

Proceso No 28017

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No.224

Bogotá D.C., catorce (14) de noviembre de dos mil siete (2007).

VISTOS

El Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Cúcuta mediante fallo de 10 de octubre de 2003 absolvió a los Agentes de la Policía Milton Ayala Lobo, Luis Alfonso Pérez Gallo, César William Pinilla Pinilla, Yimis Elles Martínez, Luis Hernando Arias Guevara y Eleuterio Mosquera Rengifo del delito consagrado en el artículo 2° del Decreto 1194 de 1989 (pertenencia a grupos de sicarios), convertido en legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991. También absolvió al Mayor del Ejército MAURICIO LLORENTE CHÁVEZ, al Mayor de la Policía Harbey Fernando Ortega Ruales, y los agentes de policía Arturo Elías Velandia Narváez, Luis Elías Toloza Arias, Miguel Hernández Acosta, Ciro Alfonso Ortiz, Gustavo Lobo Ortega y José Ordóñez Cuy del mismo punible así como del concurso homogéneo de delitos de homicidio con fines terroristas.

En virtud del recurso de apelación promovido por el representante de Andrés Bermonth Martínez reconocido como parte civil, el Tribunal Superior de Cúcuta, a través de fallo de 31 de agosto de 2006 revocó parcialmente la anterior decisión al condenar sólo al Mayor del Ejército MAURICIO LLORENTE CHÁVEZ como responsable, por su conducta omisiva, del

concurso homogéneo de delitos de homicidio agravado y homicidio en la modalidad de tentativa.

Contra el fallo de segundo grado recurrieron extraordinariamente el representante de la parte civil, del procesado MAURICIO LLORENTE CHÁVEZ, así como de la Fiscalía General de la Nación, y la Corte mediante auto del 26 de septiembre de 2007 admitió exclusivamente el segundo cargo de la demanda del apoderado del actor civil y el libelo presentado a nombre del único condenado, en tanto que rechazó la demanda formulada en representación del órgano acusador por carecer de interés jurídico para impugnar extraordinariamente.

En relación con los cargos admitidos se recibió el respectivo concepto de la Procuradora Tercera Delegada para la Casación

Penal, por lo cual la Sala se pronuncia en sede de casación.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Para una mejor comprensión de los sucesos investigados la Sala destaca preliminarmente que el municipio de Tibú está situado en la Sub-Región Norte de Norte de Santander, con una superficie de 2.696 Km² que representan el 12,44% del total del departamento, a una distancia de 122 kilómetros por vía terrestre al norte de la ciudad de Cúcuta, uno de cuyos corregimientos es La Gabarra, y conforma con otros municipios la región del Catatumbo por estar bañados por el río de este mismo nombre que desemboca en el golfo de Coquivacoa (Venezuela).

Dicha región estuvo influenciada por grupos guerrilleros que controlaban cultivos ilícitos y tráfico de narcóticos, que constituían así su actividad principal, posición estratégica que motivó la disputa territorial con grupos armados ilegales de las denominadas autodefensas campesinas que se asentaron desde mayo de 1999. En un principio se ubicaron en el

sector denominado Las Vetas, sobre la carretera que del municipio de Tibú conduce a La Gabarra, realizando permanentes retenes ilegales y ejecuciones que generaron terror en la población e incluso el desplazamiento forzado de muchos de sus miembros, por consecuencia.

Para la época, en el municipio de Tibú fungía como autoridad el

Mayor del Ejército, MAURICIO LLORENTE CHÁVEZ, al comando del Batallón Contraguerrillas N° 46 “Héroes de Saraguro”, ubicado a las afueras de la citada localidad y responsable del orden público en la zona del Catatumbo, así como el Mayor de la Policía Harbey Fernando Ortega Ruales, Comandante del Quinto Distrito de Policía de Tibú, situado en el casco urbano municipal. De igual forma, como miembros de la policía que prestaban turnos de vigilancia en la Estación de Bombeo o “Refinerías” del complejo petrolero de ECOPETROL se encontraban los Agentes Milton Ayala Lobo, Luis Alfonso Pérez Gallo, Cesar William Pinilla Pinilla, Yimis Elles Martínez, Luis Hernando Arias Guevara, Eleuterio Mosquera Rengifo, Arturo Velandia Narváez, Luis Toloza Arias, Miguel Hernández Acosta, Ciro Alfonso Ortiz, Gustavo Lobo Ortega y José Ordóñez Cuy.

Dado que el 29 de mayo de 1999 se presentó una primera incursión armada en la zona del Catatumbo con la muerte selectiva de varias personas, según el Brigadier General Alberto Bayardo Bravo Silva, Comandante de la Quinta Brigada del Ejército con sede en Bucaramanga, se dispuso un plan encaminado a impedir el asesinato de campesinos impartiendo por lo tanto la orden al Comandante del Batallón Contraguerrillas N° 46 de Tibú de hacer presencia activa y efectiva de las tropas a fin de prevenir los ataques a la población civil. Así mismo, el Coronel Luis Ángel Pico Silva Comandante Departamental de Policía ordenó al Comandante de Policía de Tibú que las unidades estuvieran atentas en el perímetro urbano, realizaran patrullajes y requisas vehiculares a fin de evitar que los violentos ingresaran allí.

Pese a lo anterior, hacia las 9 de la noche del 17 de julio de 1999 ingresó a la zona urbana de Tibú un grupo de uniformados que se identificaron como autodefensas campesinas o paramilitares, quienes luego de realizar varios retenes en las calles de la localidad y de sacar a diferentes personas de diversos establecimientos abiertos al público, las reunieron en la calle 6ª entre Av. 5ª y 6ª, a escasos metros del Comando de Policía, las requisaron y colocándolas en condiciones de inferioridad, ultimaron a siete de ellas, luego de que fueran señalados por un hombre y una mujer como auxiliares de la guerrilla.

Otros ciudadanos fueron retenidos y transportados en vehículos por la vía que de Tibú conduce a La Gabarra, pasando sin algún impedimento por la Estación de Policía de "Refinerías", y a la altura de la vereda Socuavo fueron ultimados tres de ellos y uno más cerca al Puente Serpentino, logrando sólo salvar su vida Andrés Bermonth Martínez, a quien le propinaron un disparo en la oreja derecha.

Así, resultaron muertos Hender Leonardo Avendaño Pineda, estudiante de primer semestre de Ingeniería Civil; Henry Soto Suárez, mecánico de motos; Nelson Rodríguez Mogollón, celador; Luis Alberto Lara Pérez y Marcelino Arenas Caicedo, comerciantes; Francisco Franqui Pérez, trabajador de la plaza de mercado; Álvaro Ortega Wualdrón, estudiante menor de edad; Atiliano Rodríguez Romero, latonero, Luis Enrique Díaz, obrero; Juan de Dios Mendoza Galván, panadero y Luis Alfredo Guerrero García, menor de edad, agricultor.

Por lo anterior, la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, con sede en Bogotá, tras adelantar diligencias preliminares, mediante proveído de 13 de marzo de 2000 abrió formal investigación penal y dispuso vincular mediante indagatoria al Mayor del Ejército MAURICIO LLORENTE CHÁVEZ, Comandante del Batallón de Contraguerrilla N° 46, ordenando su captura, la cual se hizo efectiva el 14 de marzo siguiente.

Indagado, por decisión del 22 de marzo de 2000 se le resolvió la situación jurídica provisional con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin derecho a la libertad provisional, como presunto responsable del concurso de delitos de pertenencia a grupos de sicarios, —previsto en el artículo 2º del Decreto 1194 de 1989, convertido en legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991—, homicidio múltiple con fines terroristas y homicidio en grado de tentativa.

Como también el Juzgado 25 de Instrucción Penal Militar de Cúcuta mediante proveído del 7 de septiembre de 1999 había ordenado la apertura de investigación penal y vinculado a través de injurada a varios miembros del Ejército Nacional, pertenecientes al Batallón de Contraguerrilla N° 46, entre ellos, al Mayor LLORENTE CHÁVEZ, a quien por decisión de 24 de marzo de 2000 se lo afectó con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de prevaricato por omisión, homicidio y lesiones personales, tipificados y sancionados por el Código Penal Militar, la Fiscalía suscitó conflicto positivo de competencia, dirimido por el Consejo Superior de la Judicatura por medio de resolución del 6 de julio de 2000 al asignar el conocimiento del asunto al ente de investigación ordinario.

A la instrucción también fueron vinculados a través de indagatoria policiales adscritos a la Estación de Policía de Tibú, en consecuencia, mediante proveído de 12 de abril de 2000 se le resolvió la situación jurídica al Comandante del Quinto Distrito de Policía con sede en ese municipio, Mayor Harbey Fernando Ortega Ruales y los agentes Milton Ayala Lobo Milton, Luis Pérez Gallo Luis, Cesar Pinilla Pinilla, Yimis Elles Martínez, Luis Arias Guevara y Eleuterio Mosquera Rengifo, a quienes se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva por el concurso de delitos de homicidio con fines terroristas, pertenencia a grupos de sicarios y homicidio en grado de tentativa.

De igual manera, luego de escucharlos en injurada, por proveído del 9 de junio de 2000 se afectó con igual medida de aseguramiento y por los mismos ilícitos a los Agentes de

Policía de la Estación “Refinerías”, Arturo Velandia Narváez, Luis Toloza Arias, Miguel Hernández Acosta, Ciro Alfonso Ortiz, Gustavo Lobo Ortega y José Ordóñez Cuy.

Luego de reconocer a Andrés Bermonth Martínez como actor civil, representado por apoderado, el 2 de febrero de 2001 se cerró parcialmente la investigación respecto del procesado LLORENTE CHÁVEZ, sin embargo, el 7 de febrero siguiente se revocó tal providencia con el fin de recepcionar varias declaraciones solicitadas por la defensa.

Finalmente, por resolución de 13 de febrero de 2001 la fiscalía dispuso el cierre parcial de la investigación en relación con los procesados Milton Ayala Lobo, Luis Alfonso Pérez Gallo, César William Pinilla Pinilla, Luis Fernando Arias Guevara, Eleuterio Mosquera Rengifo, Yimis Elles Martínez, Harbey Fernando Ortega Ruales, Arturo Elías Velandia Narváez, Luis Elías Toloza Arias, Miguel Hernández Acosta, Ciro Alfonso Ortiz, Gustavo Lobo Ortega y José Ordóñez Cuy.

A través de decisión del 5 de marzo de 2001 no se accedió a reponer la clausura de la investigación y se dispuso el trámite conjunto de la actuación al incluir la relacionada con el Mayor LLORENTE CHÁVEZ, a fin de correr traslado para los alegatos de conclusión, de manera que, mediante proveído del 20 de marzo de la misma anualidad se calificó el mérito de la instrucción con resolución de acusación en contra de los procesados, de la siguiente forma:

Respecto de los Mayores MAURICIO LLORENTE CHÁVEZ y Harbey Fernando Ortega Ruales, así como de los policiales Arturo Elías Velandia Narváez, Luis Elías Toloza Arias, Miguel Hernández Acosta, Ciro Alfonso Ortiz, Gustavo Lobo Ortega, José Ordóñez Cuy, por el delito de pertenencia a grupos de sicarios —consagrado en el artículo 2º del Decreto 1194 de 1989, convertido en legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991—, en concurso heterogéneo con el múltiple homicidio agravado con fines

terroristas, así como por homicidio en grado de tentativa —artículos 323, 324 numeral 8° y 22 del Código Penal de 1980—.

Concerniente a los Agentes Milton Ayala Lobo, Luis Alfonso Pérez Gallo, César William Pinilla Pinilla, Yimis Elles Martínez, Luis Hernando Arias Guevara y Eleuterio Mosquera Rengifo, sólo por el delito contemplado en el artículo 2º del Decreto 1194 de 1989.

La medida en relación con el Mayor LLORENTE CHÁVEZ se soportó, entre otras, en las siguientes consideraciones: i) tenía conocimiento previo de la incursión del grupo armado ilegal a la población, ii) incumplió con su obligación constitucional y legal de protegerla, iii) no prestó apoyo ante el aviso dado por los afectados sobre los hechos que estaban sucediendo a fin de perseguir a los atacantes, iv) sólo pidió el retorno de una tropa que había enviado el día anterior a la vereda Maria Auxiliadora que se encontraba a 12 kilómetros del casco urbano y en una dirección opuesta al lugar por el cual se retiraban los agresores, esto es, la vía que conduce al corregimiento de La Gabarra, de esa forma, redujo el número de efectivos en la base militar cuando era públicamente conocido que los paramilitares realizarían su acción criminal, máxime que éstos efectuaban permanentes retenes ilegales matando indiscriminadamente a ciudadanos de quienes presumían sus vínculos con grupos guerrilleros, v) no mantuvo la habitual presencia de la tropa a las entradas del pueblo, vi) no se ajustó al plan operativo dispuesto previamente para contraatacar y perseguir a cualquier grupo alzado en armas, vii) deliberadamente actuó así para demostrar debilidad por disminución del personal disponible.

Se desestimó la exculpación dada por el oficial del Ejército relacionada con que desde diferentes puntos fue atacado el Batallón, ya que pese a la contundencia de las armas por él referidas, no se registró algún daño en la entrada de la base militar.

Concerniente al Mayor de la Policía Harbey Fernando Ortega Ruales, se concluyó que:

i) conocía que el día de los hechos hombres uniformados se encontraban alrededor del municipio tal y como él mismo lo informó hacia las cinco de la tarde a la Estación Cien de Policía de Cúcuta, ii) dedicó el personal a labores de distensión y actividades recreativas mientras la población se exponía al riesgo, iii) los familiares de los policías fueron llevados al cuartel para que éstos no tuvieran preocupación de lo que pasaba afuera, iv) no adoptó las medidas necesarias, pese a que era sábado cuando hay mayor afluencia de personas en la localidad, v) el ataque fue a escasos metros del Comando Policial donde perfectamente se escuchaban los disparos pese a la fuerte lluvia de la zona de características selváticas vi) impidió al teniente Medina y a sus hombres salir a defender a la población, vii) no hubo hostigamiento al Comando, viii) desatendió el instructivo relacionado con que el personal debía hacer presencia las 24 horas en el pueblo, no permanecer en el cuartel y proteger la vida de los pobladores.

Respecto de los Agentes Arturo Elías Velandia Narváez, Luis Elías Toloza Arias, Miguel Hernández Acosta, Ciro Alfonso Ortiz, Gustavo Lobo Ortega y José Ordóñez Cuy, se estimó que realizaron actos necesarios para que otros ejecutaran el homicidio múltiple y colaboraron activamente en el grupo al margen de la ley, toda vez que en un camión varios residentes de Tibú fueron llevados a una zona rural por la vía a La Gabarra, corregimiento de ese municipio, pasando por el retén policial de “Refinerías”, lugar en el que los policiales dialogaron con los paramilitares, al punto que les preguntaron cómo les había ido en la “pesca”, lo que se traducía en un entendimiento cercano y de conocimiento de la actividad criminal.

Se concluyó así que: “No sólo se puede tener como partícipe en el desarrollo de un hecho criminal, a la persona que ejecuta la conducta desde el punto de vista material. Lo son todas las personas que tomen parte o presten colaboración de una u otra forma para la consumación del mismo y eso fue conforme al material probatorio lo que hicieron cada una de las personas acá investigadas, es decir contribuyeron en la consumación de los

tipos penales en contra de ellos señaladas. Delitos estos que ciertamente en su estructura para el caso de colaboración con los grupos de Autodefensas, se exige el dolo”

Tomando para sí las consideraciones del funcionario de segunda instancia cuando confirmó la medida de aseguramiento impuesta contra uno de los procesados, el acusador concluyó que: “El hecho de endilgarle coautoría, deviene también de un deber jurídico, por cuanto la conducta de permitir no sólo el ingreso de un grupo de asesinos, sino también su salida triunfal refleja por sí solo el acuerdo criminal de los autores materiales, con quienes están constituidos constitucionalmente y legalmente para preservar la vida, honra y bienes de los conciudadanos.”

“Los procesados sabía[n] que sea por acción o por omisión era

una de las condiciones necesarias y debidas para que se pudieran causar las muertes, ese era uno de los aportes al trabajo criminal, ellos se había[n] representado el resultado y tenía[n] voluntad para su realización, tenían capacidad para evitar su producción, pero eligieron el omitir para que se produjera el mismo y no les estamos diciendo que estaban obligados a hacer lo imposible, simplemente que se han debido comportar según su obligación, máxime cuando claro está que sabían de la presencia de los grupos de Autodefensa en la zona.”

“No es autor de homicidio, sólo la persona o personas que accionan los gatillos de las armas de fuego en contra de la humanidad de sus víctimas, existen diferentes formas de participar en la realización de un delito, considerándose consecuentemente autor a todo aquel individuo que ha contribuido causalmente a la realización del hecho delictivo, con un comportamiento sin el cual aquella no se habría producido. Si la policía comprometida en este delito y el señor mayor del Ejército enfrentan a los agresores el hecho no se hubiera presentado o de haberse consumado, la comunidad hubiera estado respaldada y se habría dificultado la acción criminal. Nada de esto ocurrió y ellos

actuaron libremente.”

