer efectivos los fines propios de las fuerzas armadas y que

vienen dados desde la Constitución, mucho más si se tienen en cuenta las condiciones particulares del acusado, quien en su posición de General de la República, contaba con la formación suficiente para discernir que su no acción era una actitud reprochada por el orden jurídico y que le acarrearía responsabilidad frente al resultado que finalmente se produjo.

En este orden de ideas, es posible atribuir el resultado dañoso a USCÁTEGUI RAMÍREZ, a título de dolo y como autor, pues aunque el hecho fue consecuencia de la acción antijurídica de un tercero que no fue acordada con el procesado, caso en el cual se le atribuiría la coautoría lo que no corresponde a este caso, de todas formas el acusado estaba en el deber legal de interrumpir el devenir de los hechos y tenía la capacidad para hacerlo, lo cual hace que se le traslade el resultado que se produjo por una conducta omisiva de su parte.

Para la Sala emergen nítidos los elementos de la imputación objetiva a cargo del acusado por vía de la figura de la posición de garante, al mismo tiempo que el elemento subjetivo de la conducta en razón de que incumplió voluntariamente la realización de sus deberes a pesar del conocimiento que tenía acerca de los hechos y de las consecuencias que se derivarían de los mismos.

En efecto, aunque el libelista se queje de la falta de demostración de la intencionalidad en el comportamiento del General en retiro, pues nunca se acreditó que su

conducta hubiera sido el resultado de la voluntad del acusado para que se ocasionara la muerte de varios de los habitantes de Mapiripán y se sometiera a su población, en la medida en que éste no se alió con los paramilitares que cometieron el hecho, afirmación esta última con la que coincide la Sala, de todas formas debe precisar la Corte que en las conductas punibles de comisión por omisión, el resultado antijurídico se traslada a todo aquél que teniendo la **posibilidad** y el **deber legal** de evitar el mismo, voluntariamente decide apartarse de la obligación que le imponía intervenir, siendo este aspecto el que claramente concurre en la conducta del General USCÁTEGUI RAMÍREZ.

Desde el Código Penal de 1980, el inciso 2° del artículo 21 indicaba que “*cuando se tiene el **deber jurídico** de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo*”. A su turno en el artículo 25 de la Ley 599 de 2000, aunque no utilizó la misma expresión, sí precisó que quien se encuentre en tal condición se hará merecedor de la pena prevista para el respectivo tipo penal, de donde emerge claro que si se transgrede el ordenamiento a través de una conducta omisiva, la sanción será la misma del comportamiento cometido por acción, por razón de la cláusula de equivalencia, tanto para la actual normatividad penal como para la ley sustancial derogada, vigente para la fecha de los hechos, en donde ambos preceptos encuentran su fuente en la norma constitucional que consagra el principio de solidaridad previsto en el artículo 1° de la Carta Política y 95 numeral 2° Ibíd.

Y en lo que atañe a las fuerzas militares, ese deber jurídico emana del artículo 217 superior que es la norma que impone en general a los miembros de la fuerza pública el deber de protección sobre los pobladores del territorio nacional, mandato vigente para la época de los sucesos objeto del presente debate.

Señala el artículo 25 del actual Código Penal (que aunque no es exacto en su contenido, puede equipararse al artículo 21 del Código Penal de 1980): *“Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevara a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal”*.

Como se observa, es clara nuestra legislación en torno a que el resultado antijurídico es imputable, en iguales condiciones, tanto para el que ejecuta la acción como para el que la omite. También la jurisprudencia se ha pronunciado en igual sentido:

“Si el miembro de la fuerza pública tiene un deber específico de evitar el resultado (ostenta una posición de garante) y no inicia la acción de salvamento a pesar de que contaba con la posibilidad material de hacerlo (tenía a su disposición medios logísticos para la protección de los bienes jurídicos), se le imputa el resultado lesivo que no impidió y no la simple inobservancia de un deber funcional. Por consiguiente, si el garante no inicia una acción de salvamento para proteger los bienes jurídicos que se encuentran dentro de su ámbito de responsabilidad, se le atribuye la

*violación a los derechos humanos como si se tratara de una conducta activa*¹⁵⁹.

