

## 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: 2 DE DICIEMBRE DEL 2010
4. Número del proceso: 110016000253200680281
5. Identificación de las partes: Fiscal 8 Unidad Nacional de Justicia y Paz  
Postulado: Jorge Iván Laverde Zapata
6. Magistrada ponente: Dra. Uldi Teresa Jiménez López

### PRINCIPIO 33 DEL CONJUNTO DE PRINCIPIOS PARA LA PROTECCION Y LA PROMOCION DE LOS DERECHOS HUMANOS MEDIANTE LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD FORMULADOS POR JOINET-TODA VIOLACION A LOS DERECHO HUMANOS IMPLICA REPARACION A LAS VICTIMAS.

“El principio 33 del conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad formulados por Joinet<sup>1</sup>, determina que *“Toda violación de los derechos humanos hace nacer un derecho a la reparación en favor de la víctima, de sus parientes o compañeros que implica, por parte del Estado, el deber de reparar y la facultad de dirigirse contra el autor”*.

### PRINCIPIO 36 DEL CONJUNTO DE PRINCIPIOS PARA LA PROTECCION Y LA PROMOCION DE LOS DERECHOS HUMANOS MEDIANTE LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD FORMULADOS POR JOINET-EL DERECHO A LA REPARACION DEB CUBRIR INTEGRAMENTE LOS PERJUICIOS SUFRIDOS.

“ De conformidad con el principio 36: *“El derecho a reparación debe cubrir la integralidad de los perjuicios sufridos por la víctima; éstos comprenden, de una parte, las medidas individuales relativas al derecho a restitución, a indemnización y a readaptación y, de otra parte, las medidas de satisfacción de sentido general, tales como las previstas por el conjunto de principios y directivas fundamentales concernientes al derecho a reparación.”*

### PROTOCOLO II ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949- EVENTOS EN QUE SE APLICA.

“ ...se entiende que este Protocolo se debe aplicar a *“...todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente protocolo”*.

### CRIMEN DE GUERRA-CONFIGURACION.

“...la Sala recurre a la jurisprudencia de tribunales internacionales que han juzgado hechos similares, como el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, que ha afirmado que sólo **existe un crimen de guerra cuando la**

<sup>1</sup> Joinet, Louis, ONU, comisión de Derechos Humanos, 49º periodo de sesiones, Informe final revisado acerca de las cuestiones de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por Louis Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión, Doc. E/CN.4/sub.2/1997/20/Rev.1, anexo II.

**conducta de que se trata está en una relación funcional (estrecha o evidente) con un conflicto armado.<sup>2</sup>**

Esta relación depende de la importancia que tiene la existencia del conflicto armado en 1) la capacidad del autor de cometer el delito; 2) en su decisión de cometerlo; 3) en el modo de cometerlo y 4) en la finalidad del acto.<sup>3</sup> “

### APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD FLEXIBLE-REITERACION DE JURISPRUDENCIA.

“ Los hechos 2, 3, 4 y 6 acaecidos antes del 25 de julio de 2001 –cuando aún no se habían tipificado internamente los delitos que atentan contra el Derecho Internacional Humanitario- y siguiendo los lineamientos de la Honorable Corte Suprema de Justicia en reciente pronunciamiento<sup>4</sup>, también deben ser calificados como crímenes de guerra, sin que se vea vulnerado el principio de legalidad, toda vez que los convenios de Ginebra de 1949, entraron en vigor para Colombia el 8 de mayo de 1962 en virtud de la ley 5ª de 1960 y los protocolos, particularmente el II del 8 de junio de 1977, con vigencia para Colombia a partir del 15 de febrero de 1996 por la 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. Por esto, sería posible aplicar el contenido de un Tratado Internacional reconocido por Colombia respecto de algún delito allí prohibido y sancionado, aún sin existir ley interna previa en dicho sentido, sin atentar contra el principio de legalidad”<sup>5</sup>**.