“Los referidos procesados al parecer cometieron los delitos, en desarrollo de una forma especial de coparticipación en la ejecución de estos comportamientos cual es la de comisión por omisión que se consideran especiales, ya que solo puede realizarse el tipo correspondiente, por un determinado núcleo de personas, es decir por aquellas que tienen una especial relación con el bien jurídicamente protegido y por ende son garantes del mismo. El garante no evitó la producción del resultado dañino siendo obligado a hacerlo y estando en posibilidad de conseguirse un resultado distinto. Los policías y el señor comandante del ejército, estaban en la posibilidad y en la obligación de hacerlo, ellos tienen el deber de garantía derivado de la posición de garantes, máxime cuando se trata de un pueblo pequeño, con las graves condiciones de orden público, de ahí que no existe duda para presumir la participación de los implicados aludidos en los hechos delictivos investigados acorde con la adecuación típica”.

Por último, en cuanto a los Agentes Luis Alfonso Pérez Gallo, Milton Ayala Lobo, César William Pinilla Pinilla, Eleuterio Mosquera Rengifo, Yimis Elles Martínez y Luis Fernando Arias Guevara, a quienes se les imputó la acción por omisión en el delito previsto en el artículo 2° del Decreto 1194 de 1989 (pertenencia a grupos de sicarios): i) no se aceptó su argumento defensivo acerca de que no tenían conocimiento de la presencia del grupo ilegal, dado que su Comandante de la Estación “Refinerías”, Marco Antonio Rincón Jurado, afirmó que desde el 29 de mayo de 1999 les informó de ello, ii) extrañamente no revisaron los carros en los que se desplazaban los miembros de las autodefensas, iii) Carlos Fernando Ortega Laguado, exmiembro de la institución policial refirió el trato con los miembros de los grupos de autodefensas a quienes se les recibía mercados, prebendas y se les permitía transitar libremente por la zona al punto que uno de sus campamentos estaba cerca de la Estación-Retén de “Refinerías”.

En la misma decisión se dispuso que la medida de aseguramiento impuesta por la

justicia penal militar contra varios de los procesados, entre ellos el Mayor LLORENTE CHÁVEZ, se subsumía en lo dicho al momento en que la Fiscalía les resolvió situación jurídica con la adecuación típica hecha por el ente civil.

Impugnado el calificadorio por parte de los defensores de los Mayores MAURICIO LLORENTE CHÁVEZ y Harbey Fernando Ortega Ruales, así como de los policiales Arturo Elías Velandia Narváez, Miguel Hernández Acosta, Ciro Alfonso Ortiz y Gustavo Lobo Ortega, la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá mediante resolución del 30 de agosto de 2001 la confirmó en su integridad.

La etapa del juicio la adelantó el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Cúcuta, despacho que tras realizar diligencia de audiencia pública, —en la cual el representante de la Fiscalía solicitó la emisión de sentencia condenatoria únicamente respecto de los oficiales MAURICIO LLORENTE CHÁVEZ y Harbey Fernando Ortega Ruales—, emitió fallo el 10 de octubre de 2003 mediante el cual “vistas las deficiencias y precariedad de la prueba incriminatoria, que se opone a la coherencia de los elementos de convicción aducidos para demostrar la lenidad de los procesados en los delitos endilgados, dada la imposibilidad de disipar con otros medios de convicción la incertidumbre que arroja la valoración de los dos conjuntos probatorios, es un imperativo aplicar el principio universal in dubio pro reo, consagrado en nuestra Legislación Procesal en el artículo 7 del Estatuto Procedimental Penal, deviniendo la absolución para todos los procesados”.

Inconforme el representante de la parte civil, impugnó la anterior decisión y el Tribunal Superior de Cúcuta mediante fallo de 31 de agosto de 2006 la revocó parcialmente. Luego de precisar que el análisis jurídico y probatorio se limitaría a la legislación penal vigente para el momento de los hechos, esto es, al Decreto-Ley 100 de 1980 a fin de establecer si los procesados tenían el deber jurídico de impedir el resultado, que al no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivaldría a producirlo, “y no

conforme a los lineamientos de la posición de garante, pues esta novedosa figura tiene su génesis en la ley 599 de 2000, que entró en vigencia el 24 de julio de 2001, es decir, surgió con posterioridad a la realización de los acontecimientos investigados”, condenó solamente al Mayor MAURICIO LLORENTE CHÁVEZ como responsable de los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo con homicidio en grado de tentativa, a las penas principales de cuarenta (40) años de prisión y multa de quinientos (500) salarios mínimos legales, así como a la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez (10) años. También lo condenó a cancelar por concepto de perjuicios morales la suma equivalente a mil (1.000) gramos oro a favor de los sucesores de cada una de las víctimas, absteniéndose estimar daños materiales por no obrar acreditación de los mismos, quedando a salvo para que los titulares acudan a la jurisdicción civil para reclamar su pretensión indemnizatoria.

Respecto del condenado se determinó que: “...el acervo probatorio lo compromete directamente en la comisión por omisión de la conducta delictiva por la cual se le acusó, pues está probado que el procesado pertenecía a las fuerzas armadas en el grado de Mayor y sin duda tenía el deber legal y Constitucional de proteger el bien jurídico que para ese caso era la vida de dichos asociados, además contaba con los medios necesarios para hacerlo, toda vez que era el comandante de un batallón de contraguerrilla acantonado en dicha región, por lo que tenía capacidad de planear y ordenar las actividades correspondientes para la defensa de la población, ejercer el control y dado el caso, iniciar la persecución de los grupos ilegales que hacían presencia en esa zona, pero como se dijo realizó actividades totalmente contrarias a estos fines”.

En relación con el delito consagrado en el artículo 2° del Decreto 2266 de 1991 el Tribunal avaló la absolución proferida a favor del Mayor LLORENTE CHÁVEZ por no haberse acreditado la concurrencia del acuerdo de voluntades para la realización de actos delictivos indeterminados que tuvieran continuidad y permanencia.

Para confirmar la absolución respecto del Mayor Harbey Fernando Ortega Ruales se anotó que: “tenía conocimiento que la Estación de Policía de Tibú iba a ser objeto por esos días de ataques, razón por la cual se encontraban alertas para repeler un posible ataque contra sus instalaciones y por lo tanto debía protegerla, tal como lo recomendara el Comandante de Policía del Departamento, Coronel PICO SILVA, quien mediante poligrama, dio la orden de evitar desplazamientos y se pusieran en plan de defensa, ya que pocos días antes habían sido objeto de otra incursión en contra de la Estación de Policía de Tibú, de ahí que las medidas que tomó el comandante del Quinto Distrito de Policía de Tibú, al sentirse hostigados por disparos, eran las esperadas de acuerdo a la información que se tenía, ya que solo contaba con 49 hombres y ya había sido objeto de ataques anteriores por parte de los grupos insurgentes”.

Y en relación con los policiales beneficiados también con la absolución a efectos de su confirmación consideró que: “...no tenían la capacidad suficiente para la defensa de la población civil representada en la protección de la vida y de la incolumidad personal de los pobladores del Municipio de Tibú, específicamente de las personas que fueron sacadas de su casco urbano y posteriormente asesinadas, condición sine qua nom, como requisito necesario en los servidores públicos para la exigencia de la responsabilidad, no pudiéndose exigir el deber jurídico de impedir el resultado ya que primeramente se tiene establecido que su función era proteger las inmediaciones de la estación de Bombeo o refinería de ECOPETROL, de ahí que ante la división tripartita de funciones a las que estaban avocados los servidores públicos, una la protección de la estación de Policía en el casco urbano de Tibú, la otra el personal destacado en las diferentes garitas protegiendo la refinería de la petrolera y separados a distancias considerables del restante grupo del Ejército, situación que les impidió el deber legal de vigilar la fuente de riesgo que pudiera conducir a la amenaza del bien jurídico de la vida de las personas caídas y secuestradas, en primer lugar, por cuanto no contaban con personal suficiente para repeler tal acción y de otro lado entre sus múltiples funciones estaba

también la de custodiar la refinería, de ahí que no se les pudiera imputar la conducta omisiva que en esta instancia pretende la parte civil rehaga”.

LAS DEMANDAS

En nombre de la parte civil

Segundo Cargo: Violación indirecta de la ley sustancial

Al amparo de la causal primera de casación, por violación indirecta de la ley sustancial, debido a un error de hecho por falso juicio de existencia, el libelista denuncia que los fallos no hacen una relación clara de los medios de prueba que demostraban la responsabilidad del Mayor de la Policía Nacional Harbey Fernando Ortega Ruales y los otros procesados como coautores de los delitos de homicidio agravado y homicidio en el grado de tentativa ya que no adoptaron las medidas necesarias y oportunas, para proteger a la población o al menos paliar las acciones de los grupos paramilitares.

En concreto, reseña que los juzgadores desconocieron las siguientes pruebas:

* Declaraciones de Olivia Jaimes Quintero, Marco Antonio Rincón Jurado, William Marino Wallens Villafañe, Harbey Fernando Ortega, Claudio Valderrama Hernández, Andrés Bermonth, Hermes Bermonth, Luis Enrique Castrillón Goez, Orlando Amado, José Antonio Amado, José de los Santos y Prudencio Peñaranda.

* Copia de la historia clínica de Andrés Bermonth expedida por la Clínica Santafé.

* La prueba trasladada del proceso N° 536 referente a la declaración del Mayor MAURICIO LLORENTE.

* Decreto N° 030 por medio del cual se ordena el toque de queda en el municipio de Tibú el 1° de junio de 1999.

* Indagatoria de Alberto Bravo Silva ante el Juzgado 25 de Instrucción Penal Militar.

* Denuncia pública formulada por ANTHOC por la muerte de William Bermonth, funcionario del sector de la salud de Norte de Santander.

* Informe del socorro sobre la atención prestada a Andrés Bermonth.

* Carta del General Alberto Bravo Silva a las Organizaciones No Gubernamentales.

* Orden de operaciones N° 022 del 2 de junio de 1999.

Pone de manifiesto que Andrés Bermonth Martínez, sin que se advierta el señalamiento específico a alguno de los vinculados, describe claramente el

desenvolvimiento de los sucesos, la forma como fue llevado por los paramilitares en un vehículo, conjuntamente con otras personas y que al pasar por el retén policial, los miembros de éste no hicieron alguna labor de verificación de los hechos, testimonio que en criterio del demandante es de gran valor civil, ya que al declarante la colaboración para con la autoridad le costó su unidad familiar, la persecución de sus parientes y el exilio ante las permanentes y graves amenazas que recibió.

Aduce que existió una valoración errónea de la prueba recaudada y no se dio validez a los informes de policial judicial y el concepto técnico de los expertos del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación acerca de la inexistencia de un ataque contra el Cuartel del Comando de Policía del Distrito de Tibú, hecho que es corroborado con las declaraciones de víctimas y testigos, probanzas que de haber sido valoradas habrían acreditado la omisión en que incurrieron Harbey Fernando Ortega Ruales y los otros policiales al pretermitir el principio de solidaridad por no tomar las medidas necesarias para proteger a la población de las acciones de los grupos paramilitares que ejecutaron de manera sumaria a humildes y honrados ciudadanos a quienes de manera falsa acusaron de ser auxiliares de la guerrilla.

Por lo tanto, denuncia la violación del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal que establece la necesidad de la prueba para condenar y pide a la Sala casar el fallo para emitir uno de sustitución de carácter condenatorio por los delitos de homicidio agravado en concurso con homicidio en el grado de tentativa en contra de Harbey Fernando Ortega Ruales, Arturo Elías Velandia Narváez, Luis Elías Toloza Arias, Miguel Hernández Acosta, Ciro Alfonso Ortiz, Gustavo Lobo Ortega, José Ordóñez Cuy, Luis Alfonso Arias Guevara y Eleuterio Mosquera Rengifo, imponiéndoles las penas de multa, interdicción de derechos y funciones públicas, así como el pago de los perjuicios morales a favor de las víctimas.

En nombre de MAURICIO LLORENTE CHÁVEZ

El defensor postula cuatro cargos al amparo de la causal primera de casación: los tres primeros por violación indirecta de la ley sustancial, y el último, con el carácter de subsidiario, por violación directa de la ley sustantiva.

Primer cargo: Violación indirecta de la ley sustancial. Error de hecho por falso juicio de existencia

Denuncia que a través de yerros probatorios el Tribunal incurrió en la exclusión evidente de los artículos 29 de la Constitución Política, 232 y 234 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), así como en la aplicación indebida del artículo 21 del Código Penal de 1980, en relación con los siguientes aspectos:

1. De la omisión imputada

Desconoció el ad quem pruebas que acreditaban la actitud ofensiva, desde el punto de vista militar, asumida por su defendido durante el tiempo que se desempeñó como Comandante del Batallón Contraguerrillas N° 46 “Héroes de Saraguro” y que contradicen la supuesta omisión imputada.

En este sentido, destaca las órdenes de operación militar expedidas por su representado encaminadas a neutralizar, desarticular y combatir a los grupos generadores de violencia en el área de su jurisdicción, especialmente contra los grupos de autodefensa, tales como la orden “Persecución” del 29 de mayo de 1999 que bajo el subtítulo de “intención” indicaba dar de baja a los integrantes de grupos de justicia privada o “narcobandoleros”; “Catatumbo” del 2 de junio de 1999; “Fortaleza” de 16 de julio de 1999; “Ciclón” del 19 de agosto de 1999 y “Lince” del 28 de agosto de 1999.

Que tampoco fueron analizados los resultados operacionales que obtuvo el Batallón en la región del Catatumbo respecto de bajas y capturas durante 1999, ni se valoró el

informe que rindió su asistido el 11 de agosto de 1999 ante el Comando de la Quinta Brigada acerca de la operación militar “Pegaso” en la cual fueron dados de baja cuatro integrantes de las autodefensas en el sector Las Vetas del municipio de Tibú.

Aduce que no se consideraron las decisiones disciplinarias adoptadas, tanto por la Procuraduría General de la Nación de archivo definitivo de 18 de enero de 2002, como por el Comando de la Quinta Brigada del Ejército Nacional que en el mismo sentido emitió, las cuales acreditan que su defendido no omitió el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales, pues contrariamente se preocupó del planeamiento y desarrollo de las operaciones ofensivas tendientes a lograr la seguridad necesaria en la zona de su jurisdicción.

En concepto del defensor, como los delitos de omisión impropia suponen: i) conocimiento de la posición de garante, ii) conocimiento de la situación típica y iii) voluntad de no llevar a cabo la acción debida; en este caso faltaron los dos últimos requisitos, pues su representado no fue avisado la noche de los hechos de lo que estaba sucediendo en el casco urbano del municipio de Tibú, sino pasadas dos horas de su ocurrencia, además, para condenarlo por los homicidios se hacía necesario demostrar la capacidad para evitar el resultado, sin que baste afirmar que como era Comandante del Batallón, contaba con los medios para actuar.

2. De la incapacidad para evitar el resultado

Aduce que el Tribunal no sopesó la sustancial reducción de personal militar del Batallón de Contraguerrillas N° 46 “Héroes de Saraguro” al mando del Mayor LLORENTE CHÁVEZ, y por ende, la falta de capacidad suficiente para evitar el resultado dañino que se le atribuye. Que si en gracia de discusión hubiera existido la conducta omisiva de su parte, ella no habría sido voluntaria y consciente, sino forzada por las circunstancias de reducción de la tropa a que se vio sometido, así como al hostigamiento sufrido.

Explica que el Batallón al mando de su representado tuvo personal militar agregado del Batallón de Contraguerrillas N° 56, contando así con alrededor de 900 hombres para atender las necesidades de la vasta jurisdicción sólo hasta mediados de mayo de 1999, pero al serle retirado ese apoyo para cubrir la zona de Pamplona (Norte de Santander) la capacidad de cubrimiento y reacción de la tropa se redujo en más del 50% al quedar con menos de 480 efectivos entre oficiales, suboficiales y soldados, incluso parte de estos últimos por disposición del mando superior fueron agregados a otras unidades militares, debiendo con el escaso personal cubrir las 180 veredas y varios corregimientos de la zona rural, el área urbana y en general una extensión de aproximadamente 6.850 kilómetros cuadrados.

Pone de manifiesto que su defendido, consciente de la inferioridad numérica de tropa frente a los enemigos presentes en la zona (FARC - ELN - AUC y delincuencia común), solicitó mediante Radiograma al Comando Superior apoyo inmediato de otro batallón (Unidad Táctica).

Que ante la gravedad del orden público en la zona del Catatumbo el Ministro del Interior, el Gobernador de Norte de Santander y el Director Corporativo de Seguridad de ECOPETROL pidieron al Comandante General de las Fuerzas Militares, General Fernando Tapias el aumento del pie de fuerza del Ejército Nacional, insuficiencia de personal de la cual también dieron cuenta el Defensor del Pueblo y el Procurador Departamental de Norte de Santander en el informe rendido el 6 de julio de 1999 acerca de la comisión de verificación para el retorno de los desplazados.

Señala que de la misma manera el fallo desconoció el dispositivo y ubicación de tropas para el día 17 de julio de 1999, según los anexos del proceso disciplinario interno de las Fuerzas Armadas, que refiere el escaso número de hombres que para esa noche se encontraban protegiendo la refinería, los puntos críticos del complejo petrolero

incluyendo la zona industrial aledaña a la “Alcabala” y la base militar, lo que denota la imposibilidad para salir de manera inmediata en persecución de los autores de los homicidios, máxime que su defendido tuvo noticia de tal suceso, cuando los delincuentes llevaban ya dos horas de ventaja en su fuga.