Y en el presente caso, no cabe duda en torno a que el acusado de manera consciente y voluntaria decidió dejar de realizar la conducta que estaba obligado a ejecutar, teniendo el conocimiento anterior sobre la existencia de la situación de riesgo para la vida de la población de Mapiripán, pudiendo prever el resultado antijurídico que se produjo, situación en la que el ordenamiento jurídico le imponía actuar de una manera distinta a como lo hizo, ya que debió realizar una acción encaminada al salvamento de los pobladores de Mapiripán, motivos por los que se afirma que su conducta fue dolosa, al estar dirigida voluntariamente a omitir.

Sin embargo, como ya se dijo, se configuró un errado conocimiento respecto de la antijuridicidad del comportamiento omisivo, esto es, el procesado equivocadamente creyó que no era el garante, al deducir que en él no recaía la obligación de salvamento por la incorrecta interpretación que de las normas que le imponían esa carga hizo, incurriendo en un error de prohibición directo, pues todo indica que se halló en una situación que le permitía dudar acerca de si tenía ese deber o no, pues de todas formas Mapiripán sí hacía parte del aérea territorial asignada a la Brigada VII, inclinándose por una respuesta negativa, merced a su creencia de que por tener solo el mando administrativo y no el operacional sobre

¹⁵⁹ Sentencia Corte Constitucional radicado SU 1184 de 2001.

el BIPAR, no le correspondía a su brigada sino a la Brigada Móvil II, localizada en la sede del BIPAR, salvaguardar a la población de Mapiripán, sumado a su errada conclusión de que su posición de garante sólo devenía del mando operacional sobre éste último, lo cual explica su absoluta indiferencia frente a la información que le transmitió HERNÁN OROZCO, pese a que no estaba aliado con los paramilitares.

Y aunque se dice que el error recayó sobre la posición de garante, que no se discute, hace parte del tipo objetivo, cuando tal equivocación se pregona sobre el aspecto valorativo del que se deduce el deber de actuar, comporta un error de prohibición y no de tipo, pues por las razones que se expusieron páginas atrás (Punto 5.3.4.3 Folio 128), y que vale la pena reiterar, la posición de garante se sustenta en un trasfondo normativo que exige una valoración del agente acerca de cuál es la obligación que le impone el orden jurídico frente a determinada situación fáctica que le permita concluir que tiene que intervenir en salvaguarda del bien tutelado, contenido que corresponde a la conciencia de la antijuricidad, esto es, a la valoración jurídica del comportamiento, que como se ha venido reiterando, es uno de los componentes de la culpabilidad.

Cosa distinta sucede cuando el yerro recae sobre la situación fáctica y no sobre la obligación de actuar, pues en dado caso sí se configura un error de tipo. Por ejemplo, un padre de familia se va a la playa de vacaciones con sus

hijos y de repente ve a un niño que se ahoga, pero no acude a salvarlo porque cree que es el hijo de otra persona, cuando en realidad sí es su hijo. Y para el caso concreto, no se configura ninguna apreciación errada en torno a los hechos que daban lugar a una respuesta efectiva por parte de los mandos militares, pues siempre fue claro su conocimiento acerca de la presencia de un numeroso grupo de paramilitares fuertemente armados que se dirigían a una población en la que no había presencia ni de la fuerza pública ni de la policía, sin que haya sido la errada concepción sobre alguno de estos aspectos fácticos lo que los conllevó a no actuar, sino su desatinada interpretación sobre cuáles eran realmente sus deberes y en ese orden, se está ante la presencia de un error de prohibición y no de tipo.

6. SE DESCARTA LA COAUTORÍA RESPECTO DE LOS DELITOS DE HOMICIDIO Y SECUESTRO

Oportuno resulta abordar este tema, pues si bien se estudió al analizar el cargo propuesto en la demanda sobre trasgresión al principio de congruencia, el cual fue despachado en forma desfavorable al verificar la Sala que de acuerdo con los argumentos esgrimidos por el casacionista, no se trasgredió tal garantía, de todas formas la Corte advierte un yerro por parte del fallador de segundo grado cuando dedujo el grado de participación de “coautoría por omisión impropia”, pues estima la Corporación que el mismo se soporta en una indebida

apreciación probatoria, vicio que aunque resulte inane frente a las consecuencias punitivas, pues la pena para el autor es la misma que para el coautor, sí estima la Corporación importante aclarar que la responsabilidad para los aquí procesados corresponde a la de autores en un delito de comisión por omisión y no a la de coautores de un comportamiento de tal naturaleza, según pasa a explicarse.

