

## **SALVAMENTO DE VOTO**

Con respeto por la posición mayoritaria, procedo a exponer las razones por las cuales salvé mi voto respecto de la sentencia proferida el 27 de septiembre 2012 (Radicado 32636), pues no estoy de acuerdo con que se hubiera negado la casación del fallo proferido en contra de *GELVER EDUARDO MUÑOZ MONTILLA* por el delito de encubrimiento por favorecimiento, cuando lo cierto es que debió casarse el fallo para anular la actuación por indebida calificación, habida cuenta que se trata de un concurso homogéneo de delitos de homicidio en persona protegida cometidos en los jóvenes *Arley de Jesús Vallejo Cardona* y *Yon Fredy García Carmona*, quienes luego fueron presentados como milicianos de las Farc, conforme lo solicitó el Procurador Ciento Cuarenta Judicial II de Medellín.

Inicialmente advierto que contrariando la jurisprudencia dispuesta sobre el particular, pese a que la demanda fue admitida y se recibió concepto del Ministerio Público sobre la misma, en la providencia mayoritaria son señaladas falencias técnicas del libelo casacional en el ámbito del cargo formulado por indebida calificación, proceder inadecuado, pues de vieja data se ha dicho que una vez franqueado el paso de su admisión no es procedente cuestionar en el fallo el aspecto formal del libelo, dado que para ello estaba dispuesta la posibilidad de

inadmitirlo “*cuando no reúne los requisitos*”, según lo establece el artículo 213 de la Ley 600 de 2000.

Ya en cuanto se refiere a la decisión de fondo, observo que en las consideraciones de la referida sentencia se acude a lo expuesto por el *ad quem* al señalar:

*“Aparentemente ante el avance de las pesquisas, el procesado decidió admitir que los homicidios investigados no se habrían producido en combate, sino que se trató de una falsa operación militar, lo cual hizo en una ampliación de indagatoria del 29 de mayo de 2007, en la cual, entre otras cosas dijo que a instancias del sargento Viceprimero Rojas, fue conducido con sus hombres del Alto del Boquerón al Batallón Pedro Justo Berrío, donde debieron esperar a las fuerzas especiales, luego de lo cual ‘nos reunieron con el Capitán y nos informaron que realizaríamos una misión, que iban a ver (sic) bajas y que esas bajas iban hacer (sic) compartidas, eso lo dijo mi primero Rojas’ (...) el procesado en su ampliación de indagatoria siempre habló de un futuro, es decir, de si habría bajas”* (subrayas fuera de texto).

Igualmente se dice en la sentencia de casación:

*“Si hubo un acuerdo con los miembros de la AFEUR, no fue para dar muerte a civiles inermes, sino para entrar en un operativo militar real que tenía por fin capturar o*

*repeler miembros de la guerrilla que asaltaban y extorsionaban a (sic) personas que transitaban por aquél corregimiento”.*

Del anterior recuento medular de la imputación fáctica advierto, en primer término, que el procesado *MUÑOZ MONTILLA* sí conocía previamente de las “*bajas*” que se presentarían; en segundo lugar, debe destacarse que no se refirió a las “*bajas*” en un ámbito condicionado, eventual o hipotético, sino seguro y cierto, al señalar: “*nos informaron que realizaríamos una misión, que iban a ver (sic) bajas*” (subrayas fuera de texto); en tercer término, su conocimiento anterior a los hechos no permitía concluir de manera alguna que se trataba de un posible combate con grupos armados ilegales, como equivocadamente se asume en la sentencia casacional, pues la misión se concretaba en “*capturar o repeler miembros de la guerrilla que asaltaban y extorsionaban a (sic) personas*”.

En consecuencia de lo anterior, es evidente que si en la providencia se reconoce que el acusado “*siempre habló de un futuro*” en la producción de las “*bajas*”, conoció de los hechos con anterioridad a su ocurrencia, motivo por el cual no podía tenersele como encubridor por favorecimiento, pues tal condición precisamente se caracteriza porque el conocimiento de la conducta delictiva es posterior a su acaecer, según se deduce sin dificultad de su texto:

*“El que tenga conocimiento de la comisión de una conducta punible, y sin concierto previo, ayudare a eludir la acción de la autoridad o a entorpecer la investigación correspondiente...”* (subrayas fuera de texto).

De otra parte encuentro que si bien está acreditado que el procesado no fue quien seleccionó a las víctimas, no las retuvo ni les disparó, olvida la Sala mayoritaria que es precisamente en asuntos como este en los cuales debe tenerse en cuenta la especial condición de *MUÑOZ MONTILLA*, dado que no se trata de un simple ciudadano, sino de un Cabo Primero del Ejército colombiano, es decir, de una autoridad, cuyas misiones constitucionales y legales son diversas a las de un particular.