### TIPO PENAL DE HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA-GARANTIA DE PROHIBICION ARTIUCLO 3 COMUN DE LOS CUATRO CONVENIOS DE GINEBRA Y EN EL ARTICULO 4 DEL PROTOCOLO ADICIONAL RELATIVO A LA PROTECCION DE LAS VICTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS SIN CARÁCTER INTERNACIONAL/ TIPO PENAL DE HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA-REGULACION EXPRESA EN EL ARTICULO 8.2 C) I) DEL ESTATUTO DE ROMA

“La garantía fundamental de la prohibición del homicidio en persona protegida, se encuentra contenida en el artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra y en el 4º del

<sup>2</sup> TPIY, sentencia de 16 de noviembre de 1998 (Mucic et al TC), parág. 193; TPIY, sentencia de 25 de junio de 1999 (Aleksovski, TC), parág. 45, citadas por Gerhard Werle, “Tratado de Derecho Penal Internacional”, página 461.

<sup>3</sup> TPIY, sentencia de 12 de junio de 2002 (Kunarac et al, AC), parág. 58; TPIY, sentencia de 29 de noviembre de 2002 (Vasiljevic et al, AC), parág. 25; Gerhard Werle, “Tratado de Derecho Penal Internacional”, página 461.

<sup>4</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de única instancia 33.118, adelantado contra el ex congresista Cesar Pérez García. 13 de mayo de 2010. Una mención similar, pero no de forma tan expresa la había hecho la Sala penal de la Corte Suprema de Justicia dentro de la decisión de revisión, con radicado 28.476 contra Cesar Emilio Camargo Cuchía y otros.

<sup>5</sup> Ibid.

Protocolo Adicional relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II). 215. Por su parte, la prohibición de matar intencionalmente a una persona protegida en un conflicto armado no internacional, también está contemplada en el artículo 8.2 c) i) del Estatuto de la CPI, que igualmente se fundamenta en el artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra. “

#### **PERSONAS PROTEGIDAS POR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO/CATEGORIAS.**

“A su turno, las personas protegidas señaladas por el artículo 135 del Código Penal están clasificadas en las siguientes categorías: 1) la población civil, entendida como aquél conglomerado de personas conformado predominantemente por civiles (la presencia de combatientes en dicho conjunto de personas no altera el carácter de población civil de la misma)<sup>6</sup>; 2) los combatientes que se han rendido o que por cualquier razón están fuera de combate. La protección para las personas fuera de combate se encuentra prevista por el artículo 3º común de las Convenciones de Ginebra y en el 7º del Protocolo adicional II; 3) el personal sanitario o religioso, artículo 9º del Protocolo adicional II, los periodistas o corresponsales de guerra autorizados, aquellas personas que al comienzo de las hostilidades fueron consideradas apátridas o refugiados y cualquier otra persona que tenga la condición de persona protegida en virtud de los cuatro Convenios de Ginebra, de los Protocolos Adicionales o en virtud de otros Convenios que sobre la materia llegaren a ratificarse<sup>7</sup>. “

#### **TIPO PENAL DE TORTURA-REGULACION NORMATIVA**

“Prohibida entre otros instrumentos internacionales por: el artículo 3 común a los Cuatro Convenios de Ginebra, el artículo 12 tanto del Primero como del Segundo Convenio; el artículo 5. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José; Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; la Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; la Convención interamericana para prevenir y Sancionar la Tortura. Por su parte, en el Estatuto de la CPI el crimen de guerra de tortura está contenido en el artículo 8.2 c) i), para los conflictos armados no internacionales, y desarrollado en el artículo 8 2) a) ii)-I de los elementos de los crímenes.