En este punto se recuerda que el Tribunal dedujo la responsabilidad penal del General USCÁTEGUI y del Mayor OROZCO a título de coautores de los homicidios y secuestros, fundado en la orden que el primero impartió al segundo con el fin de que se cambiaran los términos del oficio 2919 del 15 de julio de 1997.

A juicio de la Corte tal apreciación del Tribunal resulta errada, en la medida en que el cambio del susodicho oficio fue una maniobra posterior al hecho investigado encaminada exclusivamente a justificar la omisión, luego de conocerse la ocurrencia de la masacre y ante la serie de requerimientos que recibió el entonces General por parte de los organismos de control¹⁶⁰ y la iniciación de investigación disciplinaria en su contra por parte de la Procuraduría General de la Nación, fue que éste advirtió que efectivamente, sí estaba llamado a intervenir en la evitación

¹⁶⁰ El 29 de Julio de 1997, la Procuraduría General de la Nación solicitó explicaciones al General Jaime Humberto Uscátegui Ramírez, acerca de si había sido informado de lo que estaba por suceder en Mapiripán, requerimiento que fue respondido por el General en oficio BR7- CDO-256 del 5 de agosto de 1997, obrante a folio 72 del cuaderno 3.

de la acción paramilitar y que por dicha actitud omisiva, su responsabilidad podría verse comprometida.

Todo indica que fue este el motivo por el que el General USCÁTEGUI le ordenó al Teniente Coronel OROZCO CASTRO que cambiara el oficio original, para aportar el falsificado como evidencia exculpatoria durante el desarrollo de la versión libre que el primero rindió ante la Procuraduría Departamental del Meta el 28 de octubre de 1997¹⁶¹, primera vez en la que apareció el documento alterado en su contenido inicial.

En manera alguna el hecho que constituyó el soporte fáctico del delito de falsedad, es demostrativo de que el comportamiento de los procesados fuera deliberado, encaminado a que la masacre se produjera, facilitando la acción de los grupos de autodefensa, como si se hubieran aliado con ellos, pues recuérdese que a ambos acusados se les precluyó la investigación por el delito de concierto para delinquir y ninguna de las pruebas allegadas al abundante paginario, alude a que los dos oficiales hicieran parte del plan delictivo.

Tampoco puede desconocerse que fue el propio USCÁTEGUI RAMÍREZ quien le solicitó a su subalterno que consignara por escrito la novedad que le estaba reportando vía telefónica el 15 de julio de 1997, circunstancia

¹⁶¹ Folio 125 del C.O. 3

ratificante de que ellos no hacían parte del plan criminal, pues de lo contrario, desde el principio habrían hecho lo posible por no dejar ninguna evidencia, mucho menos un escrito con su firma, claramente indicativo del conocimiento que les asistía sobre el fatal suceso que estaba por ocurrir.

En esa medida, el Tribunal erró al momento de la construcción de este indicio de responsabilidad penal, pues la falsificación del documento no comporta una razón suficiente para dar por demostrada la connivencia de los oficiales con los paramilitares que ejecutaron los secuestros y homicidios en Mapiripán.

Lo anterior permite reafirmar que en las particulares circunstancias que rodearon los lamentables acontecimientos, resulta errada la valoración que hizo el General Uscátegui sobre el deber jurídico de salvamento que se ha demostrado, sí tenía, apreciación que le era vencible, si hubiese actualizado su conocimiento a través de una correcta interpretación del ordenamiento jurídico en relación con sus deberes respecto de los pobladores de Mapiripán. De haberse acreditado un posible acuerdo del procesado con los autores materiales del hecho, quedaría descartada cualquier posibilidad de error y habría que atribuirle el resultado de la misma forma que a los ejecutores del suceso criminal.

De allí que no pueda hablarse de una simple infracción al deber objetivo de cuidado para atribuir responsabilidad a título de culpa, pues el comportamiento del acusado va mucho más allá de la simple violación de reglamentos, determinada por una culpa consciente, (el agente se representa la posibilidad de producción de un resultado y confía en poder evitarlo), o inconsciente (pese a que tenía los conocimientos que le permitían representarse esa posibilidad de producción del resultado, no los actualiza), en la medida en que su conducta omisiva no se fundó en la previsibilidad o no del daño antijurídico, sino en su percepción acerca de cuál era el deber que le asistía en la situación concreta, cuya errada apreciación, lo condujo voluntaria y conscientemente a no intervenir, por lo que su conducta fue dolosa.

