

Ficha de relatoría

1. Nombre: SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA-JUSTICIA Y PAZ
2. Juez o Tribunal: SALA DE JUSTICIA Y PAZ-TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA
3. Fecha: 16 DE DICIEMBRE DEL 2011
4. Numero del proceso: 1100160002532007827012
5. Identificación de las partes: Fiscal 44 Unidad Nacional de Justicia y Paz
Postulado: Freddy Rendón Herrera
6. Magistrada ponente: Dra. Uldi Teresa Jiménez López

TIPO PENAL DE CONCIERTO PARA DELINQUIR- ELEMENTOS PARA SU CONFIGURACION/ TIPO PENAL DE CONCIERTO PARA DELINQUIR-SE CONFIGURA POR EL SOLO HECHO DE CONCERTARSE, PACTAR, CONVENIR O ACORDAR LA COMISION DE DELITOS INDETERMINADOS

“ La configuración del punible de concierto para delinquir está determinada por la —La existencia de una organización, así esta sea rudimentaria, conformada por un grupo de personas que previamente se han puesto de acuerdo o han convenido llevar a cabo un número plural de delitos y de este modo lesionar o poner en peligro indistintamente bienes jurídicos bajo circunstancias no necesariamente singularizables, —bien concurriendo cada uno de los plurales agentes a realizar de manera integral y simultánea el comportamiento reprimido en la ley – coautoría impropia –, o mediante una división del trabajo con un control compartido del hecho o con codominio, de manera que cada coautor al brindar un aporte objetivo a la ejecución del delito realiza la voluntad colectiva.¹

698. —El legislador consideró que el solo hecho de concertarse, pactar, acordar o convenir la comisión de delitos indeterminados es ya punible, pues por sí mismo atenta contra la seguridad pública y por ello extendió la protección penal hacia esa actividad, sin que sean necesario exigir un resultado específico para pregonar el desvalor en tal conducta.²

MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL QUE PROHIBE EL RECLUTAMIENTO ILCITO DE MENORES-ALCANCE/ MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL QUE PROHIBE EL RECLUTAMIENTO ILCITO DE MENORES-HACEN PARTE DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

“En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional se establecen directrices que constituyen un importante marco normativo a nivel internacional que prohíbe el reclutamiento y vinculación de niños y niñas tanto en los grupos armados irregulares como en la fuerza pública de los Estados. Para el caso de Colombia, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados y el Convenio 182 de la OIT relativo a las peores formas de trabajo infantil (Ley 704 de 2001) resultan ser instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país, que forman parte del Derecho Interno y que incorporan obligaciones para los Estados Parte relacionadas con asegurar la protección de los menores en situación de conflicto armado.

Estos instrumentos que forman parte del bloque de constitucionalidad, son disposiciones que garantizan la aplicación de medidas de protección a los niños y niñas menores de 18 años vinculados a los conflictos armados y la adopción por parte del Estado, de disposiciones internas que aseguren el cumplimiento de los compromisos adquiridos en esas normas internacionales vinculantes, en las que se consagra la obligación para los Estados de: (i) Abstenerse de reclutar obligatoriamente en las fuerzas armadas a menores de 18 años salvo el caso del reclutamiento voluntario de personas por debajo de esa edad en el caso de las fuerzas armadas del Estado, bajo la premisa de la presentación de salvaguardias

¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 23 de septiembre de 2003 Rad. 17089

² Corte Suprema de Justicia, sentencia del 13 de octubre del 2004, radicado 22.141, M.P Mauro Solarte Portilla

debidas; (ii) prohíbe sin excepción a los grupos armados irregulares, reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años y se propone a los Estados adoptar para el efecto, las medidas posibles para impedir ese reclutamiento y utilización, incluyendo la adopción de las medidas legales necesarias para prohibir y tipificar esas prácticas; (iii) consagra como una de las peores formas de trabajo infantil, el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados, por lo que se estimula a los Estados, a tomar acciones prioritarias para el efecto (Convenio 182 OIT) (negritas fuera del texto)