Internamente, nuestra Carta Magna en el artículo 12 dispone que “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”

#### **TIPO PENAL DE TORTURA COMO CRIMEN DE GUERRA-TIPIFICACION/ TIPO PENAL DE TORTURA COMO CRIMEN DE GUERRA-DIFERENCIAS DE LA TORTURA COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD**

“Para ser tipificado como un crimen de guerra, el maltrato (los dolores o sufrimientos físicos o psíquicos inflingidos a la víctima) debe servir a los fines del grupo relacionados con el conflicto armado. Esto distingue la tortura como crimen de guerra de la tortura como crimen de lesa humanidad (Código Penal, artículo 137 tortura en persona protegida, y artículo 178 tortura).<sup>8</sup> “

#### **TIPO PENAL DE ACTOS DE TERRORISMO-REGULACION NORMATIVA**

<sup>6</sup> Corte Constitucional, C-291 del 25 de abril de 2007

<sup>7</sup> APONTE CARDONA, Alejandro, Centro Internacional de Toledo Para la Paz, Observatorio Internacional para el seguimiento del proceso de DDR y la Ley de Justicia y Paz, Informe: segunda fase, septiembre de 2009.

<sup>8</sup> VALENCIA VILLA, La Aplicación del Derecho Internacional Humanitario dentro del marco de la Ley de Justicia y Paz, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2010, documento no publicado, página 66.

“ El artículo 13.2 del Protocolo Adicional II prohíbe los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil. “

#### **TIPO PENAL DE TORTURA-ALCANCE**

“ La jurisprudencia internacional ha explicado que esta violación de las leyes y costumbres de la guerra, que puede cometerse tanto en conflictos armados internos como internacionales, busca proteger a la población civil como un todo o a civiles individuales que no toman parte en las hostilidades, de actos o amenazas de violencia perpetrados con el objetivo principal de generar terror, es decir, “*para crear entre la población civil una atmósfera de miedo extremo o de incertidumbre de ser sometida a la violencia*”.

El vínculo directo entre esta prohibición y derechos fundamentales de especial importancia, ha sido resaltado por el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, el cual ha señalado que además de su proscripción tanto en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales como en el derecho consuetudinario, “*la exposición al terror es una negación del derecho fundamental a la seguridad personal, que se reconoce en todos los sistemas nacionales y está contenido en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Artículo 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos. En consecuencia, la Sala de decisión considera que el aterrorizamiento viola un derecho fundamental establecido en el derecho internacional consuetudinario y convencional*”<sup>9</sup>

#### **TIPO PENAL DE DESPLAZAMIENTO FORZADO-REGULACION NORMATIVA**

“ Los numerales 1 y 2 del artículo 17 del Protocolo Adicional II contiene la prohibición de los desplazamientos forzados a causa del conflicto armado. “

#### **TIPO PENAL DE DESPLAZAMIENTO FORZADO-TIPIFICACION**

“ El artículo 8.2 e) viii) del Estatuto de la CPI determina como conducta típica, para conflictos armados no internacionales, ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionados con el conflicto, a menos que así lo exijan la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas.”

#### **TIPO PENAL DE DESTRUCCION Y APROPIACION DE BIENES PROTEGIDOS-ALCANCE**

“Los artículos 14, 15 y 16 del Protocolo Adicional II protegen los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, los bienes culturales y los lugares de culto. Estas disposiciones corresponden se con el artículo 8.2 e) xii) del Estatuto de la CPI que regula como conducta típica la destrucción y apropiación de bienes.

Una especial protección para los bienes en caso de conflicto armado, se puede encontrar en la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y en el Protocolo para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado. “

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia citada por la Corte Constitucional, C-291 del 25 de abril de 2007.

## **NORMAS QUE PROHIBEN LA DESTRUCCION Y AROPIACION DE BIENES PROTEGIDOS DESARROLLAN LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO DE PROPORCIONALIDAD Y DISTINCION-ALCANCE**

"Las partes enfrentadas no pueden elegir cualquier medio de guerra ni pueden realizar u ordenar ataques indiscriminados. El principio de distinción impone la obligación a los actores del conflicto de diferenciar a los combatientes de los no combatientes y los objetivos civiles de los militares."