7. La Corte considera importante resaltar que aunque en el presente asunto, podría verse como diáfana la responsabilidad plena del acusado frente al resultado en su calidad de miembro de la fuerza pública, según emana del artículo 217 superior, ello no implica que en los casos de imputación a título de garante, no tengan cabida causales eximentes o atenuantes de responsabilidad, pues no obstante que en nuestro ordenamiento jurídico la fuente de la posición de garante es estrictamente normativa, estando las situaciones que dan lugar a ella, consagradas en la Ley de forma expresa (Art. 25 del C.P), de todas maneras son las particularidades de la situación fáctica, las que realmente conducen a edificar el reproche penal por esta

vía (omisión impropia por posición de garante); de lo contrario, se incurriría en una especie de responsabilidad objetiva fundada en una *presunción iures et de iuri*, en la que bastaría con verificar si el agente se halla en cualquiera de las circunstancias descritas en el artículo 25 de la normatividad penal sustancial, o en este caso, de la descrita en el artículo 217 constitucional, para ser responsable del resultado derivado de su conducta omisiva, sin hacer mayores consideraciones sobre los aspectos específicos del hecho concreto.

Es decir, no basta la constatación de que concurre la imputación objetiva del resultado para derivar responsabilidad penal, pues este es un presupuesto del tipo objetivo que muchas veces se satisface a partir de un análisis en abstracto de los elementos que la componen y de la constatación entre la norma que impone el deber y la función que ejerce el sujeto, debiendo el intérprete abordar en el caso específico, los demás elementos de la responsabilidad, estudiando la existencia de eximentes de responsabilidad, grados de participación distintos a la autoría o coautoría, formas de culpabilidad diversas al dolo, atenuantes punitivas, en fin todas las categorías dogmáticas de la teoría del delito, en un sistema penal de acto y no de autor.

En estos términos se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia SU 1184 de 2001, que como se indicó al inicio de las consideraciones, definió el conflicto

de jurisdicciones suscitado en el caso presente, señalando que aunque en sentido abstracto, es claro que las fuerzas militares ostentan la posición de garante frente a los pobladores del territorio patrio, ello no obsta para que con esa forma de imputación se satisfagan todos los demás elementos de la responsabilidad penal. Lo siguiente fue lo que se dijo al respecto:

*“De igual manera, en **sentido abstracto**, las fuerzas militares tienen la obligación –en tanto que garantes- de enfrentar las agresiones individuales o colectivas contra los derechos constitucionales de las personas, así como, de manera general, contra los derechos humanos. De ahí que no puedan abstenerse de iniciar acciones de salvamento, excepto que medie imposibilidad jurídica o fáctica, frente a la ocurrencia de hechos graves de violación de tales derechos, en particular conductas calificables de lesa humanidad, como i) las violaciones a las prohibiciones fijadas en el protocolo II a los acuerdos de Ginebra –y en general al derecho internacional humanitario- o a los tratados sobre restricciones al uso de armas en la guerra (o en conflictos armados internos), ii) las acciones contra bienes culturales durante la guerra y los conflictos armados internos, iii) o los actos de barbarie durante la guerra y los conflictos armados internos -tales como la mutilación, tortura, asesinatos, violaciones, prostitución y desaparición forzada y otros tratos crueles e inhumanos, incompatibles con el sentimiento de humanidad-, pues las fuerzas armadas tienen la obligación de evitar que tales hechos se produzcan.*

Sobre este punto no puede quedar duda alguna. Las fuerzas militares tienen la obligación absoluta de impedir el desconocimiento del derecho internacional humanitario (restricción absoluta aun frente a los estados de excepción según lo dispone el artículo 214 de la Constitución) y los derechos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Colombia, no pueden ser suspendidos durante tales estados (C.P. art. 93). Permitir que ocurran, sea porque activamente intervienen en ellas o porque omiten el deber estatal de proteger a los asociados en sus derechos, constituye una flagrante violación a la posición de garante de las condiciones mínimas y básicas de la organización social y, por lo mismo, nunca podrán considerarse como un acto relacionado con el servicio.

En suma, desde el punto de vista estrictamente constitucional, resulta claro que las Fuerzas Militares ocupan una posición de

garante para el respeto de los derechos fundamentales de los colombianos¹⁶².