LOS NIÑOS VICTIMAS DEL DELITO DE RECLUTAMIENTO ILCITO TAMBIEN PUEDEN SER CONSIDERADOS COMO VICTIMARIOS-CORTE CONSTITUCIONAL

Por otra parte, en la Sentencia C-203 de 2005, la Corte Constitucional asume el estudio del artículo 50 de la ley 418 modificado por el artículo 19 de la ley 782 de 2002. Allí se debate si los menores reclutados ilegalmente son victimarios por su militancia en un grupo armado ilegal. La Corte encuentra, que mas allá de si han participado en la comisión de graves delitos o violaciones a las normas del derecho internacional humanitario, lo cierto es que antes de eso, son víctimas del reclutamiento forzado, el cual jamás puede verse como voluntario e informado. Por el contrario, dice que un menor siempre es manipulado y su voluntariedad al entrar a un grupo armado ilegal siempre es aparente, ya que a pesar de expresar un “sí”, su inmadurez psicológica y emocional, así como el desconocimiento que del mundo de la guerra tiene, impide que su consentimiento sea realmente libre e informado. Al respecto mencionó:

622. —Es incuestionable que por el hecho de haber sido reclutados a las filas de los grupos armados ilegales —muchos de ellos de manera forzosa o de forma aparentemente “voluntaria”—, los niños y adolescentes combatientes son víctimas del delito de reclutamiento ilícito de menores, y en tal calidad tienen derecho a una asistencia y protección especial por parte del Estado, así como a que se haga efectiva la responsabilidad penal de quienes les llevaron a ingresar al conflicto armado. Pero al mismo tiempo, resulta igualmente incuestionable que en el curso de las confrontaciones, estos menores pueden llegar a cometer hechos ilícitos de la mayor gravedad, los cuales a su vez generan víctimas — y estas víctimas, en la medida en que sobrevivan o bien sus familiares, también tienen derechos de raigambre constitucional e internacional que han de ser necesariamente respetados (a saber, los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación respecto de las infracciones a las leyes penales).³

³ Corte Constitucional, Sentencia C-203 de 2005 F.J 6.4.1 Esto fue reiterado en el auto 251 de 2008 en la que la Corte fue aun mas explicita al afirmar. “El ingreso de los niños, niñas y adolescentes del campo y las zonas marginales colombianas a las guerrillas y los grupos paramilitares es el resultado de la manipulación perversa y engañosa, por parte de los miembros de estas estructuras criminales, de diversos y complejos factores de vulnerabilidad y presión materiales y psicológicos a los que tales menores de edad están sujetos. Por ello, el reclutamiento de un menor para incorporarlo al conflicto armado siempre será un acto de carácter coercitivo, en el cual el menor de edad reclutado es la víctima de una forma criminal de manipulación psicológica y social en una etapa de su desarrollo en la cual está mayormente expuesto a toda suerte de engaños.”

CONFLICTO ARMADO INTERNO-CRITERIOS PARA DETERMINAR SU EXISTENCIA

“Se conocen diversas metodologías para acreditar si en un determinado País existe un conflicto armado interno; varias de estas, usan como indicadores las confrontaciones armadas entre un Estado y fuerzas organizadas contra él; que la estructura contraria al Estado esté en condiciones de resistir la confrontación con ese Estado por un periodo de tiempo y que produzcan un determinado número de muertos al año⁴. Todo esto con el fin de distinguirla de violencia cotidiana y episódica.”

CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO-OBLIGACION DE LOS ESTADOS PARTE DE PROHIBIR EL RECLUTAMIENTO ILCITO DE NIÑOS MENORES DE 15 AÑOS/ CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO-RESERVA DEL ESTADO COLOMBIANO AMPLIANDO LA PROTECCION DE 15 A 18 AÑOS

“...la Convención internacional sobre derechos del niño de 1989, establece la obligación de los Estados parte frente a la prohibición de reclutar en la fuerza pública niños menores de 15 años. Sin embargo el Estado colombiano con fundamento en la Convención de Viena “sobre el Derecho de los Tratados”, al momento de suscribir dicho instrumento internacional, presentó una reserva ampliando la protección **de 15 años a 18 años**. Dijo el Estado colombiano: “*El Gobierno de Colombia, de conformidad con el inciso d) del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969, declara que para los efectos de las disposiciones contenidas en los párrafos 2 y 3 del artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, se entiende que la edad a la que se refieren los párrafos citados es la de 18 años, en consideración a que el ordenamiento legal en Colombia establece la edad mínima de 18 años para reclutar en las fuerzas armadas el personal llamado a prestar el servicio militar.*” Para el tribunal este instrumento internacional se debe complementar con el Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en conflictos armados de 25 de mayo del 2000, en donde los “*Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 años participe directamente en hostilidades.*” Igualmente se establece que “*Los grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado no deben en ninguna circunstancia*

⁴ Barbará Walter, por ejemplo, ha realizado alistamientos de guerras civiles, en las que usa como indicadores i) que en el enfrentamiento se hayan generado por lo menos mil muertes en combate al año; ii) haber ocurrido dentro de las fronteras aceptadas de un territorio; iii) involucrar al gobierno nacional como agente principal; iv) haber experimentado resistencia efectiva por parte del gobierno como los rebeldes. En “La Barrera crítica de la solución de las guerras civiles” edición a cargo de Franciso Vergara, Bogotá, 2000. El profesor Rodrigo Uprimny Yepes en “¿Existe o no conflicto armado en Colombia?” explica que hay al menos dos metodologías sobre los indicadores cuantitativos y cualitativos para identificar si estamos en presencia de un conflicto armado interno; uno de, el método de la Universidad de Chicago y su proyecto “Correlates of War Project” (COW). Según esta base de datos existe un conflicto armado interno cuando (i) existen combates armados en (ii) el territorio de un Estado, (iii) que involucran al Estado y a otras fuerzas organizadas, y (iv) existen al menos mil muertos relacionados con esos combates, de los cuales (v) al menos un 5% fue ocasionado por el actor armado más débil. Por su parte, el proyecto de Uppsala y PRIO considera que existe conflicto armado interno cuando existen al menos 25 muertes por año relacionadas con enfrentamientos armados en el territorio de un Estado, en donde uno de los actores es el Estado. Ese conflicto debe ser llamado guerra cuando las muertes asociadas a los combates superan mil al año.

reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años”, es decir, se prohíbe todo tipo de reclutamiento –voluntario y obligatorio– de menores de 18 años⁵.”

DOCTRINA DEL “SOFT LAW”-ALCANCE/ DOCTRINA DEL “SOFT LAW-SIRVEN COMO CRITERIOS RELEVANTES DE INTERPRETACION DE NORMAS DE DERECHOS HUMANOS/ DOCTRINA DEL “SOFT LAW- NO TIENEN UN CARÁCTER VINCULANTE

“ El tribunal desarrolla la doctrina de lo que se conoce como “derecho blando” o “soft law”, “es decir regulaciones frente al delito de reclutamiento de menores, que no están contenidos en instrumentos internacionales definidos como Tratados conforme a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, pero que, según la Corte Constitucional, son criterios relevantes de interpretación de normas de derechos humanos.” Sobre este tema ha dicho la H Corte Constitucional en sentencia C-257 del 2008: “*Además de los tratados, pactos y convenciones existen los instrumentos internacionales de derechos humanos que hacen parte del así denominado por la doctrina anglosajona soft law⁶. Se trata de declaraciones o principios elaborados por expertos, relatores o cuerpos especializados que tienen un valor importante en la medida en que constituyen un desarrollo doctrinal sobre el alcance de determinados tratados de derechos humanos, sin embargo no tienen un carácter vinculante, a diferencia de los tratados, por lo tanto no es correcto afirmar que hacen parte del bloque de constitucionalidad.*”

(...)