## **DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO PRINCIPIO DE DISTINCION-CONCEPTO/ DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO PRINCIPIO DE DISTINCION-ALCANCE**

"El principio de distinción, que es una de las piedras angulares del Derecho Internacional Humanitario, se deriva directamente del postulado según el cual se debe proteger a la población civil de los efectos de la guerra, ya que en tiempos de conflicto armado sólo es aceptable el debilitamiento del potencial militar del enemigo<sup>10</sup>. Dicho principio obliga a las partes en un conflicto a esforzarse por distinguir entre objetivos militares y bienes civiles. Los bienes civiles son aquellos bienes que no pueden ser considerados legítimamente como objetivos militares; los objetivos militares, por su parte, son aquellos bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida"<sup>11</sup>.

## **CRIMEN DE LESA HUMANIDAD-ALCANCE**

"...para efectos de calificar los crímenes atroces cometidos contra la población civil por los grupos armados al margen de la ley, dentro del contexto de los llamados crímenes de lesa humanidad, debido a que se trata de una variedad de delitos de graves violaciones a los derechos humanos, que fueron tipificados en la legislación nacional bajo títulos que consagran bienes jurídicos tradicionales, los operadores jurídicos deberán remitirse al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional para fijar su contexto, en concreto, a su artículo 7º, concordándolo con las normas del Código Penal nacional que castigan tales comportamientos."

## **CRIMENES DE LESA HUMANIDAD-PROHIBICION DE ESTAS CONDUCTAS SON NORMAS DE IUS COGENS**

"La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sistematizado en sus sentencias la doctrina en relación con los crímenes contra la humanidad y las características de éstos. La Corte ratifica el carácter de *ius cogens* de que goza la prohibición de estos crímenes, con las obligaciones que de ello se derivan para los Estados, principalmente la de enjuiciar a los responsables y la imposibilidad de amnistiar estas conductas."

## **CONCEPTO Y CARACTERISTICAS DE LOS CRIMENES DE LESA HUMANIDAD-JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

"En base a ello, la Corte reconoce que los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Basta que un solo acto ilícito como los antes mencionados sea cometido dentro del contexto descrito, para que se produzca un crimen de lesa humanidad. En este sentido se pronunció el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Prosecutor v. Dusko Tadic*, al considerar que "un solo acto cometido por un perpetrador en el contexto de un ataque generalizado o

*sistemático contra la población civil trae consigo responsabilidad penal individual, y el perpetrador no necesita cometer numerosas ofensas para ser considerado responsable*".

## **CONCEPTO Y CARACTERISTICAS DE LOS CRIMENES DE LESA HUMANIDAD-JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

"De igual manera, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha resuelto sobre la aplicación de la figura de los crímenes contra la humanidad por los tribunales internos de los Estados. Se ocupó de esta cuestión en el caso *Kolk y Kislyiy vs. Estonia*, en el que los Tribunales de la República de Estonia habían condenado a los apelantes por crímenes contra la humanidad por hechos cometidos en 1979. El TEDDH consideró que esas condenas no contravenían el Convenio europeo de derechos humanos, dado que al revestir los hechos el carácter de crímenes contra la humanidad, las conductas penales en cuestión son imprescriptibles, independientemente de si en la fecha de comisión de los hechos, los crímenes contra la humanidad formaban parte o no de la legislación interna de Estonia."

## **UNA CONDUCTA PUEDE SER CATALOGADA COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD, ASI NO SE ENCUENTRE TIPIFICADA COMO TAL DENTRO DE LA LEGISLACION PENAL INTERNA**

"Aplicados los conceptos expuestos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia al caso colombiano, es claro que con fundamento en los principios generales del derecho internacional y las normas de *ius cogens*, una conducta puede ser catalogada como delito de lesa humanidad, así no se encuentre tipificada como tal dentro de la legislación penal interna."