(...)

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.

Es por lo anterior que la Corte casará parcialmente el fallo recurrido, al observar la incursión del fallador de segundo grado en una trasgresión indirecta de la norma sustancial derivada de errores de hecho por falsos juicios de existencia que conllevaron a la aplicación indebida de la cláusula de equivalencia consagrada en el artículo 25 del Código Penal, sancionando de esa forma un delito de comisión por omisión, donde su autor nunca quiso que ocurrieran los homicidios y secuestros cometidos, con el mismo rigor punitivo que a los coautores de tales ilícitos que si preacordaron y se dividieron el trabajo criminal para consumar la masacre. Proceder con el cual se desconoció el deber de ponderación de las circunstancias

¹⁶² Edgar Lombana Trujillo, Magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, reconoce la posición de garante de la fuerza pública, en los siguientes términos: “No puede desconocerse que tanto el artículo 2 como los artículos 16, 217 y 218 de la Constitución Nacional imponen tanto a las Fuerzas Militares como a la Policía Nacional el deber jurídico que los convierte en garante de los derechos de los habitantes del territorio nacional y que de allí nace entonces la obligación de proteger esos derechos y por lo tanto de desplegar una constante actividad en su defensa”. *Delitos de omisión*. Artículo publicado en la revista Universitas. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. Junio del 2001 (101) pag. 258

del caso que trajo como consecuencia la exclusión evidente del artículo 32 numeral 11 del Código Penal.

8. CONCLUSIÓN

Como ha quedado visto, habiéndose descartado la alianza del procesado con el grupo de autodefensa que ejecutó la masacre y sometió a la población de Mapiripán durante varios días, realidad fáctica que conllevó a que desde la instrucción se le precluyera la investigación por el delito de concierto para delinquir, es que en esta sede extraordinaria, la Corte desecha la coautoría derivada para el General en retiro JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI RAMÍREZ en el fallo de segunda instancia, quedando claro que su grado de participación lo es a título de autor de un delito de omisión impropia.

Al mismo tiempo que le asiste responsabilidad a título de garante, pero en forma atenuada, dado que por las circunstancias particulares del caso, a saber, la coexistencia de dos brigadas del Ejército Nacional, autónomas entre sí, con mando en el territorio atacado, situación excepcional que generaba confusión para el manejo de ciertos procedimientos en la que todo indicaba que realmente surgió una equivocación acerca de a quien realmente correspondía el deber de salvamento, apreciación errada que era superable, dada la formación de este alto oficial, quien estaba en capacidad de superar la duda en torno a la interpretación concreta sobre sus obligaciones en

el hecho específico, en orden a concluir que tenía que agotar todos los medios a su alcance para proteger al municipio de Mapiripán, creyó, no obstante, que su acción omisiva no le estaba prohibida y no le acarrearía responsabilidad penal por el resultado que se produjo.

Hasta aquí las consideraciones de la ponencia presentada para estudio de la Sala y que no fue acogida por cinco de sus miembros, quienes finalmente aprobaron un texto con sustanciales variaciones que los cuatro Magistrados disidentes no compartimos por las razones que seguidamente se exponen de manera muy puntual en la medida en que la argumentación fuerte está contenida en el proyecto de fallo que prohiemos como salvamento de voto.

OBSERVACIONES A LA DECISIÓN MAYORITARIA

Por último los Magistrados que nos apartamos de la decisión de la mayoría, debemos hacer manifiesto nuestro desacuerdo con varias conclusiones expuestas en la sentencia y que constituyen su fundamento.

1 En primer, lugar se afirma que el procesado JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI RAMÍREZ sí ostentaba para la época de los hechos el mando operacional sobre el Batallón Joaquín París, no obstante reconocer que en la sentencia de segunda instancia se dejaron de valorar los medios de convicción que daban cuenta de lo contrario, pero sin que ese yerro tenga la trascendencia suficiente para desquiciar

el fallo, debido a que tales pruebas analizadas en conjunto no restan credibilidad a las tenidas en cuenta por el Tribunal indicativas de que sí tenía el mando operacional sobre el Bipar.