“*Cosa distinta es que esta Corporación haya sostenido que ciertos documentos que hacen parte del soft law tienen una utilidad interpretativa de los tratados internacionales de derechos humanos, como por ejemplo las —Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia a menores⁷, o el —Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad⁷, y por lo tanto hayan sido empleados para establecer el alcance de las obligaciones del Estado colombiano en materia de derechos humanos. En esa medida los documentos que hacen parte del soft law no son entendidos con un carácter vinculante directo, como integrantes del bloque de constitucionalidad, sino con una función interpretativa en la medida en que recopilan principios contenido en tratados internacionales y normas consuetudinarias de derechos humanos, estos sí, disposiciones vinculantes que hacen parte del bloque de constitucionalidad⁸.*”

⁵ Vale la pena señalar que tratados internacionales de sistemas regionales de derechos humanos, también han reconocido, que la edad mínima para enlistarse por una fuerza legal o un grupo ilegal, son los 18 años. La Carta Africana de Derechos y Bienestar de la Infancia.

⁶ Se utiliza este término para distinguirlo del hard law, el cual correspondería a las fuentes principales del derecho internacional público, a saber: los tratados internacionales, la costumbre internacional y los principios generales de derecho internacional. Esta distinción tiene fundamento en el artículo 38 de los Estatutos de la Corte Internacional de Justicia del cual se ha derivado una diferenciación entre fuentes principales y fuentes auxiliares en materia de derecho internacional público.

⁷ Ver sentencia C-270 de 2006.

⁸ Un ejemplo de esta postura puede verse en la sentencia C-203 de 2005, en la cual se consigna: “En suma, las Reglas de Beijing (que en sí mismas no son obligatorias por tratarse de una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas) codifican y sistematizan estándares mínimos que, al provenir de tratados ratificados y normas consuetudinarias internacionales sobre derechos humanos vinculantes para el país –y que en su mayoría forman parte del bloque de constitucionalidad-, son obligatorios como parte del ordenamiento interno colombiano, en virtud de lo dispuesto en los artículos 9, 44, 93 y 94 de la Constitución Política, y deben

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD FLEXIBLE- REITERACION DE JURISPRUDENCIA

“ Ahora bien, pese a que la conducta fue consumada cuando aún no estaba vigente el título II de la parte especial del Código Penal denominado *—delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario—*, la Sala la calificó como un crimen de guerra al momento de realizar el control formal y material del cargo⁹, en aplicación de las directrices trazadas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre esta materia, sin que se atente contra el principio de legalidad, pues los convenios de Ginebra de 1.949, entraron en vigor para Colombia el 8 de mayo de 1962 y los protocolos, particularmente el II del 8 de junio de 1.977, con vigencia para Colombia a partir del 15 de febrero de 1.996 mediante ley 171 de 1994; lo que implica que el deber del Estado de prevenir y combatir las violaciones al Derecho Internacional Humanitario se imponía desde esas fechas, pues *“...es aceptable que se pueda predicar la aplicación del contenido de dichos instrumentos como fuente de derecho, en atención a la mora del legislador en acoplar las leyes a lo allí definido.”*

en consecuencia ser respetados en todos los casos de procesamiento de menores de edad por violación de la ley penal”.

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de única instancia 33.118 adelantado contra el ex congresista Cesar Pérez García. Igual postura se puede ver en los radicados 33.301 de 1 de marzo de 2.010; 33.118 de 13 de mayo de 2010; 34.606 de 9 de diciembre de 2010; 33.039 de 16 de diciembre de 2010; 36.163 de 26 de mayo de 2.011 y 36.563 de 3 de agosto de 2.011.