Luego de aclarar que en virtud de la obligación de medio, y no de fin, que cumple la Fuerza Pública, que no implica que a toda costa se deba salvaguardar el ejercicio irrestricto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino que con los instrumentos que se tenga a disposición se deben brindar ciertas protecciones para que estos derechos sean respetados, afirma que su representado no contaba con todos los medios suficientes para cumplir cabalmente con las obligaciones constitucionales, legales y hasta contractuales dado el convenio Interinstitucional No. 09 de mayo 14 de 1999 celebrado entre el Ministerio de Defensa Nacional y ECOPETROL para proteger el complejo petrolero, prueba documental que se aportó en desarrollo de la audiencia pública que tampoco fue valorada por el Tribunal.

3. De la restricción vehicular

Advierte que el juzgador pasó por alto los documentos obrantes a folios 127 y s.s., del cuaderno de copias N° 7 y folios 357 y s.s., del cuaderno de copias N° 8 que contienen el acuerdo suscrito entre autoridades locales, policiales y militares de la localidad de Tibú, en virtud de un consejo de seguridad celebrado el 19 de julio de 1999 (dos días después de la masacre) para implementar la restricción vehicular, de lo cual se establece que al momento de los hechos no tenía tal restricción, sin embargo, la sentencia manifiesta lo contrario para endilgarle responsabilidad a su defendido.

Segundo Cargo: Violación indirecta de la ley sustancial. Error de hecho por falso juicio de identidad

Funda el yerro fáctico en la tergiversación probatoria del Tribunal que conllevó la

falta de aplicación de los artículos 29 de la Constitución Política, 232 y 234 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), en relación con los siguientes aspectos:

1. Orden de operaciones N° 028 “Fortaleza”

Parte de la premisa que si bien la incursión de las autodefensas constituía una amenaza permanente, no era dable establecer el momento de su ocurrencia, y como no obra en el plenario indicativa de esa circunstancia, en manera alguna podía exigírsele a su defendido que permaneciera con todos sus subalternos cerca del casco urbano de Tibú, descuidando la población en las áreas rurales que también se veían azotadas por las acciones de los grupos generadores de violencia.

Para el libelista, el juez colegiado se equivocó cuando afirmó que el Mayor LLORENTE CHÁVEZ envió la tropa hacia un sector donde no había presencia paramilitar, pues tanto en los informes de inteligencia, como en las órdenes de batalla obrantes en el proceso se da cuenta de la presencia no sólo de grupos paramilitares, sino de distintas agrupaciones al margen de la ley (FARC y ELN) que también debían ser combatidas y neutralizadas.

Así, en la orden de operaciones “Fortaleza” se menciona como objetivo a los grupos de justicia privada AUC y FARC que se encontraban en el área general de la vereda María Auxiliadora, Campo Seis y Bertrania y se ordena dentro del esquema de maniobra, realizar la infiltración correspondiente, lo cual en criterio del defensor acredita que no es cierto que haya enviado la tropa hacia un sector donde no había presencia paramilitar, cosa diferente es que no se pudieron mostrar resultados en esta oportunidad porque la citada operación debió ser abortada la noche del 17 de julio de 1999 cuando fue hostigado el Batallón de Contraguerrillas No. 46.

2. El presunto conocimiento previo de la masacre

Denuncia que el ad quem tergiversó las declaraciones que mencionan la inminencia de la incursión paramilitar al suponer que los pobladores de Tibú llamaron a la base militar 46 para avisar lo que iba a suceder, dado que nadie declara en tal sentido, como se advierte de los dichos de Oliva Jaimes Quintero, Luz Stella Vaca Bernal, Luis Eduardo Sánchez, María Betty Ortiz Flórez.

3. El verdadero plan de reacción y contraataque

En concepto del demandante, el Tribunal para derivar la conducta omisiva de su defendido tergiversó el plan de reacción y contraataque No. 207 de julio de 1999 realizado y previsto por el Comando del Batallón de Contraguerrillas No. 46, al no valorar dos de las alternativas o hipótesis contempladas en dicho documento, acerca de que si el Batallón fuese hostigado o atacado o que se encontrara disminuido por operaciones al punto de sólo contar con el personal necesario para la seguridad de sus instalaciones, no podía prestarse algún apoyo, ni iniciar la persecución de los criminales.

En este orden, concluye que era imposible una reacción del Ejército Nacional puesto que para la noche de los hechos, el Batallón se encontraba notoriamente reducido en el número de efectivos y también fue hostigado, unido a que no se informó oportunamente de los homicidios que simultáneamente estaban ocurriendo en el casco urbano.

Tercer Cargo: Violación indirecta de la ley sustancial. Error de hecho por falso raciocinio

En esta oportunidad postula un error fáctico por falso raciocinio que llevó a la falta de aplicación del artículo 29 de la Constitución Política, 232 y 234 y 238 del Código de Procedimiento Penal.

Considera que el Tribunal de manera superficial, arbitraria y subjetiva edificó un indicio de responsabilidad al afirmar que el Mayor LLORENTE tenía conocimiento previo de la presencia del grupo de autodefensa, conclusión que dedujo del hecho que inicialmente en la indagatoria negó una conversación sostenida con William Marino Wallens quien fuera momentáneamente retenido por los antisociales al referirle luego al oficial que entre los delincuentes había una mujer, situación que le sorprendió al procesado, episodio que luego aceptó cuando le fue puesta una declaración en la que había dado cuenta de ello.

Añade que si bien se infiere así un indicio de mentira, lo que contravendría el principio de no auto incriminación que garantiza al sindicado el derecho a guardar silencio o aún ocultar la verdad, todo corresponde a una simple imprecisión entre una versión y otra atestación rendida varios meses después.

Para explicar lo anterior, el defensor resalta las manifestaciones de su defendido en la injurada acerca de que inicialmente pensó que eran los grupos subversivos los que habían atacado la Estación de Policía y la base militar, pero que luego, cuando habló con el Comandante de Policía de la Estación de Tibú y supo de los daños leves allí ocasionados, la ausencia de destrozos en otros sectores de la localidad y que no había sido hurtado el Banco Agrario supuso que el grupo era de las autodefensas, ya que según la experiencia estos no destruyen totalmente un puesto de policía, ni saquean, contrario al *modus operandi* de la subversión, de ahí que al sostener la conversación con William Marino Wallens se sorprendiera cuando le comentó que iba una mujer entre los delincuentes, pues las reglas de experiencia no mostraban para ese entonces que en las AUC existiera personal femenino.

También repara que en el fallo se considere que el Mayor LLORENTE prometió al declarante Wallens el envío de tropa para perseguir el grupo armado,

porque resulta contrario a la lógica ante el escaso personal con el que contaba, máxime que como la comunicación se dio dos horas después de los hechos, resultaba inocuo emprender tal persecución.

Por último, aduce que el juzgador no hizo un razonamiento lógico en relación con el hostigamiento al Batallón Contraguerrillas la noche de los hechos como cuenta los declarantes Froilan Sánchez, Teresa Durán Andrade, Germán Ramírez Moros, así como las fotografías allegas por éste en la vista pública que muestran los daños a la base militar, independientemente de la valoración de si fueron graves o no.

Igualmente, radica un falso raciocinio en la inferencia del Tribunal al aceptar que los criminales pasaron en sus vehículos por frente a la base militar ante la contradicción en las inferencias o deducciones por darle crédito a las manifestaciones de Claudio Valderrama, que se encontraba en la “Alcabala N° 1” para concluir que los vehículos transitaron necesariamente frente al Batallón y que los centinelas debieron no sólo observarlos, sino impedir su paso, por cuanto se acreditó que los grupos armados no ingresaron al complejo petrolero, ni pasaron frente a la base militar.

Cuarto cargo: (Subsidiario) Violación directa de la ley sustancial

Postula que ante la pena de multa de quinientos (500) salarios mínimos legales impuesta a su defendido, no contemplada por el legislador para el delito de homicidio en los artículos 103 y 104 de la Ley 599 de 2000, (ni en los artículos 323 y 324 del Decreto 100 de 1980) desconoció el Tribunal los artículos 29 de la Constitución inciso 1° y 2°, así como el 6° y 39 numeral 1° del Código Penal.

En conclusión, solicita a la Sala casar el fallo y emitir uno de reemplazo de carácter absolutorio en favor de su defendido o de manera subsidiaria casarlo parcialmente para eliminar la sanción pecuniaria impuesta.

ALEGATOS DE LOS SUJETOS PROCESALES NO RECURRENTES

Como se precisó en la decisión del 26 de septiembre del año en curso mediante la cual se rechazó el libelo formulado por la Fiscalía General de la Nación, en tanto que se admitió sólo el segundo cargo propuesto por el apoderado de la parte civil, así como la demanda formulada por el defensor del procesado MAURICIO LLORENTE CHAVEZ, la Sala no se referirá al escrito de opugnación del defensor de este último por cuanto en sede casacional no puede ostentar la doble condición de impugnante y sujeto procesal no recurrente.

De la defensora del procesado José Ordóñez Cuy

En relación con el segundo cargo admitido de la demanda presentada en nombre del actor civil, tras criticar la postura del libelista de denunciar la exclusión evidente de los artículos 25 y 40 de la Ley 599 de 2000, por no tener en cuenta que los hechos acaecieron el 17 de julio de 1999, dos años antes de que el citado Código entrara en vigencia, señala que los elementos probatorios a que alude el censor sólo responden a una simple apreciación personal, por lo tanto, solicita a la Corte no casar el fallo o hacerlo de manera parcial para confirmar en su integridad la decisión de primer grado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, sugiere a la Corte casar el fallo por razón del cargo formulado por el representante de la parte civil a fin de condenar a los procesados Harbey Fernando Ortega Ruales, Arturo Elías Velandia Narváez, Luis Elías Toloza y Gustavo Lobo Ortega como responsables de los delitos de homicidio agravado en concurso con homicidio en el grado de tentativa.

Igualmente, solicita rechazar los tres primeros reproches elevados por el apoderado del procesado MAURICIO LLORENTE CHÁVEZ y sólo de acuerdo con el cuarto cargo casar

parcialmente el fallo para excluir de la condena la imposición de la pena pecuniaria.

De la demanda presentada por el apoderado de la parte civil

Considera la Delegada que el cargo segundo que fuera admitido por la Corte mediante auto de 26 de septiembre de 2007 debe prosperar en atención a que al sopesar las pruebas que echa en falta el libelista en el fallo se denota la responsabilidad penal por omisión impropia o comisión por omisión en los delitos de homicidio agravado y homicidio en la modalidad de tentativa, sólo respecto del Mayor Harbey Fernando Ortega Ruales y los Agentes de la Policía Nacional Arturo Elías Velandia, Luis Elías Toloza Arias y Gustavo Lobo Ortega, situación que excluiría a quienes no se encontraban presentes en la Estación de “Refinerías” o estaban cumpliendo labores que les impedían directamente percatarse del paso del convoy por el sitio y desarrollar así cualquier actitud defensiva, como los Agentes Milton Ayala Lobo, Luis Alfonso Pérez Gallo, César William Pinilla, Yimis Elles Martínez, Luis Hernando Arias Guevara, Eleuterio Mosquera Rengifo, Ciro Alfonso Ortiz, Miguel Hernández Acosta y José Ordóñez Cuy.

Tras analizar cada una de las pruebas que cita el libelista y su confrontación con la conducta omisiva de los miembros de la Policía Nacional, los parámetros constitucionales, la doctrina y la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional, la Procuradora se muestra conforme con el Tribunal al partir del análisis de la legislación penal de 1980 a efectos de determinar si los procesados tenían el deber jurídico de impedir el resultado, y al no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivaldría a producirlo, a cambio de la Ley 599 de 2000 que reguló expresamente y con más técnica el tema de los delitos de comisión por omisión.

Precisa que bajo la normatividad penal de 1980 había un mandato de determinación y pese al escaso desarrollo que tuvo el concepto de “deber jurídico” previsto en el artículo 21, tal situación se modificó a partir de la expedición de la Constitución Política

de 1991 al establecer que Colombia es un Estado social y democrático de derecho, lo que implica interpretar las anteriores disposiciones legales a la luz del nuevo texto superior, así, conforme con la jurisprudencia constitucional desde la expedición del texto superior y antes de que entrara a regir la Ley 599 de 2000 podían ser exigibles los deberes y obligaciones constitucionales sin necesidad de que mediara desarrollo legislativo cuando está de por medio la efectividad de un derecho fundamental como la vida y la integridad personal.

En ese orden de ideas, luego de citar una decisión de la Corte Suprema de Justicia¹, resalta que en sede de casación es viable analizar la situación que para la fecha de los hechos (17 de julio de 1999), aunque no tuviera desarrollo legal el alcance de la expresión “deber jurídico”, sí mediaba un mandato de clara determinación constitucional.

Que al confrontar los artículos 19 y 21 del Decreto-Ley 100 de 1980 que establecían lo referente a la acción y omisión, así como al principio de causalidad, en relación con los artículos 2º, 216 y 218 de la [Constitución Política](#), es procedente soportar la responsabilidad penal por omisión de los miembros de la Policía Nacional, pues el termino “deber jurídico”, más que un elemento normativo del tipo de carácter jurídico penal debe reducirse a criterios jurídicos extraídos del orden constitucional a fin de establecer de conformidad con el ordenamiento, cuándo una persona está en la obligación jurídica de impedir un resultado.

Señala que en este caso, es necesario separar las funciones de la Policía Nacional de protección de la sociedad para asegurar la convivencia pacífica, de la vigilancia, actividad esta reglamentada a través del artículo 42 del Decreto 262 de 1994, pero que fuera declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia del 23 de enero de 1996, la cual facultaba a aquel ente para contratar con entidades oficiales, bancarias, financieras u otras personas jurídicas la prestación remunerada

de servicios de vigilancia.

En este orden, asevera que en desarrollo de los Convenios Interinstitucionales entre la Policía Nacional y las empresas petroleras ECOPETROL, B.P. y OXI, en cuanto a la seguridad de la infraestructura petrolera, el cuerpo civil cumplía en el municipio de Tibú labores de naturaleza preventiva, tanto para cuidar el patrimonio de la Nación, como al conglomerado humano; sin embargo, aduce que no es razonablemente admisible anteponer el cuidado del oleoducto, frente al derecho a la vida y a la integridad personal de los residentes, pues ha de tener la capacidad de reaccionar para contrarrestar situaciones que pueden comprometer el ejercicio de los derechos y libertades, o amenazar la convivencia pacífica, porque la policía irrumpe en ocasiones en terrenos de lo militar, función que la ubica en una “zona gris” o “fronteriza”, en la cual se superponen los criterios de seguridad y defensa.²

Concluye que la Policía Nacional tenía el deber constitucional, no sólo de actuar preventivamente, sino de afrontar el riesgo frente a la incursión de grupo armado en contra de la población de Tibú, ya que tenía que estar preparada por conocer claros indicios de la probabilidad de un ataque, de la inminencia del peligro y de la percepción en conjunto de la situación, que si bien un grupo de policiales estaba encomendado para cuidar la refinería, no podía desatender su función primordial de acudir al municipio a fin de proteger a sus residentes.

Resalta además que los policías al ver pasar a los insurgentes por inmediaciones del sitio vigilado, detener el camión y ser informados de lo que había ocurrido en ese instante, tenían el deber constitucional de repeler toda acción de violencia y actuar en forma inmediata para proteger las libertades públicas quebrantadas y evitar su extensión.

En este orden, detalla que la posición de garante de la Policía Nacional como del Ejército surge directamente de los artículos 2º, 216, 217 y 218 de la [Constitución Política](#), de ahí

que la responsabilidad penal tenga lugar en aplicación del artículo 21 del Código Penal (Decreto-Ley 100 de 1980), como lo afirmó la Corte Constitucional en el año 2001, en la sentencia SU-1184 de 2001, cuando la posición de garante era de exclusivo raigambre constitucional.

Hechas las anteriores precisiones generales, tras abordar cada una de las pruebas enunciadas por el demandante como desatendidas en los fallos, refuta la conclusión judicial según la cual conforme con el dicho del Intendente Antonio Rincón Jurado no era función de los policiales adscritos a la Estación “Refinerías” realizar retenes o puestos de control sobre la vía, por requerir tal actividad entre 12 a 15 agentes y autorización previa del Comandante del Departamento Operativo para abandonar la base, por cuanto el dicho del atestante presenta contradicciones al decir que si bien en ese sitio no hacían retenes, la noche de los hechos por la tensión vivida estaban atentos a repeler cualquier ataque.

Por lo anterior, muestra la Delegada su extrañeza, que si se está ante un inminente ataque de los grupos de autodefensas, no se ejerza estricta vigilancia sobre vehículos o personas que pasan por la zona, máxime que el control es connatural a la función de vigilancia, a la labor preventiva que debe ejercer la Policía Nacional en aras de garantizar la convivencia pacífica.

En apoyo de su aserto, resalta que al tener la Policía una naturaleza civil, no se rige por la disciplina castrense, de ahí que los inferiores sean responsables de la ejecución de las órdenes que reciban³, y para este caso, los agentes que se encontraban en el sitio de los acontecimientos estaban en capacidad de evaluar la real situación y no estar al tanto de las órdenes impartidas, por cuando éstas se hallaban alejadas de la realidad.

En relación con el hostigamiento a la Estación de Policía, señala la Delegada que ello sólo ocurrió en la imaginación de los Comandantes del Ejército y de la Policía, como se

desprende de otras pruebas como las declaraciones de los ciudadanos y de varios agentes de la Policía Nacional, que refirieron que la base no fue objeto de algún ataque, además, no se hallaron vestigios del mismo como se corroboró en la inspección judicial realizada.