En efecto, si de acuerdo con el artículo 2º de la Carta Política las autoridades están instituidas para proteger a las personas en su vida y otros bienes, motivo por el cual es incuestionable que tienen posición de garante por institución, no se aviene con tal comprensión constitucional que si un militar tiene conocimiento previo de la futura comisión de “*bajas*” en un escenario manifiestamente ilegal, su silencio sobre el particular se adecue simple y llanamente al delito de encubrimiento por favorecimiento, pues como ya señalé, es necesario ahondar en su misión reglada y el sentido de su posición en la sociedad.

Para el cometido anunciado impera señalar que el derecho penal contemporáneo ha abandonado los criterios meramente causalistas provenientes de las ciencias naturales, para incursionar en la constatación de los ámbitos de competencia en la responsabilidad derivados de la posición de garante, bien sea por organización o por institución.

La primera, la *competencia por organización*, se origina en las obligaciones para con otras personas, pues si bien en el quehacer humano es necesaria la puesta en peligro de bienes jurídicos dentro de coberturas toleradas por el Estado y la sociedad (v.g. la conducción de vehículos, el manejo del uranio para tratamientos médicos, la construcción de edificios muy altos, etc.), lo cierto es que a la par surge la asunción de deberes de seguridad, esto es, la adopción de medidas de cuidado a fin de evitar que del riesgo se pase al peligro y se produzca la lesión de bienes jurídicos, amén de que si se crea un peligro surgen para su creador deberes de salvamento (posición de garante por injerencia).

La segunda, la *competencia por institución*, tiene lugar cuando media una reglamentación específica, derivada de la Constitución, la ley, etc., por ejemplo, la protección de las autoridades respecto de los ciudadanos, del empleador con relación a sus trabajadores, del profesor en cuanto atañe a sus alumnos, del padre de familia en punto de sus hijos, sin importar quién o qué causó el peligro.

Desde luego, la comprensión del derecho penal más allá del dato meramente causal de la conducta y el resultado, permite visualizar que es la posición de garante y los ámbitos de competencia los que delimitarán la responsabilidad, en algunos casos, sin sujeción al simple asunto físico, y aún más, sin que sea relevante distinguir entre acción u omisión, como ocurre en este asunto.

Al respecto ha señalado la Corte Constitucional<sup>1</sup>:

*“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”* (subrayas fuera de texto).

Conforme a lo anterior, palmario resulta que la organización militar no es ajena a tales competencias, pues el artículo 217 de la Constitución dispone que:

*“Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la*

---

<sup>1</sup> Sentencia SU 1184 del 13 de noviembre de 2001.

*independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional* (subrayas fuera de texto).

Si las Fuerzas Militares tienen una posición de garante derivada de su obligación de cumplir deberes irrenunciables en un Estado social de derecho, específicamente en cuanto atañe a proteger a las personas en su vida, considero que si un militar activo se entera explícitamente que un grupo causará “*bajas*” ilegales en el marco de una falsa operación militar y pese a ello no hace algo para conjurar tal situación, es indudable que dada su posición de garante por institución, su proceder omisivo es equivalente al de quien produjo finalmente el resultado antijurídico.

Lo expuesto encuentra respaldo en lo dicho por la jurisprudencia constitucional sobre tal temática<sup>2</sup>:

*“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*

---

<sup>2</sup> Sentencia SU 1184 del 13 de noviembre de 2001.

“mínimas y básicas de la organización social” (subrayas fuera de texto).

El análisis efectuado en la decisión suscrita por la mayoría se detuvo a constatar, de una parte, en forma tardía e inoportuna, el aspecto formal de la demanda de casación presentada por el Ministerio Público, y de otra, el acontecer en el marco del causalismo, olvidando que el procesado tenía una especial condición de garante por institución que lo obligaba a cumplir con sus funciones regladas y no quedarse callado, amén de dar ulteriormente a los hechos otras versiones acordadas con los demás miembros del grupo de fuerzas especiales.

Así las cosas, soy del criterio que en el caso del Cabo Primero *GELVER EDUARDO MUÑOZ MONTILLA* se imponía reconocer un evidente yerro en la calificación de la conducta como encubrimiento por favorecimiento, para en su lugar señalar que se trataba de un concurso homogéneo de delitos de homicidio en persona protegida cometidos en los jóvenes *Arley de Jesús Vallejo Cardona* y *Yon Fredy García Carmona*, quienes luego fueron presentados como milicianos de las Farc.

Naturalmente, ello implicaba disponer la invalidación de la actuación para proceder a efectuar las correcciones pertinentes en punto de la calificación de la conducta, según lo señalé en precedencia.



En los anteriores términos, cordialmente dejo sentado mi salvamento de voto.

Con toda atención,

  
**MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ**  
**Magistrada**

Fecha *ut supra*.