## **ELEMENTOS PARA QUE SE CONFIGURE UN CRIMEN DE LESA HUMANIDAD-JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA**

"Ahora bien, con relación a las condiciones que caracterizan esta especial categoría de graves atentados contra la humanidad para 1999, éstos se pueden deducir de la definición que el Tribunal Penal Internacional para antigua Yugoslavia formuló en el caso *Tadic*: 1) deben comprender parte de un patrón de crímenes masivos o sistemáticos; 2) deben estar dirigidos contra la población civil; 3) el acusado debe saber que sus actos encajan en dicho patrón y 4) pueden ser ejecutados en tiempos de conflicto armado o en tiempos de paz. 5) la intención discriminante, sólo es exigible cuando se trate de crímenes de persecución, que no es el caso aquí analizado."

## **CONCEPTO DE POBLACION CIVIL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-ALCANCE**

La población civil como víctima de estos graves atentados contra la humanidad son "*aquellas personas que no forman parte del poder organizado del que proviene la violencia. Lo determinante no debe ser el estatus formal, como la pertenencia a determinadas fuerzas o unidades armadas, sino el rol efectivo en el momento de la comisión delictiva*"<sup>12</sup>

281. "*No es necesario que toda la población de una región en la que se lleve a cabo un ataque sea sujeto pasivo del ataque. Basta que un número considerable de individuos y no sólo unas pocas personas seleccionadas al azar sea*

<sup>10</sup> Corte Constitucional, C-291 del 25 de abril de 2007

<sup>11</sup> *Ibidem*

<sup>12</sup> Tratado de Derecho Penal Internacional, Gerhard Werle, párrafo 651.

**atacado**<sup>13</sup> y no el sentido restrictivo expuesto en la mencionada decisión de legalización, referido a quienes no participan en el conflicto armado.

#### **LA CALIFICACION DE LOS CRIMENES DE GUERRA Y DE LESA HUMANIDAD NO SON EXCLUYENTES-REITERACION DE JURISPRUDENCIA/**

“Considera la Sala que la calificación de crímenes de guerra y de lesa humanidad no son excluyentes, tal y como lo tiene entendido la jurisprudencia y la doctrina autorizada del derecho penal internacional. En la primera modalidad, el elemento de contexto es el que determina que sea de guerra, es decir, el conflicto armado; mientras que el elemento contextual de los delitos de lesa humanidad es la existencia de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil con conocimiento de dicho ataque. Así lo ha establecido la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia:

289. *En ese contexto, el crimen de lesa humanidad se distingue de otros crímenes, porque: a) no puede tratarse de un acto aislado o esporádico de violencia, sino que debe hacer parte de un ataque generalizado, lo que quiere decir que está dirigido contra una multitud de personas; b) es sistemático, porque se inscribe en un plan criminal cuidadosamente orquestado, que pone en marcha medios tanto públicos como privados, sin que, necesariamente, se trate de la ejecución de una política de Estado; c) las conductas deben implicar la comisión de actos inhumanos(...) d) el ataque debe ser dirigido exclusivamente contra la población civil; y e) el acto debe tener un móvil discriminatorio, bien que se trate de motivos políticos, ideológicos, religiosos, étnicos o nacionales*<sup>14</sup>.”

#### **AUTORIA-CONCEPTO**

“El artículo 29, define como autor único e inmediato a quien realice la conducta por sí mismo. También conocido como sujeto agente, es la persona que ejecuta la conducta de acción o de omisión descrita en un tipo penal determinado en forma consciente y voluntaria. En este caso, el concepto de autor surge de cada tipo penal y se obtiene por aplicación del criterio del dominio del hecho (que aparece allí en el modo de dominio de la acción)<sup>15</sup>”

#### **AUTORIA MEDIATA-CONCEPTO/ AUTORIA MEDIATA EN ESTRUCTURAS DE PODER-CONCEPTO/ AUTORIA MEDIATA EN ESTRUCTURAS DE PODER-REQUISITOS PARA SU CONFIGURACION**