En este orden, concluye que no hay duda de la omisión del Comandante Mayor Harbey Fernando Ortega Ruales y los agentes de la Policía que se encontraban para ese momento en la Estación de 'Refinerías', dada "la absoluta orfandad en que dejaron a la población civil ante los hechos reales y no imaginarios del ataque al municipio de Tibú, razón por la cual pudieron las Autodefensas, con toda tranquilidad proceder a sacar a las personas de un sitio público, 'lista en mano', hacerlos despojarse de sus ropas, colocarlos contra la pared, darles muerte, llevarse a otras personas en vehículos que venían destinados para ello, burlar los puestos de control y finalmente, lo que causa total desconcierto, como lo afirma el testigo más importante de los hechos, el señor ANDRÉS BERMONT MARTÍNEZ, que la Policía tenía pleno conocimiento de todo lo ocurrido".

Sin embargo, aclara que no todos los miembros de la Policía Nacional deben ser condenados por los delitos de homicidio y tentativa de homicidio, pues se ha de excluir a quienes no se hallaban presentes o estaban cumpliendo labores que les impedían directamente percatarse del paso del convoy por el lugar.

Así, sugiere se condene dada la responsabilidad penal por omisión impropia o comisión por omisión al Mayor Harbey Fernando Ortega Ruales y a los Agentes de la Policía Nacional Arturo Elías Velandia, Luis Elías Toloza Arias y Gustavo Lobo Ortega, de quienes hay claridad que: "tenían el deber jurídico, no realizaron el mandato constitucional, estaban en posibilidad efectiva de realizar la conducta ordenada en la [Constitución Política](#), entre la omisión y el resultado se presenta el "nexo de evitación" y se produjo un resultado, aunado a lo anterior la omisión fue de naturaleza dolosa". En tanto que se mantenga la absolución para Milton Ayala Lobo, Luis

Alfonso Pérez Gallo, César William Pinilla, Yimis Elles Martínez, Luis Hernando Arias Guevara, Eleuterio Mosquera Rengifo, Ciro Alfonso Ortiz, Miguel Hernández Acosta y José Ordóñez Cuy.

De la demanda en nombre de MAURICIO LLORENTE CHÁVEZ

Primer cargo: Violación indirecta de la ley sustancial. Error de hecho por falso juicio de existencia.

La actitud defensiva desde el punto de vista militar del enjuiciado que pretende hacer valer el defensor a través de varios documentos que establecían planes y operativos que en su sentir fueron desconocidos por el Tribunal, la encuentra la Delegada carente de entidad si se tiene en cuenta que el Tribunal consideró que el caudal probatorio denotaba sin lugar a dudas la conducta omisiva del Mayor del Ejército como factor determinante para la producción del resultado, dado su conocimiento previo de la incursión del grupo armado y las manifestaciones del testigo William Marino Wallens Villafañe acerca de que el oficial se comprometió a enviar una tropa para perseguir a los ejecutores, lo que nunca sucedió.

Reseña que la actitud defensiva por la que debió optar el militar fue motivo de análisis por el juzgador al advertir que su obrar no se ajustó al operativo de reacción y contraataque número 027 de julio de 1999, en el cual se establecían estrategias para reaccionar en el caso de una incursión de los grupos al margen de la ley, que inexplicablemente no realizó el día de los hechos.

Defiende la posición del Tribunal al mostrar extrañeza por la orden del Mayor LLORENTE para que retornara la tropa acantonada en la vereda María Auxiliadora, ubicada a 12 kilómetros de la guarnición militar, en dirección opuesta al sitio donde se desplazarían los insurgentes, cuando había sido enviada a otro sector por orden impartida en acatamiento de una operación militar fechada el 16 de julio de 1999, un día antes de la incursión.

Tampoco las decisiones de carácter disciplinario que favorecieron al Mayor LLORENTE, las encuentra la Delegada con aptitud para remover el fallo, toda vez que la providencia mediante la cual la Procuraduría no encontró mérito para proferir cargos disciplinarios versa por hechos diferentes al tener relación con la masacre perpetrada el 21 de agosto de 1999, y si bien el Tribunal efectivamente no tuvo en cuenta la decisión del Comandante de la Quinta Brigada del Ejército, mediante la cual se abstuvo de abrir investigación disciplinaria contra el personal orgánico del Batallón Contraguerrillas N° 46, ello no tiene la posibilidad de afectar la sentencia, dada la independencia de la acción disciplinaria respecto de la acción penal.

Destaca que el juzgador no fue ajeno a los cuestionamientos que plantea el censor, como sucede con la incapacidad para evitar el resultado ante las limitaciones del personal, sólo que tal aspecto denotaba la conducta omisiva del oficial, por lo que solicita que la censura sea desestimada.

Segundo cargo: Violación indirecta de la ley sustancial. Error de hecho por falso juicio de identidad

El falso juicio de identidad por la tergiversación de algunos elementos probatorios también lo encuentra la Delegada inexistente, por las siguientes razones:

En cuanto a la orden de operaciones “Fortaleza” que según el libelista fue tergiversada al afirmar en la sentencia que la tropa fue enviada hacia un sector donde no operaban las autodefensas, destaca la Procuradora que su mención judicial fue sólo tangencial ante las pruebas que acreditaban el conocimiento por parte del Mayor del Ejército acusado el inminente ataque de grupos ilegales a la población, que le imponía no diezmar la tropa, ni enviarla a un lugar distante del sitio amenazado.

Respecto del conocimiento previo de la masacre, contrario a la estimación del defensor acerca de que no existe declaración que refiera concretamente la incursión

paramilitar y que por lo mismo el Mayor LLORENTE no sabía con antelación sobre su ocurrencia, aduce la representante del Ministerio Público que varios testimonios de los sobrevivientes de los hechos indican que durante la toma llamaron insistentemente al Comando del Batallón y de la Policía para informar la situación y no pudieron comunicarse por estar los teléfonos descolgados.

Resalta que también obra la declaración de William Marino Wallens Villafañe, trabajador de ECOPETROL, acerca de que le narró al Mayor LLORENTE los pormenores de los hechos luego de que fuera retenido y dejado en libertad por los ejecutores, circunstancias que demuestran que el procesado conocía de la toma del municipio, además, que se le informó esa misma noche y tampoco actuó de conformidad.

Acerca del verdadero plan de reacción y contraataque, pone de presente la Delegada que el libelista parte de dos premisas falsas: la primera relacionada con que el Mayor del Ejército no fue informado de lo que estaba sucediendo, cuando de acuerdo con la declaración de Wallens Villafañe se acreditó que si le dio aviso inmediatamente fue liberado por los ilegales, y la segunda el hostigamiento que sufrió el batallón, el cual no fue acreditado en el plenario.

Por lo tanto, solicita que el reproche no prospere.

Tercer cargo: Violación indirecta de la ley sustancial. Error de hecho por falso raciocinio.

Para la Delegada, no le asiste razón al demandante en el falso raciocinio que denuncia basado en que el Tribunal se apoyó en el dicho de William Marino Wallens Villafañe acerca de que una vez le contó al Mayor LLORENTE lo ocurrido, éste mostró su sorpresa al conocer que dentro del grupo armado se encontraba una mujer, para concluir que el oficial conocía la composición de la agrupación y la finalidad que perseguían, por cuanto el juzgador tomó además otros hechos indicadores que analizados en su conjunto permitían establecer que el enjuiciado estaba al tanto y conocía previamente los hechos, además,

por la promesa que hizo al declarante relacionada con que enviaría la tropa, lo que nunca cumplió, ni expresó la razón de tal omisión.

Así, explica que el dolo lo estableció el ad quem por haber ordenado el inculcado el 16 de julio de 1999, un día antes del ataque del grupo armado, el desplazamiento de la tropa a la vereda María Auxiliadora, ubicada a una distancia aproximada de 12 kilómetros y en dirección opuesta a la que se dirigieron los miembros de las autodefensas, circunstancia que para el fallador se constituía en una táctica para facilitar la incursión de los alzados en armas y una mampara a fin de justificar su inactividad en la neutralización o persecución de los mismos.

Agrega que el Tribunal también destacó el desconocimiento del oficial del “Plan operativo de reacción y contraataque No.027” de julio de 1999 en el se preveía las respuestas que debía observar la base militar en caso de un eventual ataque de perseguir al enemigo y realizar acciones nocturnas y operativos sorpresa, disposición que no fue acatada, en claro abandono de sus deberes.

En consecuencia, aduce la Delegada que no demuestra el censor la infracción de los principios de la sana crítica por parte del juzgador y se dedica a proponer su desacuerdo con la valoración judicial, lo que amerita que el cargo no prospere.

Cuarto cargo: Violación directa de la ley sustancial

Para la Procuradora, le asiste razón al demandante al denunciar la infracción de los artículos 29 de la Constitución, 6º y 39 del Código Penal por imponer al procesado la pena de multa no prevista por el legislador penal -tanto en el Decreto 100 de 1980, como en la Ley 599 de 2000- para los delitos de homicidio agravado y homicidio en el grado de tentativa que le fueran imputados.

En consecuencia, solicita a la sala casar la sentencia sólo en cuanto a la pena de multa

impuesta al Mayor LLORENTE CHÁVEZ y confirmarla en lo demás.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como el tema materia de la decisión es comprensivo de la participación omisiva en delitos de resultado, de manera preliminar la Sala abordará el estudio de si la posición de garante constituye una novedad en el Código Penal de 2000 que impida su aplicación a conductas acaecidas antes de su entrada en vigencia (25 de julio de 2001), como lo estimó el Tribunal, o si bajo el anterior ordenamiento sustantivo (Decreto-Ley 100 de 1980) era posible predicar deberes de aseguramiento, para por esa vía establecer la responsabilidad penal respecto de conductas omisivas.

De la conducta punible

El comportamiento delictivo puede consistir en una acción positiva que determina una variación en el mundo exterior, pero también puede derivarse de una acción negativa, es decir, de índole omisiva, así definida por el legislador al incluir taxativamente el deber, cuyo incumplimiento se sanciona independientemente del resultado (omisión propia), como ocurre con los delitos de inasistencia alimentaria (art. 233), omisión de medidas de socorro (art. 131), omisión del agente retenedor o recaudador (art. 402) prevaricato por omisión (art. 414), entre otros.

No obstante, hay ocasiones en que el resultado producido con una conducta activa por antonomasia, es conseguido a través de una omisión, esto es, de un no hacer que produce el resultado típico previsto en la ley (omisión impropia o comisión por omisión), para lo cual se utiliza por regla general la fórmula de las cláusulas de equivalencia o equiparación punitiva entre la acción y la omisión.

Hoy, la acción no se identifica con un movimiento muscular como trasformador del mundo físico, sino desde un punto de vista normativo, así también se entiende el

comportamiento omisivo del cual se entra a verificar el nexo de evitación, esto es, la conducta esperada que de haber sido realizada, el sujeto habría interrumpido o evitado el resultado⁴

.

De la posición de garante

A fin de equiparar la causación del resultado y la relación del omitente con el bien jurídico se ha de analizar el deber jurídico de la persona llamada a evitar ese resultado, es decir, precisar quién debe garantizar su no causación, ora mediante la función de protección o de vigilancia.

En este orden, entendida la posición de garante (Garantenstellugen) 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, el concepto de deber jurídico ha ofrecido dificultades para establecer previamente el sustento normativo que dispone la obligación de actuar, que de cumplirla el sujeto evitará la producción del resultado (garante de la evitación del resultado).

1. Previsiones en el Código Penal de 1980 y su relación con la Constitución Política de 1991

El Decreto-Ley 100 de 1980 estableció como modalidad del hecho

punible tanto la acción como la omisión (art. 19). También 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”, sobre lo cual se precisó que “Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo”.

De tal normativa se ha entendido que contempló la “cláusula de equivalencia” entre acción y omisión, esto es, equiparó la acción con el no hacer y no impedir concientemente el resultado.

Si bien, como lo destaca la representante del Ministerio Público en su concepto, a la expedición de tal estatuto penal no se precisaron los deberes jurídicos o las fuentes de la posición de garante, y bajo la vigencia de la Constitución de 1986, de raigambre legalista, se dificultaba la punición de conductas omisivas impropias, quedando así una amplia discrecionalidad judicial para integrar la comisión por omisión respecto de los delitos de la parte especial del Código, lo que podía atentar contra la legalidad y tipicidad, con el replanteamiento formal y real respecto 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 Constitución Política de 1991, que le imprime un valor normativo y fuente del derecho penal, se establecen desde el mismo texto superior 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.

Efectivamente, desde el artículo 1° de la Constitución Política al establecer 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, y 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 contemplan deberes de competencia institucional y también por organización, es decir, obligaciones normativamente específicas, v.gr. predicables de los servidores públicos que como agentes estatales deberán siempre atender los fines esenciales del Estado, o deberes generales de los ciudadanos de velar por la conservación de determinados bienes jurídicos.

Así, el derecho penal no puede ser ajeno a los valores y principios que integran el texto superior. Como ciencia humana de orden social, cuyo objeto de conocimiento es el hombre, no puede mirar de manera unitaria a la persona, sino integrada a la sociedad, porque es al interior de ella que tiene relaciones con otros individuos a fin de satisfacer sus necesidades, lograr el desarrollo de su personalidad y propender por el bienestar general. De ahí que se establezcan lazos de solidaridad del engranaje colectivo que implican la realización de acciones intersubjetivas respecto de situaciones que afecten la vida o la salud de los asociados.

No en vano se habla hoy en día de constitucionalización del derecho penal, por ello, los preceptos constitucionales también resultan ser el origen y fundamento de los delitos de omisión.

La Corte Constitucional ha definido que: “La solidaridad de las personas, a la que hace referencia el artículo 1º de la Constitución como uno de los fundamentos del Estado colombiano y la solidaridad social que, en el artículo 95 aparece como un principio rector de la conducta de los asociados, es un valor que se construye sobre un hecho. La razón es clara: tal como lo han establecido científicos sociales (v.gr Durkheim), en principio, la solidaridad consiste en el hecho simple y verificable de que cuando se convive lo que afecta a uno solo de los miembros de la comunidad, afecta a los otros (más a los iguales en el caso de las sociedades incipientes, y a los semejantes en el caso de las más desarrolladas y complejas).

“Pues bien: sobre ese factum, evidente e innegable, ha erigido el Constituyente colombiano un principio rector de la conducta que puede enunciarse así: si del comportamiento que tú observes se siguen consecuencias para los demás, tu comportamiento debe ser de tal suerte que los efectos altruistas (positivos) se incrementen y los egoístas (negativos) se eviten.

“Y es de evidencia meridiana que si la solidaridad tiene vigencia en cualquier comunidad, en la más nuclear (donde los miembros conviven en la mayor proximidad física pensable), el fenómeno se da en ella con mayor intensidad y el principio deóntico que de él se infiere, debe ser para sus miembros más vinculante”⁵.

Sin embargo, el mismo Tribunal Constitucional ha precisado los límites para exigir la conducta solidaria del sujeto que está en condiciones de afrontarla, pues ello no se constituye en algo absoluto: “...los deberes exigibles a las personas no pueden hacerse tan rigurosos que comprometan el núcleo esencial de sus derechos fundamentales, pudiendo ser éstos preservados, de modo que la autoridad, al buscar su efectividad y concreción, tiene la obligación de agotar las posibilidades de seguridad y amparo que razonablemente puedan brindarse al soldado en medio de las peculiares circunstancias de su estado y de la responsabilidad que se le encomienda, por lo cual si el riesgo para la vida o la integridad no resulta imperioso o necesario, considerada la situación concreta, no ha de propiciarse su exigencia.

(...)

“En relación con los deberes -se repite-, es necesario precisar que únicamente pueden ser exigibles en su integridad cuando el obligado a ellos está en capacidad efectiva de cumplirlos, pues, al igual que los derechos, también tienen sus límites”⁶

.

De igual forma, ha enfatizado que en cada caso se deberán tener en cuenta las circunstancias de quien se espera que asuma la carga debida: “...la formación del militar (y hay que agregar entre nosotros al policía, aunque su asimilación no es del todo adecuada) es un adiestramiento permanente dirigido a un objetivo específico: saber afrontar las situaciones de peligro. Ahora bien, es de suponer que quien se ejercita en una actividad desarrolla destrezas que se incorporan al repertorio de sus acciones y

reacciones cotidianas, que vistas desde afuera pueden parecer excepcionales y extraordinarias pero que para él deben aparecer como normales. Por tanto, en ese campo específico la exigencia que para otro podría ser desmesurada, para él es razonable: afrontar un combate, no huir, no hacer manifestaciones de pánico. La valentía, entonces, así entendida, y vinculada al honor militar, se revela como una destreza exigible de quien se ha preparado para adquirirla, y el no poseerla sería tan vergonzoso (¡deshonroso!) como lo sería para quien ha recibido adecuado entrenamiento en el quirófano, no ser capaz de realizar una operación de cirugía corriente.

(...)

Así pues, el acto de valor (...), que para un ciudadano común podría ser heroico, y cuya omisión no sería vergonzosa, para un militar sería apenas debido, y su incumplimiento motivo de baldón”⁷.

En relación con la posición de garante que surge de la competencia institucional, esto es, de las obligaciones normativas específicas, el deber jurídico emerge del mandato constitucional establecido en el artículo 2º 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.

Al propio tiempo, el artículo 6º del texto superior establece 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, precepto que permite deducir la existencia de unos deberes positivos frente a la amenaza de los bienes jurídicos.