Respecto a tal conclusión debemos decir que no se advierten con claridad los motivos de porqué pruebas directas indicativas de que el mando operacional sobre el Bipar lo tenía la Brigada Móvil II y no la VII, esta última, a cargo del acusado USCÁTEGUI RAMÍREZ, pierden poder demostrativo frente a meros indicios y el testimonio del coprocesado Hernán Orozco Castro a quien desde todo punto de vista le resultaba conveniente señalar que su superior en cuestiones operacionales era el Brigadier General ®.

Frente a la prueba indiciaria, soporte en gran medida de la conclusión acerca de que el acusado era quien ostentaba el mando operacional del Batallón Joaquín París, ésta se estructura en varios hechos indicadores, a saber, la falsificación del oficio 2919; la exigencia que hizo USCÁTEGUI RAMÍREZ para que Orozco Castro le rindiera un informe por escrito sobre la situación de Mapiripán el 15 de julio de 1997; así como que días antes extendió el oficio 4222 para que fuera contestado por el Bipar; y que en su primera declaración rendida en octubre de 1997, ante la Procuraduría General de la Nación, aceptó que Mapiripán hacía parte de la jurisdicción del Ejército Nacional en el Departamento del Meta, circunstancias que a juicio de la

Sala mayoritaria son demostrativas de su mando operacional sobre el Bipar y por contera de su posición de garante.

Empero, no se tiene en cuenta por ejemplo que el citado oficio 4222 no fue suscrito por JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI RAMÍREZ, sino por Luis Felipe Molano Díaz, oficial adscrito a la Séptima Brigada, quien solicitó información al comando del Bipar respecto del juicio popular que las FARC había realizado en Mapiripán en mayo de 1997. Tampoco se clarifica en la sentencia que dicha información estaba siendo requerida directamente por la Presidencia de la República y que ese asunto correspondía más a la función administrativa que mantenía la Brigada VII sobre el Batallón Joaquín París, que a una instrucción de naturaleza operacional, pues además de no provenir del acusado, en ella no se estaba librando una orden para la movilización de tropa o el despliegue de una operación militar.

Este mismo argumento es útil para restar mérito al indicio consistente en que como USCÁTEGUI RAMÍREZ solicitó a Hernán Orozco que le reportara por escrito la información que le estaba suministrando por teléfono, tenía el mando operacional, ya que no puede pasarse por alto que Orozco Castro le reportaba la situación de orden público en los municipios a su cargo, tanto a la Brigada Móvil II como a la VII, tal y como se advierte del informe semanal de inteligencia de fecha 17 de julio de 1997 que fue allegado a

ambas Brigadas y en el que se narraban las actividades de las FARC en algunos municipios con ocasión de los comicios electorales que se celebraban en la época, por lo que no resulta extraño que el acusado pidiera un reporte por escrito.

Otro de los indicios al que se le da una particular importancia a la hora de afirmar la responsabilidad penal, se edifica en situaciones suscitadas con posterioridad al infortunado episodio delictivo, tales como la falsificación del oficio 2919 y las primeras explicaciones que suministró el procesado para justificar su falta de acción. Estimamos quienes salvamos el voto que lo que se acredita es la intención del acusado de desligarse de cualquier responsabilidad mostrándose inicialmente desinformado de los graves acontecimientos, actuar reprochable pero que en modo alguno demuestra que en realidad tuviera el mando operacional sobre el Batallón Joaquín París.

Adicionalmente, es cierto que el General en su primera explicación ante la procuraduría provincial, no alegó que careciera del mando operacional sobre el Bipar, lo cual resulta explicable porque como se indicó líneas atrás, ante las primeras indagaciones intentó sostener que no había sido informado suficientemente de la situación, a cuyo propósito se cambió el oficio 2919, pero de esa frustrada estrategia defensiva no se puede colegir que en aquella época la Brigada VII tuviera poder de disposición sobre las

tropas y medios del Bipar localizado en San José del Guaviare.

De otro lado, en torno al mérito que en el fallo se otorga al testimonio de Hernán Orozco Castro, es evidente el interés que a éste le asiste de salir bien librado de una situación que también estaba bajo su responsabilidad, lo cual hace que su dicho tenga un poder demostrativo menguado. Lo anterior teniendo en cuenta que al señalar que USCÁTEGUI RAMÍREZ, era su superior operacional, surgiría diáfano que Hernán Orozco sí cumplió sus deberes al dar oportuno aviso de la situación surgida al mando militar competente, lo cual justificaría el hecho de no haber pedido el apoyo de la Brigada Móvil II, que en realidad era la llamada a repeler la acción paramilitar, omisión que ha sido el principal objeto de reproche a este procesado y que hasta el momento no encuentra explicación atendible.