También procede, tratándose de los miembros de la fuerza pública —de la cual se sirve el Estado para soportar la organización política y social—, de las finalidades

primordiales tanto de las fuerzas militares, de defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio y del orden constitucional (artículo 217 de la Constitución), como de la Policía Nacional en cuanto cuerpo civil armado, encargado 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).

Pero además, el deber jurídico en virtud del bloque de constitucionalidad, se puede encontrar en los instrumentos internacionales. Así, se ha entendido que no sólo deben integrarse los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en estados de excepción, como lo dispone el artículo 93 de la Constitución, sino también, en casos de conflicto interno o externo, los que componen el llamado Derecho Internacional Humanitario, por cuanto “hacen parte, en sentido genérico, del corpus normativo de los derechos humanos, puesto que, tanto los tratados de derechos humanos en sentido estricto como los convenios de derecho humanitario son normas de ius cogens que buscan, ante todo, proteger la dignidad de la persona humana. Son pues normatividades complementarias que, bajo la idea común de la protección de principios de humanidad, hacen parte de un mismo género: el régimen internacional de protección de los derechos de la persona humana. La diferencia es entonces de aplicabilidad, puesto que los unos están diseñados, en lo esencial, para situaciones de paz, mientras que los otros operan en situaciones de conflicto armado, pero ambos cuerpos normativos están concebidos para proteger los derechos humanos. Así, esta Corporación ya había señalado que “el derecho internacional humanitario constituye la aplicación esencial, mínima e inderogable de los principios consagrados en los textos jurídicos sobre derechos humanos en las situaciones extremas de los conflictos armados.”⁸

En este orden, se encuentran normas del Derecho Internacional Humanitario que específicamente protegen a la población civil en caso de conflicto armado interno, como

el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, —Protocolo II—, Ginebra el 8 de junio de 1977, aprobado mediante Ley 171 de 1994, específicamente en sus artículos 4º y 13 que preceptúan:

“ARTÍCULO 4. Garantías fundamentales.

1º. 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. Para hacer efectiva esta protección, se observarán en todas las circunstancias las normas siguientes

2º 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”.

En este orden, desde el Derecho Internacional de Derechos Humanos se impone el deber de garantía predicable del Estado, y por ende de sus agentes, el cual no sólo se circunscribe al aspecto negativo de abstención a fin de no violar los derechos humanos y propender por su libre ejercicio, sino a las obligaciones de investigar, procesar y sancionar a los autores de tales infracciones.

El Estado, entonces, tiene una posición jurídica basilar de garante, que “no se limita a los actos cometidos por agentes oficiales, o sea a agentes de iure del Estado, sino que engloba también a los agentes de facto del Estado, como pueden ser catalogados los grupos de autodefensa. En efecto, el Derecho Internacional prevé expresamente esta responsabilidad estatal. Igualmente, el deber de garantía se extiende respecto de actos de particulares que vulneren el goce efectivo de los derechos humanos, aun cuando éstos no actúen bajo la instigación, consentimiento o aquiescencia de funcionarios públicos”⁹.

La Corte Constitucional interpretando los deberes y obligaciones constitucionales del texto superior de 1991 en fallo de tutela relacionado con un conflicto de competencias suscitado entre la Justicia Penal Militar y la justicia ordinaria que fuera dirimido por el Consejo Superior de la Judicatura al adjudicarlo a la primera, por hechos relacionados con la masacre que se presentó durante los días 15 a 20 de julio de 1997 en Mapiripán (Meta) y respecto de dos miembros de la fuerza pública que al tener competencia material funcional y territorial sobre la zona (posición de garante) frente a la agresión armada contra la población civil (situación de peligro generante del deber) por no prestar algún tipo de ayuda cuando contaban con los medios para hacerlo, precisó las fuentes materiales de la posición de garante:

Analizó que para la teoría de las funciones la posición de garante: “es la posición que ocupe el sujeto en la sociedad, independientemente del reconocimiento expreso del deber de actuar en una ley, lo que fundamenta la obligación de evitar determinados resultados. Si bien el concepto de garante, como criterio básico de equivalencia entre la acción y la omisión se debe a Nagler (1938), el principal representante de un criterio material fue Armin Kaufmann. Para él, la posición del sujeto con respecto al control de fuentes de peligro (garantes de vigilancia) o frente a bienes jurídicos que debe defender ante ciertos peligros que los amenace (garantes de protección) determina la posición de garante”.

Resaltó además que el moderno derecho penal de orientación normativista fundamenta el juicio de imputación en la delimitación de los ámbitos de competencia, en el sentido de que: “sólo se responde por las conductas o resultados que debo desarrollar o evitar en virtud de los deberes que surgen de mi ámbito de responsabilidad y que se desprenden de los alcances de la posición de garante. Lo demás –salvo los deberes generales de solidaridad que sirven de sustento a la omisión de socorro- no le concierne al sujeto, no es de su incumbencia”.

Lo anterior 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.

Y ya en lo relacionado con los deberes que constitucionalmente les corresponde a los miembros de la fuerza pública, al ser garantes y responder penalmente por no iniciar la acción de salvamento de los bienes jurídicos que se encuentran en su ámbito de responsabilidad la misma Corporación concluyó que: “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.”¹⁰

Acorde con lo anterior, pero con la clara órbita de competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en materia contenciosa no se ocupa de declarar la responsabilidad individual de las personas, sino de los Estados, al encontrar responsable a Colombia de las violaciones de derechos humanos en el caso de la masacre de Mapiripán, en sentencia de 15 de septiembre de 2005 determinó que la responsabilidad estatal internacional puede generarse: “también por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. Los Estados Partes en la Convención tienen obligaciones erga omnes de respetar y hacer respetar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona. Esas obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas

necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones erga omnes contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención”. (subrayas ajenas al texto)

De la misma forma, en el caso de la masacre de la Rochela, en sentencia del 11 de Mayo de 2007 el citado organismo internacional destacó que: “La Corte observa que en el presente caso el Estado permitió la colaboración y participación de particulares en la realización de ciertas funciones (tales como patrullaje militar de zonas de orden público, utilizando armas de uso privativo de las fuerzas armadas o en desarrollo de actividades de inteligencia militar), que por lo general son de competencia exclusiva del Estado y donde éste adquiere una especial función de garante. En consecuencia, el Estado es directamente responsable, tanto por acción como por omisión, de todo lo que hagan estos particulares en ejercicio de dichas funciones, más aún si se tiene en cuenta que los particulares no están sometidos al escrutinio estricto que pesa sobre un funcionario público respecto al ejercicio de sus funciones. Fue de tal magnitud esta situación en la que particulares colaboraron en el desarrollo de dichas funciones, que cuando el Estado trató de adoptar las medidas para enfrentar el desborde en la actuación de los grupos paramilitares, estos mismos grupos, con el apoyo de agentes estatales, atentaron contra los funcionarios judiciales.”

En consecuencia, es claro que el Estado se constituye en garante, y tal posición se materializa a través de sus agentes o servidores públicos, obviamente con el análisis minucioso de 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”¹¹

2. Previsiones en el Código Penal de 2000

En la Ley 599 de 2000 con una mejor técnica legislativa se estableció la cláusula de equivalencia de la omisión respecto de la acción a efectos de precisar 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.

Como principio rector se estableció en el artículo 10º la necesidad, en sede de tipicidad, que en los tipos de omisión el deber ha de estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la Ley.

Ya en el artículo 25 se desarrolla específicamente que: “La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

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

“Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

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

En la exposición de motivos del citado ordenamiento se explicó que: “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”¹²

3. Posición de la jurisprudencia bajo el ordenamiento sustantivo de 1980

La Corte Suprema de Justicia de conformidad con las previsiones del artículo 21 del Código Penal de 1980 dio cabida a la teoría de posición de garante. Así, abordó específicamente el tema de la participación en los delitos de omisión impura o comisión por omisión cuando estableció que tanto el autor como el cómplice deben tener la obligación legal de impedir el resultado típico: “Es lo que se desprende del inciso segundo del artículo 21 del Código Penal de 1980 -norma aplicable por la fecha de ocurrencia del hecho, y que no distingue entre autor y partícipe-, de acuerdo con el cual, ‘Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo’. Y es lo que emana del inciso segundo del artículo 25 del Código Penal del 2000, en virtud del cual, 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, queda sujeto a la pena prevista en la norma correspondiente. Para esto, además, se requiere que la persona tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico, o que se le haya encomendado como garante la custodia o vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme con la Constitución o la ley”¹³.

Respecto de conductas acaecidas en vigencia del anterior Código Penal la Sala tras acometer de manera sistemática la posición de garante de quien tiene el deber de evitar el resultado y que está en posibilidad de realizar la acción mandada por la ley, por ejemplo, en un caso de un accidente automovilístico en el cual se encontró responsable penalmente al conductor de un vehículo de servicio público por permitir que un pasajero en estado de ebriedad se ubicara frente a la puerta de acceso del bus, lo que permitió que al dar una curva éste se saliera del rodante y se golpeará la cabeza a

consecuencia de lo cual falleció, concluyó que: “Si se admite que la posición de garante es predicable del autor o partícipe de todo tipo de delito, sea doloso, culposos, comisivos u omisivos, no hay duda que [el conductor] tenía posición de garante, no solamente porque la normatividad varias veces reseñada le imponía deberes, sino porque el artículo 109 del Código de Tránsito derogado obligaba a varias personas, entre ellas al conductor de automotores, a comportarse en forma ‘que no incomode, perjudique o afecte a los demás’. Si tenía esa postura y dejó de lado sus deberes, vulneró, entonces, la posición de garantía”¹⁴

También en un caso relacionado con el bien jurídico de la administración de justicia, por hechos acaecidos desde el año 2000 por los que se encontró responsable por peculado culposo a una funcionaria judicial por el descuido en el manejo de los títulos de depósito judicial, la Corte cotejó el artículo 25 de la Ley 599 de 2000 y determinó que: “Posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable.

“Para decirlo de otra manera, existe posición de garante en todos aquellos eventos en los cuales, frente a cualquier bien jurídico, la persona tiene la obligación constitucional o legal de actuar y no lo hace, pudiendo y debiendo hacerlo (primera hipótesis); y existe posición de garante en los casos en que, frente a los bienes jurídicos particularmente mencionados, la persona asume voluntariamente la protección real de otra o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio; mantiene una estrecha comunidad de vida con otras; emprende la realización de una actividad riesgosa con otros individuos; o crea con antelación una situación antijurídica de riesgo cercano para el bien jurídico correspondiente”.

“...la letra de la ley, la estructuración de la normatividad pertinente, la historia reciente del articulado, y el derecho comparado, permiten afirmar lo dicho al comienzo de este sector de esta sentencia: el artículo 25 del Código Penal está conformado por dos grandes partes: la primera, que comprime la posición de garante al deber impuesto por la Constitución y la ley o, más exactamente, por el derecho, en relación con todo bien jurídico; y la segunda, que extiende la posición de garante a los fenómenos conocidos como el ámbito de dominio, la comunidad estrecha, la actividad plural arriesgada y la injerencia, casos estos solamente admisibles frente a los bienes jurídicos vida e integridad persona, libertad individual y libertad y formación sexuales”.

“Y si el derecho impone a una persona una obligación, y ésta se sustrae a la misma con intención y querer o por omisión del deber de cuidado en el caso concreto, con lo cual produce una ofensa al ordenamiento jurídico, viola la posición de garante pues infringe sus deberes”.¹⁵

Recientemente, la Sala al analizar la masacre ocurrida el 21 de agosto de 1999 en el municipio de la Gabarra por sujetos armados que portaban las insignias de las Autodefensas Unidas de Colombia, hechos por los cuales condenó a un miembro del Ejército por no salir en defensa de la ciudadanía, también conforme con la teoría de la posición de garante analizó de acuerdo con varios instrumentos internacionales las situaciones de connivencia y aquiescencia que se pueden presentar entre las fuerzas armadas con los grupos al margen de la ley, entendida la primera como el disimulo o tolerancia y la segunda como la confabulación o el consentimiento, para concluir que: “Con el comportamiento del procesado, arriba demostrado, que en punto de la actuación del grupo armado ilegal, puede decirse que consistió en un ‘dejar hacer, dejar pasar’, en hacer ‘oídos sordos’ a su ineludible deber de combatir al grupo irregular que dejaba rastros de sangre a su paso y de negarse a proteger a la población civil, respecto de cuyas vidas tenía posición de garante, con el argumento de que ‘el que la debe, que la pague’, es indudable que el procesado permitió la

matanza en la noche nefasta, no solamente con su conducta omisiva, sino con actos positivos.

“El compromiso del oficial acusado, en consecuencia, surge de su aprobación, de su aceptación, de su autorización, de su asentimiento, de su acuerdo, de su anuencia; en una palabra, de su aquiescencia con la masacre que, por todos los medios, las AUC habían informado cometerían contra los ciudadanos, señalados de ser guerrilleros o auxiliares de éstos. Su aquiescencia deriva incuestionable de sus expresiones públicas de que no combatiría a los ilegales y que, tácitamente, permitiría sus crímenes porque “el que la debe, que la pague”.

“Aquiescencia y connivencia denotan, además, conocimiento de los elementos estructurales o componentes de la conducta punible cuya ejecución material corre por cuenta del grupo armado ilegal.”¹⁶

Hechas las anteriores precisiones, y verificado que conforme con la anterior normatividad es posible delimitar los ámbitos de responsabilidad de los miembros de la fuerza pública procesados, a fin de establecer su posición de garantes respecto a la evitación del resultado típico producido, se entrará a analizar los cargos formulados por el representante del actor civil a efectos de determinar la concurrencia o no de los requisitos que informan esta teoría:

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.

1. LAS DEMANDAS

1. De la parte civil – único cargo

1.1.1 Segundo cargo: Violación indirecta de la ley sustancial

Con la pretensión de modificar la absolución que cobijó a los miembros de la Policía Harbey Fernando Ortega Ruales, Arturo Elias Velandia Narváez, Luis Elias Toloza Arias, Miguel Hernández Acosta, Ciro Alfonso Ortiz, Gustavo Lobo Ortega, José Ordóñez Cuy, Luis Alfonso Arias Guevara y Eleuterio Mosquera Rengifo, denuncia el representante de la parte civil que el fallo del Tribunal no tuvo en cuenta el abundante material probatorio que acreditaba la responsabilidad penal de los mencionados como coautores de los delitos de homicidio agravado y homicidio en el grado de tentativa.

Pese a algunas imprecisiones de carácter técnico en la formulación del reparo, es claro que el casacionista echa en falta la consideración por parte del Tribunal del hecho relacionado con la inactividad de los miembros de la Policía Nacional para proteger a la población civil o paliar la acción del grupo armado ilegal, así como la inexistencia de un ataque al Comando Policial que impidiera tal reacción, lo que en su criterio aparece corroborado con la prueba técnica y conceptos de los expertos del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación.

El croquis de la población de Tibú levantado por parte del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación¹⁷

y la explicación que de él dan los investigadores indica que la distancia del Comando de Policía de Tibú (extremo superior derecho del diseño) y el sitio donde fue muerta una persona en los hechos del 17 de julio de 1999 es de doscientos (200) metros y al sitio de la masacre es de cuatrocientos (400) metros, en tanto que la distancia de la zona urbana al Batallón “Héroes de Saraguro” es de mil ochocientos (1.800) metros.

También, según el plano visible en el sobre anexo marcado con el N° 1°, la garita o “Alcabala N° 1” custodiada por Claudio Valderrama, empleado de ECOPETROL se ubica en la bifurcación de la carretera hacia el complejo petrolero y queda a una distancia de dos kilómetros y medio del sector de la masacre y a cincuenta metros de la puerta de entrada del Batallón, en tanto que la Estación Policial “Refinerías” se encuentra hacia la vía de La Gabarra (sector superior izquierdo del esquema aunque no aparece demarcado).

En este orden, si bien en los fallos se enumeraron todas las pruebas obrantes, en la valoración que se imponía de ellas en manera alguna se hizo mención a las que referían la inexistencia del ataque a la Estación de Policía, como la atestación de Oliva Jaimes Quintero, quien relata que la noche de los hechos se fue la luz en la localidad, aparecieron hombres uniformados que se llevaron a varias personas, separaron los hombres de las mujeres, practicaron requisas y subieron a algunos a un camión y se marcharon hacia las 10:15 de la noche, sin que hiciera presencia alguna autoridad, y tras agregar que el puesto de Policía está cerca al lugar de los hechos, como a cinco o seis cuadras, afirma que no escuchó que se hubieran hecho disparos a tal edificación, ni advirtió evidencias de ello al pasar en los días posteriores por el lugar.¹⁸

En el mismo sentido, aparece la declaración de Pascual Durán, Sánchez, quien afirma

que vive a escasos 300 o 400 metros de la Estación de Policía y en la noche de los hechos no fue hostigada,¹⁹ Martina Natalia Cuadro Tafur, compañera de una de las víctimas dice que no escuchó disparos hacia la Estación,²⁰ José Alfredo Guerrero Roperó asevera que pese a la amenaza de la incursión paramilitar por esos días no se le vio interés a la Policía o al Ejército.²¹

Además de lo anterior, Andrés Bermonth Martínez, comerciante y sobreviviente de los acontecimientos, además de destacar que ni el Batallón del Ejército ni la Estación de Policía fueron atacados, detalla la complacencia de los miembros del puesto de control policial de “Refinerías” al permitir la salida de los vehículos en los que los grupos de autodefensa transportaban a sus víctimas. Así, reseña que al desplazarse él en motocicleta con José Amado, al pasar, al frente del Batallón observó las luces apagadas, luego unos sujetos uniformados a la entrada del pueblo los hicieron bajar de los rodantes, en otro retén ilegal como a 200 metros de distancia y a unas tres cuadras del Comando de la Policía, les hicieron lo mismo. Agrega que allí tenían reunidas como a cien personas, los pusieron frente a una casa con la amenaza que si volteaban a mirar los mataban, luego le ordenaron subirse a un camión y salieron del pueblo, cuando pasaron frente al Batallón “uno de ellos mandó a parar el carro y les dijo que entraran al batallón y uno de los que iba en la cabina les dijo que no, que siguieran porque los carros de atrás entraban, que mas bien ellos otro día venían, fue cuando me di cuenta que ellos estaban trabajando juntos, porque con tanto ruido de los tiros y tanto auxilio que pedía la gente y no hubo presencia militar ni policía y con la manifestación que hicieron los delincuentes de que si entraban o no al batallón, demuestra claramente que estaban de acuerdo porque quedando tan cerquita el Batallón del pueblo y el Comando de Policía, a escasas tres cuadras del sitio donde nos estaban matando, ninguno de ellos cumplió con su obligación de colaborar a la ciudadanía, y ninguna institución del Ejército o de la Policía fue hostigada por ellos, cuando nos llevaban frente al Batallón en el

camión azul 350 en ese momento ya había luz en el Batallón y pasamos a escasos 50 metros y a esa hora no es permitido pasar camión particular y el centinela que estaba de turno no dijo nada, máxime cuando el camión para al frente y no hubo ninguna revisión por parte de él. Luego seguimos y salimos por una vía que va para la Gabarra, yo rogaba que llegáramos al puesto de control de la policía en refinerías para haber -sic- si ellos sí nos ayudaban, porque como ahí hay una cadena y necesariamente tienen que parar los carros para que ellos ejerzan el control permanente que hacen a los mismos y además para poder seguir se debería quitar la cadena y más siendo de noche, ya había escampado, ahí paramos, cuando llegamos ahí yo me alegré porque dije yo la policía va actuar, entonces ellos orillaron el carro y comenzaron a charlar con los policías, que en ese momento estaban de turno, los policías les preguntaron cómo les había ido en la pesca y ellos les contaron que bien, y uno de los uniformados que nos llevaban a nosotros les dijo que miraran lo que llevaban atrás, mas los que dejamos en el pueblo y dos de los tres policías alzaron la carpa y nos miraron, estando los uniformados sentados atrás en el planchón del camión, hay duramos como diez minutos y la policía fueron los que dieron la orden de seguir, los uniformados que nos llevaban estaban esperando una camioneta que venía atrás y uno de los policías dijo, que siguiéramos que ellos nos alcanzaban, cuando íbamos llegando a unos cien metros del puente llamado CERPENTINO nos alcanzó una camioneta toyota cabinada...". Aduce que posteriormente lo hicieron bajar del vehículo, le hicieron tres disparos, uno de ellos le dio en la oreja derecha y le salió por la parte de atrás del cráneo, ya en el piso le siguieron disparando, y le dieron en la mano derecha, pero creyeron que estaba muerto.²²

El Juzgador desestimó la declaración de este único sobreviviente por las sindicaciones que pesaban en su contra de ser subversivo, las cuales habían originado incluso el adelantamiento de diligencias preliminares por la Fiscalía General de la Nación, sin embargo, de manera contradictoria se anota en el fallo que tal señalamiento "seguramente le valió la retención y posterior atentado en contra de su vida por parte

de los paramilitares” desconociendo así que su relato es conteste con otras declaraciones como la de su hermano Hermes Bermonth, cuando indicó que una vez los sujetos armados pasaron por el batallón, hablaron con los soldados y siguieron, más adelante transitaron por el puesto de policía de “Refinerías” y unos policías salieron a preguntarles a la gente armada que “cómo les había ido en la cacería y ellos dijeron que muy bien le ofrecieron tinto a los armados y ahí prosiguieron” luego bajaron a dos sujetos y seguidamente a su hermano a quien le hicieron un disparo y dieron por muerto y se fueron.²³

Pero además de lo expuesto, se trasladó la indagatoria rendida el 29 de marzo de 2001 por Jhovany Velásquez Zambrano en la cual dio cuenta de su participación como miembro de las autodefensas en los hechos registrados el 17 de julio de 1999, al relatar que el Comandante “Mauricio” les indicó que “el señor mayor Llorente le había dado la orden para hacer la masacre en el casco urbano de Tibú”, el Comandante abordó una camioneta verde y se adelantó para coordinar con los agentes de carbonera o refinería, luego llegaron al pueblo y sacaron a las personas de las discotecas y los billares los reunieron e hicieron tender en el piso bocabajo y hacia el frente las mujeres de espalda “y ahí en ese momento el puesto de policía de Tibú los señores agente -sic- de Tibú empezaron a salirse de las garitas y disparando con su propia arma a sus propias garitas a ser -sic- ver que nosotros los estábamos atacando cuando eso es absolutamente mentira y de ahí la otra contraguerrilla que estaba detrás del batallón empezaron hacer hostigamiento al aire a ser ver -sic- que nosotros los paramilitares estábamos atacando al ejercito cuando eso es simplemente mentira también eso fue un montaje por el comandante del batallón mayor Llorente y el señor comandante de la policía que no se quien es, monto ese montaje hacer ver que no podía salir por que -sic- nosotros los paramilitares lo estábamos atacando”²⁴

Así mismo, Carlos Fernando Ortega Laguado, Agente de la Policía y escolta del Mayor Harbey Ortega Ruales, claramente indica que los vehículos fueron vistos cuando arribaron

a la población y que el Comandante Ortega le impidió al Teniente Medina salir con sus hombres a defender a los residentes, además, respecto de los daños de la Estación indica que los mismos ya existían para el momento de los hechos, pues estaban ahí previamente incluso a la llegada del Mayor²⁵.

Aunque en el fallo no se le otorgó credibilidad a la declaración de Carlos Fernando Ortega Laguado, por cuanto su aseveración acerca de que prestó sus servicios en algunas oportunidades en la Estación de “Refinerías” no encontró respaldo en los libros de control de vigilancia de ese puesto, no tuvo en cuenta el juzgador que en el listado remitido por el Comandante de la Estación de Policía aparece efectivamente el testigo como agente adscrito a dicha estación. ²⁶

Por lo tanto, surge diáfano que no hubo un hostigamiento a las instalaciones policiales que impidieran a sus miembros desplegar el operativo correspondiente para repeler el ataque del que era objeto la población civil, en tanto que la omisión en salir en defensa de ésta pese a que escasos metros sucedió la masacre denota la actitud complaciente y de connivencia con el grupo, pues en vez de enfrentarlos se permitió su libre tránsito y presencia sin alguna cortapisa.

Lo anterior se corrobora con la inspección judicial que se practicó a escasos cinco días de ocurrencia de los hechos a fin de verificar los daños en las instalaciones de la Estación de Policía, en la que “no se halló proyectiles, vainillas ni vestigios de impactos de armas de fuego” y al observar las garitas números 4 y 5 de la misma guarnición policial se refirieron algunos desprendimientos pequeños de concreto en las paredes, pero que no indican señales de impactos de balas²⁷.

Los miembros de la autoridad policial, como lo refieren los declarantes, hicieron presencia en el lugar mucho después de la masacre y sólo con el claro propósito de constatar lo ocurrido, más no para emprender el seguimiento de los ejecutores.

En este orden, se advierte que no se implementó por parte del Mayor de la Policía Harbey Fernando Ortega Ruales medida previa, concomitante o posterior a la incursión bélica en aras de proteger a la población o asegurar a los delincuentes.

El conocimiento previo acerca de la toma de que iba a ser objeto la población no sólo por la presencia permanente de las autodefensas que refieren varios testigos, sino por la comunicación que el propio Mayor Ortega Ruales realizó antes de los sucesos a sus superiores (Comando de Policía Departamental) al anunciarles que personal vestido de camuflado había sido avistado alrededores del municipio, como lo aseveró el Coronel Luis Ángel Pico Silva, denota la inactividad del procesado, para de alguna manera contrarrestar la acción de los paramilitares y disminuir el riesgo de lesión del bien jurídico de la vida e integridad personal de los pobladores de Tibú.

Aunque el oficial de la Policía se ha escudado en el hecho de que por parte de sus superiores recibió la orden de que el personal evitara los desplazamientos, tal mandato no se constituía en algo inmodificable o de acatamiento ciego, pues se trataba de un Comandante de Distrito que por su capacidad de maniobra y acción debía saber lo que correspondía en casos similares, al estar en el escenario de los acontecimientos le permitía advertir el desenvolvimiento de los mismos corriendo con la carga de evaluar la efectividad del mandato cotejando la situación, máxime que días antes (el 29 de mayo de 1999) se había presentado otra incursión similar de las autodefensas.

Otro hecho que llama la atención es que si como lo afirma el Mayor Ortega, la Estación policial fue objeto de hostigamiento, no hubiera reportado tal situación a los miembros de la institución apostados al otro extremo del municipio y a la salida del mismo en la Estación “Refinerías”, que estaban bajo su mando, cuando lo indicado era pedir su apoyo o alertarlos para obstruir la vía empleada para salir de la localidad.

Incluso, de cernirse la amenaza sobre el cuartel policial, no guarda alguna proporción lógica que el Comandante de la Policía haya permitido la entrada a la guarnición policial de familiares de sus agentes, con lo cual se pondría en riesgo a tales civiles.

Dados el número de efectivos con que contaba, la ubicación del cuartel policial y la extrema cercanía de éste con el lugar donde se perpetró la masacre, además de la necesaria colaboración que debía tener con los miembros del Ejército apostados expresamente en la zona para reprimir los hechos delictivos provenientes de la subversión y del paramilitarismo, no queda duda alguna que el oficial de la Policía Ortega Ruales tenía la posibilidad fáctica de evitar el resultado.

La acción omitida para frenar o repeler la incursión armada habría sido apropiada para disminuir el riesgo de lesión de los bienes jurídicos vitales de los pobladores, ora al implementar medidas preventivas con mayores controles, bien al repeler el ataque, o emprender la correspondiente persecución de los violentos, con lo cual la Sala advierte la eficacia del no hacer encaminado claramente a la consecución del resultado, muerte de los pobladores de la localidad.

De otro lado, en lo que respecta con los Policías Arturo Elías Velandia Narváez, Luis Elías Toloza Arias, Miguel Hernández Acosta, Ciro Alfonso Ortiz, Gustavo Lobo Ortega y José Ordóñez Cuy adscritos a la Estación “Refinerías” ubicada al otro costado de la población y cerca del complejo petrolero, quienes cumplían el cuarto turno de servicio (desde las siete de la noche hasta la una de la mañana), para el juzgador resultó apropiado que ajustaran sus comportamientos al Convenio Interinstitucional firmado con ECOPETROL de prestar exclusivamente seguridad a las instalaciones y personal de la planta.

También consideró que como no cumplían un control vial no podía exigírseles acciones positivas encaminadas a truncar la marcha de los violentos o rescatar los rehenes, o que

aún de aceptar que se hubieran enterado de la situación por ser un número reducido de personal no estaban en capacidad de enfrentar militarmente al nutrido grupo de autodefensas.

Efectivamente, obran los Instructivos de 19 de noviembre de 1998 y 25 de febrero de 1999, suscritos por el Brigadier General Alfredo Salgado Méndez y el Brigadier General Ramón Tarsicio Jaimes Samudio, Director Operativo de la Policía Nacional y Director de Servicios Especializados de la Policía Nacional, respectivamente, a través de los cuales se imparten las ordenes en desarrollo de los Convenios Interinstitucionales entre la Policía Nacional y las empresas petroleras ECOPETROL, B.P. y OXI, en lo que tiene que ver con la seguridad de la infraestructura petrolera.

El Tribunal Constitucional, acerca de un convenio celebrado por una petrolera particular con el Ejército Nacional a fin de prestar vigilancia especial de seguridad a la empresa, estimó que ante la actividad de interés general y de utilidad pública que constituye la explotación de petróleo, resulta razonable que contractualmente en casos especiales se disponga la vigilancia y patrullaje armado en las zonas en las que se desarrollan aquellos comportamientos económicos, frente a las situaciones de conflicto y de perturbación del orden público, pues “en ningún caso se desconocen la esencia ni las funciones constitucionales relativas a la soberanía, la independencia, la seguridad del territorio nacional ni la defensa del orden constitucional, ni mucho menos la eficacia del principio constitucional del servicio a la comunidad como condición de existencia de las autoridades públicas y del Estado, ni se atenta contra la convivencia pacífica de los ciudadanos, ni se desconoce la vigencia de un orden justo, con este tipo de convenios; por el contrario, con los mismos se asegura la existencia de una modalidad contractual que bien puede, atendidas las circunstancias, desde luego especiales, promover la seguridad y la tranquilidad, en el caso de las necesidades de vigilancia de personas jurídicas que desarrollan actividades de utilidad pública.” 28

De otro lado, la misma Corporación de acuerdo con las previsiones del artículo 218 del texto superior, referidas al servicio de policía destacó que su fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y funciones públicas, que ha de nutrirse de los fines esenciales del Estado de servir a la comunidad, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, para preservar la garantía de bienes comunitarios esenciales, presupuesto de la convivencia, tales como la seguridad, la tranquilidad y la salubridad públicas.

Bajo tal premisa declaró la inexecutable del artículo 46 del Decreto 262 de 1994 que permitía al Director General de la Policía Nacional contratar con entidades oficiales, bancarias, financieras o personas jurídicas de derecho privado la prestación remunerada de servicios de vigilancia, al concluir que: “La norma demandada da lugar a pensar que el servicio de policía puede ser ofrecido en el mercado a quien quiera y pueda pagarlo en provecho propio; este equívoco lleva a la Corte a precisar que los servicios de seguridad exterior e interior, confiados por el Constituyente de manera exclusiva a las Fuerzas Armadas, sólo pueden estar a cargo del Estado, y sólo pueden ser prestados por aquellas personas que sean miembros activos de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, en cumplimiento de las funciones propias del cargo. No hay norma constitucional que autorice al legislador, ordinario o extraordinario, para que permita la oferta en el mercado, de manera libre o selectiva, del servicio público de policía, o de uno paralelo con distinta denominación, pero similar contenido”²⁹

Las anteriores consideraciones llevan a la Sala a concluir que en este caso no puede primar una obligación contractual frente al mandato constitucional, pues en el juicio de razonabilidad entre la vigilancia de la infraestructura petrolera frente a la protección de la población civil, específicamente las personas que fueron sacadas del casco urbano de Tibú para luego ser ultimadas, sólo salvándose una de ellas, lleva a que prime esta última obligación, pues no es justificable que la protección del patrimonio de la Nación tenga

prevalencia sobre los derechos a la vida e integridad personal de las víctimas.

Es que además, no resulta creíble que los policías apostados en la estación del complejo petrolero nunca hayan practicado control de los vehículos que transitan por la vía, argumento del que se valen los procesados para mostrar su ajenidad y desconocimiento no sólo de los hechos investigados sino de la presencia paramilitar en la zona, ya que la disposición de obstáculos como los denominados “policías acostados”, canecas en zig-zag, además de cadenas es un claro indicativo de su empleo para el control y restricción vehicular, máxime que la carretera Tibú- La Gabarra ya había sido sede de incursión de las autodefensas y era vía frecuentada por éstos.

Marco Antonio Rincón Jurado, Comandante de la Estación “Refinerías” a la pregunta de los controles que debían realizar ante la presencia de reductores de velocidad con obstáculos en zig-zag y una cadena, afirmó que: “El personal de la Estación no ejerce control vehicular sobre la vía, respecto a las canecas son para que reduzcan -sic- la velocidad y poder evitar que el personal policial que se encuentra a la entrada del complejo petrolero sea objeto de algún atentado por parte de delincuentes que se movilicen en vehículos a alta velocidad, respecto de la cadena es puesta por la seguridad de Ecopetrol con el fin de cuando halla la necesidad de parar alguno de los vehículos de la empresa ya sea para darles algún comunicado o en ocasiones para hacer bajar las personas no pertenecientes a la empresa de Ecopetrol que se movilizan en estos vehículos como pasajeros”, sin embargo, agrega que la noche de los hechos vieron pasar aproximadamente ocho vehículos entre buses y camiones que venían de la vía de La Gabarra hacia el caso urbano y debido a la tensión que estaban viviendo, activaron el Plan de Defensa y quedaron pendientes para repeler cualquier ataque.³⁰

Pese a lo precedente, obran declaraciones que indican a todas luces que el puesto de policía sí realizaba control y vigilancia en la vía respecto de personas ajenas al complejo

petrolero, así José Antonio Amado Blanco, comerciante en la plaza de mercado, y quien se desplazaba la noche de los hechos con el sobreviviente Andrés Bermonth, manifiesta que en el retén de “Refinerías” generalmente paran a la gente, le piden documentos y solicitan la autorización para el transporte de ganado³¹.