Así las cosas, en la sentencia de casación no se observan razones contundentes para que se restara mérito a las pruebas documentales y testimoniales directas de expertos en doctrina militar, ajenos por completo a los hechos objeto de este proceso, que indicaban que el procesado para la época de los acontecimientos, por la acción de la Brigada Móvil II, no tenía mando operacional sobre el Batallón Joaquín París, frente a indicios y el testimonio del otro acusado cuyo poder suasorio no es determinante.

No obstante, es de resaltar que aunque con insuficientes argumentos probatorios se sostiene que el acusado USCÁTEGUI RAMÍREZ sí era el superior operacional del Batallón Joaquín París, de todas formas la sentencia acoge las consideraciones iniciales expuestas en el proyecto derrotado, en torno a que la posición de garante no se desprende exclusivamente de la figura del mando operacional, sino que se extiende para aquellos casos en los que un miembro de Fuerza Pública conoce de una inminente situación de riesgo para la población civil y está en condiciones de desplegar cualquier acción para lograr la intervención de las fuerzas del Estado, sin que dicha acción tenga que ser indispensablemente una intervención militar.

En ese orden, el esfuerzo por demostrar el mando operacional de USCÁTEGUI RAMÍREZ sobre el Bipar resulta innecesario y sí deja entrever la ausencia de motivación para que se desecharan medios de convicción que tenían un mayor poder suasorio.

2. De otro lado, cuando se aborda el tópico relativo a la imposibilidad de que el acusado hubiera actuado bajo un conocimiento errado sobre sus deberes, en respuesta a la proposición consignada en el proyecto inicial sobre la existencia de un error directo de prohibición de naturaleza vencible, prácticamente se sienta la regla de que ningún miembro de la fuerza pública puede incurrir en una equivocación o errada interpretación acerca de cuál tiene que ser su actuación en defensa de la población civil, por el

simple hecho de que tal deber emana de la Constitución Nacional.

Sin embargo, no se tiene en cuenta que ésta es una obligación que se impone en abstracto y que la valoración de su cumplimiento o no, debe estudiarse atendiendo las particularidades del caso concreto y las eventualidades propias de cada situación, pues de lo contrario se estaría fijando para los miembros de la Fuerza Pública una suerte de responsabilidad objetiva, ya que una vez establecida su posición de garante, la cual de acuerdo con las consideraciones del fallo se reputaría en todos los casos dado el mandato constitucional, sería innegable su responsabilidad penal, entrando a sobrar la carga del operador judicial de demostrar también la imputación subjetiva del resultado.

3. Para descartar cualquier tipo de apreciación equivocada en la conducta omisiva del procesado, se señala en la sentencia que la defensa nunca suministró una explicación acerca de por qué el Brigadier General ® guardó absoluto silencio respecto de lo que le estaba informando Hernán Orozco, cuando desde la indagatoria que rindió en este proceso penal, el acusado ha sostenido que no reaccionó porque consideró que él no era el garante de la población civil de Mapiripán por carecer de mando operacional sobre el Bipar y estar distante del lugar de los hechos más de 300 kilómetros, al igual que estar asegurada la presencia de la Brigada Móvil II en cercanías de dicha localidad y ostentar ésta y no la Brigada VII, el

mando operacional sobre el Batallón Joaquín París, siendo justamente el estudio de tales circunstancias lo propuesto en la demanda de casación y el objeto de discusión en sede extraordinaria, aunque no con ese nomen juris.

También se indica en el fallo aprobado que la apreciación equivocada de cuál era el deber de USCÁTEGUI RAMÍREZ no fue una tesis planteada por la defensa como para reconocer un error en su conducta, pero se pasa por alto que el procesado ha venido alegando a lo largo del trámite penal que no actuó porque como carecía de mando operacional frente al Batallón Joaquín París, en él no recaía el deber de salvamento sobre los pobladores de Mapiripán, sino en el comandante de la Brigada Móvil II, argumento que aunque no aluda en forma expresa a un error, lo que pone en evidencia es la valoración equivocada del procesado de creer que su posición de garante sólo derivaba de la figura del mando operacional, y que determinado por esa comprensión fue que se abstuvo de realizar cualquier acción para responder al apoyo que le solicitó Orozco Castro, pasividad desde todo punto de vista reprochable pero en cierta medida comprensible, dado el riguroso celo que existe entre los militares en el ejercicio del mando que les corresponde, entre otras razones para evitar confrontaciones armadas entre miembros de la misma institución y sobre todo por la concurrencia en el caso concreto de particulares circunstancias que generaban confusión, las cuales fueron debidamente explicitadas en la ponencia derrotada.

No obstante aceptar la existencia de un error de prohibición directo, coincidimos los suscritos Magistrados con la posición de la mayoría acerca de que dada la preparación del entonces General y la inminencia de que se causaría el grave resultado que finalmente se produjo, su comportamiento no puede excusarse, debiendo responder penalmente por su omisión, pues las calidades del alto oficial le permitían superar la apreciación errada de sus deberes en la situación concreta.

Aunque no disentimos en torno a que las condiciones del procesado como oficial de alto rango le permitían intervenir para evitar la libre acción de los paramilitares, nos alejamos de la postura mayoritaria respecto de que esas circunstancias descartan la posibilidad de un error en su conducta, pues las mismas lo que determinan es si la equivocación era vencible o invencible, más no si existió esa errada interpretación de su deber en las específicas circunstancias del caso.

En el fallo, se utilizan las condiciones personales del acusado para descartar cualquier tipo de error en su decisión de sustraerse de ejercer alguna acción frente a lo que estaba sucediendo en Mapiripán, ello debido a que en la sentencia se da por cierto que él ostentaba el mando operacional sobre el Batallón Joaquín París, lo que en nuestro criterio quedó desvirtuado, y constituye la base de la errada interpretación en que incurrió este acusado.

4. Cuando en el fallo se plantea que aun aceptándose el error en el comportamiento del General ® USCÁTEGUI RAMÍREZ, éste sería de tipo y no de prohibición, cabe destacar que la equivocación sobre los elementos que conforman la figura de la posición de garante, concretamente el relativo al conocimiento del deber de salvamento o protección del bien jurídico, puede relacionarse válidamente, ya sea como un error de tipo o de prohibición, solo que quienes salvamos el voto consideramos que por tratarse dicho elemento, en últimas, del conocimiento sobre la antijuridicidad de la conducta, que es uno de los componentes de la culpabilidad, debe recibir el tratamiento de un error de prohibición directo y no de tipo, el cual impone una sanción atenuada y no la del delito culposo, como sería la consecuencia si se estimara que es un error de tipo.

Otro de los puntos que debemos refutar es que en manera alguna se expuso en la ponencia inicial que el acusado actuó creyendo que su conducta estaba amparada en una causal eximente de responsabilidad, como se indica en la sentencia, pues tal supuesto corresponde al error indirecto de prohibición, y por tanto, a la conciencia de que se está infringiendo la ley, solo que la ofensa es permitida.

Lo cierto es que los Magistrados que salvamos el voto desde un principio hemos sostenido que el General ® USCÁTEGUI RAMÍREZ actuó con la convicción errada pero vencible de que no estaba infringiendo el orden jurídico al abstenerse de defender a la población de Mapiripán, por

representarse erradamente que esa obligación estaba en cabeza de la Brigada Móvil II, al estar dicho comando en cercanías de dicha localidad, contar con medios humanos y logísticos para dar una respuesta militar oportuna, en la medida que tenía el mando operacional sobre el Batallón Joaquín París y desconocer que el comandante de dicha Brigada, Coronel Lino Sánchez, así como otros miembros del Ejército ya condenados por estos hechos, estaban aliados con los paramilitares, circunstancias todas estas probadas en el proceso y que conllevan a concluir que el General ® Uscátegui incurrió en un error directo de prohibición de naturaleza vencible, según las razones que con suficiencia se expusieron en la ponencia que no fue acogida por la mayoría de la Sala de Casación Penal (cuatro Magistrados y un conjuer), lo cual determina que los suscritos salvemos el voto en los términos antes señalados, reafirmando la responsabilidad penal del alto oficial en los hechos de julio de 1997 en el municipio de Mapiripán-Meta, pero en forma atenuada debiendo reducirse su pena conforme a lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 32 del Código Penal.

Los Magistrados,

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

**FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO
FERNÁNDEZ**

GUSTAVO ENRIQUE MALO

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Fecha ut supra.