Por su parte, José de los Santos Pérez Contreras, también afirma que en el puesto de control de refinerías la Policía controla el paso y solicita “papales” a quienes transiten por esa zona y es paso obligatorio para ir a La Gabarra.³² En el mismo sentido, Prudencio Peñaranda Álvarez, agricultor, asevera que de tiempo atrás ya habían hecho presencia miembros de las autodefensas en el municipio de Tibú y en zonas aledañas y que en el aludido puesto de policía requisan, piden papeles y miran que llevan los carros.³³

Por último, Ramón Horacio Duque, conductor de ECOPETROL quien también fue retenido la noche de los sucesos una vez que los paramilitares dispararon contra las llantas traseras del bus que conducía, afirma que escuchó los rumores de la presencia de los paramilitares en la zona de Tibú, Catatumbo y La Gabarra al punto que las autoridades no dejaban transitar vehículos después de las seis de la tarde.³⁴

Es palmario, entonces, que la ubicación de la Estación de bombeo “Refinerías” en la vía principal que de Tibú conduce a La Gabarra, en la cual se encontraban apostados los agentes de la autoridad, era paso obligado para salir de la localidad y si bien existen otras vías no carretables, la declaración del sobreviviente Andrés Bermonth claramente indica que los violentos pasaron en sus vehículos por el retén legal, entablando comunicación con los policiales.

Las anteriores probanzas permiten establecer sin dubitación alguna que no se trató simplemente de no realizar el control preventivo a los vehículos en los que se movilizaban

los miembros del grupo de autodefensas, sino que una vez éstos pasaron por el reten policial, los agentes fueron avisados de lo que acababa de ocurrir y no desplegaron alguna acción en reproche de tal suceso, sino que por el contrario denotaron su complacencia al preguntar cómo había salido la “pesca”, así lo destaca el superviviente Andrés Bermonth, cuando además detalla que a la madrugada del siguiente día cuando herido y de regreso hacia el pueblo observó que nuevamente transitaban los rodantes, sintió temor que algún miembro de la policía lo identificara como uno de los que la noche anterior había sido retenido y llevado para su ejecución. “Cuando ya había visibilidad pasé como a unos trescientos metros del puesto de policía, porque no me atrevía a pasar por la carretera porque yo era consciente de que hay -sic- habíamos parado bajando y ellos habían hablado con la policía y lógicamente que ellos me iban a remeter porque como yo iba tan sangrado ellos se iban a dar cuenta que yo era uno de los que llevaban y además como me habían visto botado en el camión, me iban a reconocer”.³⁵

En este orden, se demuestra al menos la confabulación, no sólo del Mayor de la Policía Harbey Fernando Ortega Ruales, sino de los policiales apostados en la Estación del complejo petrolero, pues conocían las circunstancias que originaban el riesgo de producción del resultado, el cual aceptaron, unido al conocimiento de su capacidad de acción para evitarlo o contrarrestarlo.

La Sala destaca que el atentado contra el bien jurídico de la vida de los pobladores de Tibú no se les imputa a los policiales enjuiciados como obra positiva de ellos, sino que su comportamiento omisivo, ante la relación de equivalencia frente a la acción positiva del tipo penal que ejecutaron los miembros del grupo de autodefensas, se asimila a efectos de predicar su responsabilidad, puesto que además de la existencia del deber jurídico al omitir la acción de defensa ciudadana que les era exigida, tenían conocimiento o posibilidad de conocimiento de la incursión, no sólo porque se tenía noticia que ella se iba a producir ese fin de semana, sino porque días antes se había dado otra avanzada violenta similar, amén de que contaban con los medios e instrumentos para

actuar.

Por lo tanto, se concluye la participación omisiva de los enjuiciados en los delitos que activamente cometidos por los miembros de los grupos ilegales de autodefensas, quienes de manera libre y voluntaria optaron por infringir sus deberes y no impidieron la comisión de tales ilícitos.

Como consecuencia de lo expuesto, al prosperar el cargo formulado en nombre del actor civil, pues se corrobora el ostensible error en la valoración probatoria por parte del Tribunal, se impone casar parcialmente el fallo a efectos de modificar la absolución proferida a favor de los enjuiciados, al condenarlos por los delitos de homicidio agravado con fines terroristas y homicidio en el grado de tentativa, sin embargo se deberán hacer las siguientes precisiones:

- La pretensión del apoderado de la parte civil relacionada con que la condena por los delitos contra el bien jurídico de la vida abarque a los enjuiciados Luis Hernando Arias Guevara y Eleuterio Mosquera Rengifo no resulta jurídicamente viable toda vez, de un lado no se encontraban en el turno de vigilancia en la estación de “Refinerías” en el cual se desarrollaron los acontecimientos, pues habían cumplido el turno precedente (de una de la tarde a siete de la noche), pero principalmente, porque sólo fueron acusados por el delito de pertenencia a grupos de sicarios contemplado anteriormente en el artículo 2° del Decreto 1194 de 1989 (convertido en legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991), hoy concierto para delinquir.
- En lo que respecta a la sugerencia de la representante del Ministerio Público encaminada a que de la condena se excluya a los miembros de la autoridad policial que no se encontraban presentes en el puesto de control de “Refinerías”, circunstancia que les impedía percatarse del paso del convoy paramilitar, efectivamente, se acreditó que los Agentes Miguel Hernández Acosta y José Ordóñez Cuy estaban en la parte posterior

del complejo petrolero, en tanto que Ciro Alfonso Ortiz como “Ranchero” quien para el momento de los hechos se encontraba ya descansando, se ubicó posteriormente en el comedor.

Tales posiciones, en consecuencia, les impedía advertir el paso de la caravana del grupo armado ilegal y por ende el desplegar alguna medida de control o reacción.

Por lo tanto, la condena por el múltiple homicidio agravado en concurso con homicidio en el grado de tentativa sólo puede predicarse del Mayor de la Policía Harbey Fernando Ortega Ruales, como Comandante del Quinto Distrito de Policía de Tibú, puesto que al estar al frente de la Estación no desplegó alguna actividad para prevenir o frenar la avanzada bélica, incumpliendo su deber funcional de actuar al permitir que otros ejecutaran la masacre.

Igual situación se debe predicar de los Agentes Arturo Elías Velandia Narváez, Luis Elías Toloza Arias y Gustavo Lobo Ortega, adscritos y en el turno de vigilancia de siete de la noche a una de la mañana, para el momento de los sucesos en la estación de bombeo de “Refinerías”, ya que por la ubicación en las garitas y al frente de la vía, permiten concluir que fueron los tres agentes a que hace mención el único sobreviviente Andrés Bermonth que detuvieron a los paramilitares entablando incluso conversación con ellos, porque tal conducta facilitó la comisión de los delitos dolosos, pues se insiste, tenían la posición de garantes y estaban en clara posibilidad de intervención, a cambio optaron por no cumplir con el deber jurídico a fin de evitar el resultado, comportamiento omisivo cuyo aporte fue determinante al punto que sin el mismo se habría evitado la incursión armada o minado sus efectos.

Dada la época de ocurrencia de los hechos, el concurso delictual imputado se ajustó a los artículos 323 y 324, numeral 8º; y 22 del Código Penal, sin embargo, en virtud del principio de aplicación de la ley más favorable se deberán tener en cuenta las

previsiones punitivas previstas en los artículos 103 y 104 numeral 8° de la Ley 599 de 2000.

También se deberá aplicar el sistema de dosificación que mediante el sistema de cuartos punitivos establece la nueva normatividad, toda vez que por no obrar imputación de circunstancias de mayor punibilidad, los parámetros de fijación no podrán traspasar del primer cuarto.

Por lo anterior, para el delito de homicidio agravado el primer cuarto se ubica entre veinticinco (25) años a veintiocho (28) años, nueve (9) meses de prisión, en tanto que para el delito de homicidio en el grado de tentativa al establecer los límites punitivos de seis (6) años y seis (6) meses a dieciocho (18) años y nueve (9) meses, el primer rango oscila entre seis (6) años y seis meses a ciento catorce (114) meses y veintidós (22) días de prisión.

De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 61 de la Ley 599 de 2000, evidenciada la gravedad de las conductas, el grado de insensibilidad e insolidaridad demostrada por los policiales, máxime que se trata de servidores públicos que debían adoptar una postura ejemplarizante para la comunidad que anhelaba su protección, específicamente por ser los encargados de proteger los derechos y combatir los niveles de delincuencia, amén que mostrar al ciudadano la connivencia de la fuerza policiva con delincuencia paramilitar genera incertidumbre y sensación de desprotección en la comunidad, son circunstancias que impiden imponer el mínimo punitivo, razón por la cual se fija el extremo superior del primer cuarto punitivo.

En consecuencia, al partir del delito de mayor entidad, esto es, del homicidio agravado con fines terroristas, tal y como fuera imputado en la resolución de acusación, por cuanto el hecho de arribar en vehículos varios sujetos provistos de armas, reunir a los residentes de la población sacándolos incluso de los establecimientos abiertos al

público en los que se encontraban para con lista en mano o señalamiento previo darles muerte de manera inmisericorde delante de sus familiares y amigos, denota claramente el ánimo de provocar un estado de zozobra y terror en la población afectada, para someterla por la fuerza del pánico, además, ante los delitos concurrentes, como que se trató de la muerte de once personas; Hender Leonardo Avendaño Pineda, estudiante de primer semestre de Ingeniería Civil; Henry Soto Suárez, mecánico de motos; Nelson Rodríguez Mogollón, celador; Luis Alberto Lara Pérez y Marcelino Arenas Caicedo, comerciantes; Francisco Franqui Pérez, trabajador de la plaza de mercado; Álvaro Ortega Wualdron, estudiante menor de edad; Atiliano Rodríguez Romero, latoreno, Luis Enrique Díaz, obrero; Juan de Dios Mendoza Galván, panadero y Luis Alfredo Guerrero García, menor de edad, agricultor, además del homicidio en la modalidad de tentativa respecto de Andrés Bermont Martínez, se les fijará la sanción en cuarenta (40) años de prisión.

Como pena accesoria se les impondrá la interdicción de derechos y funciones públicas por el máximo legal permitido bajo la legislación penal de 1980, esto es, diez (10) años.

Se mantendrá la indemnización de perjuicios morales fijada por el ad quem de cancelar de manera solidaria la suma equivalente a mil gramos oro a los sucesores de cada una de las víctimas de conformidad con el artículo 106 del Decreto-Ley 100 de 1980.

Por último, las sanciones previstas para los comportamientos imputados descartan la posibilidad de conceder los subrogados penales de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria, gravedad que impone la necesidad de que la prisión sea cumplida en un centro carcelario.

1.2. Demanda en nombre de Mauricio Llorente Chávez

1.2.1 Primer cargo: Violación indirecta de la ley sustancial. Error de hecho por falso juicio de

existencia

Con la pretensión de absolución para su defendido, denuncia el libelista la infracción de los artículos 29 de la Constitución Política, 232 y 234 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), así como la aplicación indebida del artículo 21 del Código Penal de 1980, en los aspectos relacionados con la omisión imputada, la capacidad para evitar el resultado y la restricción vehicular.

En primer lugar, pone de presente que el Tribunal desconoció las órdenes de operaciones “Persecución” del 29 de mayo de 1999; “Catatumbo” del 2 de junio de 1999; “Fortaleza” de 16 de julio de 1999; “Ciclón” del 19 de agosto de 1999 y “Lince” del 28 de agosto de 1999 que daban cuenta de la actitud ofensiva desde el punto de vista militar desplegadas por su defendido para frenar y combatir los grupos generadores de violencia que, en su criterio, contradicen la omisión imputada.

Si bien en el fallo específicamente no se hace mención a tales

órdenes de operación, debe tenerse en cuenta que la conducta cuestionada es la desplegada de manera precedente y posterior a la noche del 17 de julio de 1999, sin que alguna incidencia tenga la planeación formal de eventuales formas de reaccionar ante la incursión de los diferentes grupos armados ilegales que operaban en la zona.

Como lo destaca la representante del Ministerio Público, el Tribunal encontró reprochable la actitud asumida por el Mayor del Ejército MAURICIO LLORENTE CHÁVEZ para el día de la incursión armada, toda vez que las pruebas referían de la amenaza, por el ataque inminente para ese fin de semana, y pese a ello no implementó algún dispositivo de seguridad tendiente a proteger a la población, sino que el día anterior a la toma desplegó tropa a un sector distante, a la vereda María Auxiliadora”, además, suspendió el control que ejercía el Ejército de día y de noche en la localidad y tampoco taponó sus vías de acceso.

Por lo tanto, ninguna incidencia se advierte por la no mención en el fallo de las ordenes de operaciones a que alude el libelista y las varias bajas que de los ilegales se cumplieron durante el tiempo en que el procesado se desempeñó como Comandante del Batallón Contraguerrillas, por cuanto lo censurable fue que debilitó la presencia militar en el municipio amenazado, en vez de fortalecer la capacidad de defensa y contraataque de la tropa, precisamente por estar al mando.

Además, una revisión del fallo permite advertir que aunque no se mencionaron expresamente las órdenes de operaciones encaminadas a frenar la acción de los grupos ilegales, el hecho que revelaban si fue aprehendido y valorado para denotar lo inusitado que resultaba que los controles para la noche de los hechos no se hubieran implementado, pues “se sabe que para la época de entrada de las autodefensas en la zona de Catatumbo se controlaba por parte del Ejército, de día y de noche las entradas a los pueblos, situación que debió mantenerse pero no se hizo, por el contrario y como se afirmó anteriormente, la decisión del oficial al mando fue la de separar la tropa y no taponar las vías de acceso, todo esto cuando se sabía que el ataque de las AUC era inminente, entonces antes de debilitar, debió fortalecer la capacidad de defensa y contraataque de sus hombres, pues en su cabeza reposaba la responsabilidad de la seguridad ciudadana, amén de que las informaciones que se manejaban era de que de ese fin de semana no pasaba el ataque”.

En la misma línea de pensamiento pretende el defensor realzar los fallos de carácter disciplinario mediante los cuales se absolvió a su defendido, desconociendo con ello, como lo hace ver la Procuradora en su concepto, de un lado que no versan en los mismos hechos y que la naturaleza de la acción disciplinaria difiere de la penal.

Efectivamente, las diligencias tramitadas en el Despacho del Procurador General de la

Nación versan por otra masacre ocurrida el 21 de agosto de 1999 en el corregimiento de La Gabarra.

Y si bien por los sucesos aquí investigados, del 17 de julio de 1999 en el casco urbano del municipio de Tibú, el Comando de la Quinta Brigada del Ejército a escasos nueve días de su ocurrencia decidió el 26 de julio de 1999 en “fallo de instancia” abstenerse de abrir investigación disciplinaria a favor de los orgánicos del Batallón Contra Guerrillas N° 46, al no encontrar infracción al Régimen disciplinario para las Fuerzas Armadas, el abundante material probatorio que se recopiló en la larga investigación penal acredita la responsabilidad de esta mismo índole del Mayor del Ejército, sin que alguna incidencia pueda tener que en el ámbito disciplinario se hubiese archivado el diligenciamiento.

El adelantamiento de ambas acciones, disciplinaria y penal, en manera alguna genera doble incriminación, al punto que ambas pueden coexistir y aparejar decisiones disímiles. Aunque provienen del derecho punitivo, una y otra, atienden a diversa teleología.

También con el fin de derruir la imputación del delito de omisión impropia predicado de su defendido, el demandante parte de la premisa errónea del desconocimiento de la incursión paramilitar y que sólo se enteró dos horas después de ocurrido el hecho, no obstante, probatoriamente se acreditó el establecimiento de las autodefensas desde el mes de mayo de 1999 con el claro propósito de controlar la zona, hecho públicamente anunciado, y manifestado con acciones violentas precedentes como retenes ilegales y una inicial masacre acaecida el 29 del mes y año en cita, lo que unido a la extraña presencia de personal uniformado alrededor del municipio para el día en cuestión le permitían tener conocimiento del riesgo que se cernía sobre la población.

Dentro del ámbito funcional del oficial del Ejército se encontraba el asumir medidas de salvamento de los derechos de los pobladores en la específica situación que se presentó, pues como miembro y principalmente como comandante de la institución militar debía

mantener el orden público interno y controlar o perseguir a las autodefensas.

Por ello, al no implementar acciones previas de protección de la población a fin de impedir la entrada de los violentos, de concomitancia para repeler la agresión, ni posteriores con el objeto de perseguir a los facinerosos, con tal ausencia de medidas formales y materiales dejó en total indefensión a la ciudadanía, otorgando el tiempo suficiente para que los paramilitares ingresan al pueblo, requisaran a los lugareños, saquearan algunos establecimientos, ubicaran a sus víctimas en un sitio para acribillarlas inmisericordemente y trasladar a otros en vehículos para ultimarlos en las afueras del municipio.

Tampoco corresponde a la verdad la afirmación del defensor acerca de que en caso de existir la conducta omisiva de su asistido ella no fue voluntaria sino obligada por las circunstancias ante el hostigamiento que sufrió la base militar, por cuanto se demostró que el “intenso” ataque referido por el procesado, quien precisó su duración desde las nueve y media hasta las doce y media de la noche, no tuvo real ocurrencia, pues no fue percibido por las personas que se encontraban en cercanías del Batallón Militar, como el celador de ECOPETROL Claudio Valderrama Hernández que permaneció en su lugar de trabajo en la “Alcabala N° 1” hasta las 10:25 de la noche aproximadamente, garita que se encuentra ubicada a escasos 50 metros de la entrada de la base militar, e indicó no haber observado algún ataque en contra de dicha base, que no observó algún daño en las instalaciones y que alrededor de su puesto no sucedió nada esa noche, aclarando que sí pudo ver pasar dos camiones y una camioneta Toyota, vehículos que corresponden con los avistados por su compañero William Wallens Villafañe, y que necesariamente debieron transitar al frente del Batallón³⁶.

Ciertamente, William Marino Wallens Villafañe aseveró que en el puesto de guardia hacia las 10:00 de la noche apareció un camión azul “350” carpado en el que se movilizaban varias personas armadas y con uniformes de camuflados, él requirió a sus ocupantes para saber hacia donde se dirigían y en respuesta escuchó que alguien dio la

orden para que lo mataran, entonces él retrocedió y llegó una camioneta “Toyota” color gris, de la que descendió un sujeto moreno alto a preguntarle cuál era el camino para La Gabarra, luego una mujer le hizo señales para que los acompañara, así lo llevaron de guía, pasaron por el puente de la antigua “Alcabala N° 3” y allí lo hicieron bajar del vehículo, agrega que inmediatamente se comunicó con sus superiores y con el Mayor LLLORENTE quien le ofreció apoyo del Batallón de contraguerrilla, el cual nunca llegó.

En relación con el hostigamiento del Batallón aseveró que al pasar al día siguiente por allí no observó alguna estructura dañada, ni tampoco el celador Claudio Valderrama Hernández celador de la “Alcabala N° 1” le comentó algo relacionado con el ataque³⁷.

Igualmente se descartó probatoriamente el hostigamiento ya que no se registró algún daño a la entrada de la base militar, pese a que el procesado lo tildó de contundente por las armas empleadas por los miembros del grupo de autodefensas, como fuego de mortero, ráfagas de fusil y ametralladora, y que para repelerlo dispuso de la totalidad del personal; 3 oficiales, 7 suboficiales y 72 soldados, pues como lo precisó Luis Enrique Castrillón Goez, empleado del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, al indicar que en las instalaciones del batallón “Héroes de Saraguro” no encontró, ni evidenció daño alguno que se pudiera determinar como producto de algún acto terrorista, ni en el área habitacional o de seguridad que lo componen o en las garitas o trincheras.³⁸

El Tribunal advirtió además que no existió un control por parte del Ejército, pues permitió el paso normal de los vehículos, máxime que existía la prohibición de circulación de rodantes por esa vía y a esas horas de la noche por razones de seguridad.

Por lo tanto, se concluyó en el fallo que no protegió a la población en contra de su deber

constitucional: “El hecho de haber permanecido las tropas al mando del mayor LLORENTE al interior de la base militar, cuando sabía de la presencia del grupo de paramilitares, fue facilitar la acción delictiva desarrollada por el bárbaro grupo de autodefensa, pues si su acción hubiese sido distinta y los hubiere enfrentado y perseguido, el comportamiento criminal no se habría realizado, o por lo menos habría encontrado serios tropiezos que no le hubiesen permitido la consumación de tan atroces actos que son dignos de vergüenza y repudio por cualquier sociedad que se considere civilizada, pero los resultados operacionales frente a la magnitud de la anunciada y perpetrada la masacre, entonces esta flagrante omisión, cuando se tenía no solo la obligación sino los medios para evitar la producción del resultado dañino, permite observar claramente el nexo causal entre el resultado que se ocasionó -múltiples homicidios- con la acción omisiva del Comandante de la base Contraguerrilla Mayor MAURICIO LLORENTE CHAVEZ, entonces el procesado al elegir omitir sus obligaciones, permitió la producción del mismo, más aún, se repite cuando se debió comportar conforme con su obligación”.

Vista así la realidad del fallo, el cargo no tiene alguna vocación de prosperidad.

1.2.2. Segundo Cargo: Violación indirecta de la ley sustancial. Error de hecho por falso juicio de identidad

Para el libelista, el Tribunal tergiversó probatoriamente: i) la orden

de operaciones “Fortaleza” puesto que el envío de la tropa un día antes de la incursión paramilitar a una zona distante del municipio se fundamentó en la presencia de otros grupos ilegales, ii) lo relacionado con la incursión paramilitar, ya que nadie declara en tal sentido y iii) el plan de acción y reacción por no tener en cuenta dos alternativas que si el Batallón fuese hostigado o atacado o se encontrara disminuido en sus operaciones no podía prestar apoyo ni iniciar la persecución de los ilegales.

La Sala en parte alguna advierte la distorsión del contenido fáctico de las probanzas a que apunta el censor, por cuanto, si bien el oficial del Ejército debía atender la seguridad del área rural del municipio en donde había presencia de otros grupos violentos, el hecho de la amenaza inminente que se cernía sobre el casco urbano de Tibú hacía imperioso el fortalecer aquí la presencia militar.

Lo que llamó la atención del fallador fue el envío de la tropa por parte del mayor del Ejército mediante la orden de operación No. 028 del 16 de julio de 1999, justo un día antes de la incursión armada a la vereda María Auxiliadora, distante 12 kilómetros del casco urbano, sitio en el cual no había presencia de las autodefensas, como grupo intimidante, y en dirección opuesta a la vía por ellos empleada; “de tal suerte esta situación de disminuir el número de efectivos a la base resulta a todas luces imperdonable, pero no por el solo hecho de diezmar su tropa, sino que el envío de los efectivos lo hizo hacia un sector donde no existía presencia paramilitar, porque lo que si era de público conocimiento es que las autodefensas desarrollaban sus acciones criminales a lo largo de la carretera que de Tibú conduce al corregimiento de la Gabarra, donde se efectuaban permanentes retenes y se mataba indiscriminadamente a las personas que las AUC presumían eran o tenían vínculos con los grupos guerrilleros...”

En este orden, el documento fue aprehendido cabalmente en su expresión fáctica, sólo que al valorarlo el Tribunal extrajo conclusiones acerca de que no se justificaba el traslado de las unidades militares hacia otro sector en el cual no mediaba alguna amenaza inminente de agresión, como sí sucedía en el área urbana del municipio, cuando claramente tal situación le servía de pretexto para justificar que el escaso número de efectivos en el cuartel le impediría alguna reacción contra los violentos.

Tampoco la Sala avizora alguna distorsión de las declaraciones de víctimas y testigos acerca del conocimiento previo por parte del procesado de la incursión armada de las

autodefensas, puesto que además de que días antes (el 29 de mayo de 1999), se había presentado una toma similar de la población, era notoria la presencia de los uniformados ilegales, las probanzas daban cuenta que la avanzada violenta se produciría en ese fin de semana, incluso el Mayor de la Policía Harbey Fernando Ortega Ruales refirió que en la tarde de los hechos personal uniformado ilegal fue visto alrededor del municipio.

Pero además de lo anterior, obra la declaración de William Marino Wallens Villafañe, trabajador de ECOPETROL quien una vez fue dejado en libertad por parte de los violentos la noche de los hechos, llamó al Mayor LLORENTE CHÁVEZ a comentarle lo sucedido, los vehículos en que se movilizaban, anotando incluso de la presencia de una mujer, sin que a partir de ello el Comandante del Ejército hubiera desplegado alguna acción.

Es cierto que ningún declarante indicó, —no lo podía hacer—, el momento preciso de la incursión bélica, se trataba de una amenaza latente pero inminente que ameritaba medidas urgentes para contrarrestarla.

Por último, en manera alguna le asiste la razón al censor al denunciar la tergiversación del “Plan de reacción y contraataque” al no optar el juzgador por las alternativas previstas en caso del hostigamiento del cuartel militar o que se encontrara disminuido en sus operaciones, por cuanto tales supuestos fueron desvirtuados al no existir algún ataque a la base militar que impidiera el prestar ayuda oportuna a la población y porque la disminución del personal obedeció al envío un día antes de tropa a un sector lejano sobre el cual no mediaba la amenaza de inminente acción militar pues ésta se circunscribía al casco urbano.

Por ello, con acierto jurídico el Tribunal acerca del plan operativo de reacción y contraataque N° 027 de julio de 1999, en el que se preveían las alternativas en caso de

que la población de Tibú sufriera ataques en su contra, resaltó que se debió cumplir con la persecución del enemigo así como acciones nocturnas que facilitarían la sorpresa en los operativos, máxime que el Mayor LLORENTE había prometido a uno de los afectados William Wallens, el envío de unidades, lo que nunca sucedió, demostrando así el total desinterés en minar la acción de los violentos.

Así las cosas el cargo no tiene vocación de éxito.

1.2.3. Tercer cargo: Violación indirecta de la ley sustancial. Error de hecho por falso raciocinio

En esta oportunidad denuncia la pretermisión de las reglas de la sana crítica en la construcción por parte del Tribunal del indicio de responsabilidad en contra de su defendido del conocimiento previo de la masacre, composición del grupo y fines que perseguía por haber negado en su indagatoria una conversación sostenida con William Marino Wallens quien le relató el haber sido abordado por los paramilitares, dentro de los cuales se encontraba una mujer, presencia femenina que le sorprendió al procesado.

Pese a lo expuesto y como lo hace ver la representante de la Procuraduría, el demandante fragmenta la sentencia para exponer su propia apreciación, por cuanto el Tribunal encontró con otros hechos indicadores el conocimiento por parte del Mayor LLORENTE de la irrupción paramilitar armada, pues ante el hecho, que justo un día antes a la misma desplegara varias unidades a un sitio distante del lugar amenazado, a una distancia aproximada de 12 kilómetros y en dirección opuesta a la que utilizaba el grupo de las autodefensas, fue tenido como el medio para facilitar los comportamientos activos de los ejecutores.

Además, pese a la amenaza que se cernía no tomó medidas preventivas o al menos salir en persecución del enemigo, mostrando así el abandono en forma deliberada de sus deberes.

Por lo tanto, la decisión de condena no se basó simplemente en la contradicción advertida del procesado por negar en un principio la conversación sostenida con William Wallens Villafañe, sin que tampoco pueda afirmarse válidamente que se edificó un indicio de mentira en su contra, sino que tal actitud, al mostrar dos versiones de los hechos hizo afectar su credibilidad.

En consecuencia el ad quem concluyó que “En este preciso momento es cuando aflora la actitud omisiva del oficial del Ejército que estamos investigando, porque en su calidad de Comandante del Batallón que operaba para la época en ese sector, habitantes que además eran colaboradores de esa fuerza armada, porque sin importar el riesgo que corrían sus vidas, habían llamado al comando para alertarlos sobre una posible toma por parte de grupos armados, situación que se corroboró conforme a las acciones de inteligencia adelantadas por esa autoridad militar, hecho que fue manifestado por el mismo oficial dentro de diligencias ante la Auditoría de Guerra de la Policía del Departamento de Norte de Santander.”

Por último, en lo relativo con el hostigamiento del cuartel militar, es claro que no ocurrió, que no se acreditó, y si bien las declaraciones que enumera el libelista de Froilán Sánchez, Teresa Durán Andrade, Germán Ramírez Moros, refieren que observaron impactos y vainillas en las garitas, no se precisa que fueron producto del accionar de los miembros de las autodefensas que incursionaron el 17 de julio de 1999, puesto que la prueba testimonial de quienes para el momento de los hechos se encontraban cerca al batallón militar, así como la prueba técnica practicada recién ocurrieron los hechos, demostró que no se dio tal ataque.

Así, la convergencia y concordancia de prueba construida permitió al Tribunal acreditar sin género de duda que el procesado tenía conocimiento del ataque a la población, y con el incumpliendo de sus deberes dada su conducta omisiva permitió el resultado lesivo ejecutado por los paramilitares en contra del bien jurídico de la vida de los pobladores de

Tibú, ya que se les facilitó la entrada al municipio, la permanencia para que realizaran sus vejámenes y su huída sin ningún impedimento.

Al no encontrar la Corte algún desafuero en el proceso intelectual

del Tribunal que lleve a modificar la decisión, el cargo deberá ser desestimado.

1.2.4 Cuarto cargo: Violación directa de la ley sustancial

Le asiste plena razón al demandante, postura que avala la representante del Ministerio Público, al denunciar la violación de los artículos 29 de la Constitución y 6º y 39 del Código Penal por imponer al procesado una pena pecuniaria no prevista para los delitos por los cuales se le condenó.

De acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Política, la preexistencia normativa respecto del delito y de la pena se constituye en garantía fundamental, además de límite al poder punitivo estatal.

En efecto, los ciudadanos deben conocer los comportamientos prohibidos y por lo mismo elevados por el legislador a la categoría de delitos así como la correspondiente sanción previamente establecida a fin de contar con la certeza de que sólo podrán ser sancionados en razón de la comisión de una conducta punible dentro de los límites cuantitativos y cualitativos consagrados con antelación en la ley, sin que tales marcos puedan desbordarse a discreción o capricho de los funcionarios judiciales.

Para el comportamiento delictivo acaecido el 17 de julio de 1999 se imputó el múltiple homicidio agravado con fines terroristas en concurso con homicidio en la modalidad de tentativa, previstos en los artículos 323 y 324 numeral 8º del Código Penal de 1980, que sólo tenían previstas pena aflictiva de la libertad personal. Igual sucede con los artículos 103 y 104 numeral 8º escogidos por efectos punitivos en virtud del principio de

favorabilidad que consagran también única y exclusivamente pena de prisión.

El Tribunal al momento de dosificar la sanción por los referidos ilícitos, una vez que fijó la pena de prisión en cuarenta (40) años, agregó que se impondría “multa de quinientos (500) salarios mínimos legales vigentes para la época de los hechos”.

Lo anterior denota, sin duda alguna el error manifiesto del Tribunal al imponer la pena pecuniaria que no está consagrada para el delito de homicidio, en flagrante violación del principio de legalidad, por lo que corresponde a la Sala restaurar la garantía quebrantada y por ello se dispondrá casar parcialmente el fallo en cuanto atañe a dicha sanción impuesta al enjuiciado MAURICIO LLORENTE CHÁVEZ al excluirla de la decisión.

Por 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. CASAR PARCIALMENTE la sentencia del 31 de agosto de 2006 proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, para en su

lugar:

1.1. CONDENAR a los procesados Harbey Fernando Ortega Ruales, Mayor de la Policía, y los Agentes Arturo Elías Velandia Narváez, Luis Elías Toloza Arias y Gustavo Lobo Ortega, responsables penalmente como coautores del concurso de conductas punibles de homicidio agravado con fines terroristas y homicidio en el grado de tentativa, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 103 y 104 numeral 8° de la ley 599 de 2000 y por lo considerado.

1.2. Como consecuencia de lo anterior se les impone la pena principal de cuarenta

(40) años de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez 10 años, así como la de orden de civil de pagar solidariamente la suma equivalente a mil (1.000) gramos oro por concepto de perjuicios morales a favor de los sucesores de cada una de las víctimas.

1.3. DECLARAR que los procesados Harbey Fernando Ortega Ruales, Arturo Elías Velandia Narváez, Luis Elías Toloza Arias y Gustavo Lobo Ortega, no tienen derecho a los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni de la prisión domiciliaria.

Expídanse las respectivas órdenes de captura.

1.4. Líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 472 del Código de Procedimiento Penal.

2. CASAR PARCIALMENTE el fallo para excluir de la condena impuesta al enjuiciado MAURICIO LLORENTE CHÁVEZ, la sanción pecuniaria de quinientos (500) salarios mínimos.

3. PRECISAR que los restantes ordenamientos de la sentencia impugnada se mantienen incólumes.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

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

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Comisión De servicio

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ MARÍA DEL ROSARIO

GONZALÉZ DE L.

AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Cfr. auto del 28 de enero de 2003. Radicación 12.844.

2 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-421 de 2002- Salvamento de Voto-

3 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-1214 de septiembre 21 de 2001.

4 Modernas corrientes dogmáticas (funcionalismo radical de JAKOBS) han señalado la vacuidad de delimitar la acción de la omisión, para llegar a definir un deber negativo o un deber positivo (delito común y delito de infracción al deber) ya que el delito es entendido como la defraudación de una expectativa normativa.

5 Sentencia C-404 del 10 de agosto de 1998.

6 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-200 del 17 de abril de 1997.

7 Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-563 del 30 de noviembre de 1995. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

8 Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995.

9 Corte Constitucional C-370 de 18 de mayo de 2006

10 Sentencia Su.1184 del 13 de septiembre de 2001.

11 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.

12 Gaceta del Congreso N° 189, del 6 de agosto de 1998.

13 Sentencia de casación del 4 de abril de 2003 radicación 12742.

14 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de casación del 20 de mayo de 2003. Radicación 16636.

15 Sentencia de segunda instancia del 27 de julio de 2006. Radicación 25536.

16 Sentencia de casación del 12 de septiembre de 2007. Radicación 24448

17 Folio 31 cuaderno N° 5

18 Ver folios 9 cuaderno Nro. 1, 147 cuaderno 9.

19 Folios 126 cuaderno N° 9

20 Folio 351 Cuaderno N° 2

21 Folio 354 ibidem

- 22 Folios 314 a 325 cuaderno número 2.
- 23 Folios 24 y 25 cuaderno N° 3
- 24 Folios 309 y 310 cuaderno N°. 25.
- 25 Folios 266 a 269 Cuaderno Original N° 2
- 26 Folio 64 cuaderno N°. 1
- 27 Folios 110 y 112, respectivamente, cuaderno número 1.
- 28 Fallo de tutela T 651 del 27 de noviembre de 1996.
- 29 Corte Constitucional. Sentencia C-020 del 23 de enero de 1996.
- 30 Folio 92 cuaderno N° 1
- 31 Folios 23 a 25 Cuaderno N° 5
- 32 Folios 26 a 29 ibídem
- 33 Folios 5 a 7 Cuaderno N° 12
- 34 Folios 185 a 194 Cuaderno N° 2
- 35 Folio 319 Cuaderno Original N° 2
- 36 Ver folio 195 a 199 cuaderno N° 2
- 37 Cfr. Folio 163 a 170 Cuaderno N° 2
- 38 Folio 199 cuaderno N° 3