Del mismo artículo 29, surge el concepto de autor mediato. Califica de tal manera al que realiza el comportamiento utilizando a otro como instrumento, “*también denominado “el hombre de atrás” o el que “mueve los hilos”*<sup>16</sup>. Tradicionalmente considerado por la Jurisprudencia, como “*la persona que desde atrás en forma dolosa domina la voluntad de otro al que determina o utiliza como instrumento para que realice el supuesto de hecho, quien en todo evento actúa ciego frente a la conducta punible, a través del error invencible o de*

<sup>13</sup> Ibid. Párrafo 656, tomado de la sentencia de 12 de junio de 2002 (Kunarac et al, AC), párrafo 90 TPIY; sentencia de 31 de marzo de 2003 (Naletilic y Martinovic, TC), párrafo 235; TPIR, sentencia de 7 de junio de 2001 (Bagillishema, TC), párrafo 80.

<sup>14</sup> Corte Suprema de Justicia, auto radicado 32022 – 21 de septiembre de 2009, Magistrado Ponente SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.

<sup>15</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Derecho Penal Parte General, Sociedad Anónima Editora, comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires Argentina, pág. 745

<sup>16</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, radicado 31848 del 21 de abril de 2010, Magistrado Ponente, Dra.

María del Rosario González de Lemos

*la insuperable coacción ajena*<sup>17</sup>, constituye una interpretación que hacía imposible aplicar esta forma de autoría a las personas que formaban parte de los grupos armados organizados al margen de la ley, dirigidos por la guerrilla y autodefensas, quienes eran considerados como autores o coautores<sup>18</sup>.

299. Esta postura fue modificada por la Corte Suprema de Justicia gracias a los debates doctrinales y los desarrollos de la jurisprudencia foránea, unidos a la mejor solución político – criminal, predicando la autoría mediata con instrumento responsable cuando se trata de aparatos de poder organizados. De manera puntual señaló:

300. *“Ciertamente, cuando se está ante el fenómeno delincencial derivado de estructuras o aparatos de poder organizados, los delitos ejecutados son imputables tanto a sus dirigentes – gestores, patrocinadores, comandantes – a título de autores mediatos, a sus coordinadores en cuanto dominan la función encargada – comandantes, jefes de grupo – a título de coautores; y a los directos ejecutores o subordinados – soldados, tropa, patrulleros, guerrilleros o milicianos – pues toda la cadena actúa con verdadero conocimiento y dominio del hecho y mal podrían ser amparados algunos de ellos con una posición conceptual que conlleve la impunidad.”*<sup>19</sup>

(...)

“La autoría mediata a través de los “aparatos organizados de poder”, es una teoría propuesta por Roxin, caracterizada porque el sujeto de detrás tiene a su disposición una maquinaria personal que le ayuda a cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor<sup>20</sup>. En esta especie de autoría mediata lo que se instrumentaliza es el aparato organizado de poder, y en lugar de lo defectuoso del accionar del autor mediato se pone la funcionalidad del aparato<sup>21</sup>. La sentencia proferida en contra del expresidente Fujimori realiza una interpretación de la funcionalidad del aparato y hace claridad que “*El dominio del autor mediato se ejerce, pues, sobre el aparato y su estructura, dentro de la cual está integrado y cohesionado el ejecutor*”<sup>22</sup>.

303. De acuerdo con el profesor Claus Roxin, creador de la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad en virtud de un aparato organizado de poder, son cuatro las condiciones que debe cumplir el acusado para ser considerado como autor mediato: “*un poder de mando, la desvinculación del aparato de poder del ordenamiento jurídico, la fungibilidad del ejecutor inmediato y la considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor*”<sup>23</sup>.

304. Es indispensable que el supuesto autor mediato se encuentre ubicado dentro de la estructura de mando de la organización, sea en el nivel superior o en el nivel intermedio, con la capacidad de impartir órdenes y ejercer dicha autoridad para causar realizaciones del tipo<sup>24</sup>; como se mencionó anteriormente, una de las características que confiere autoría mediata a quienes dominan una máquina de poder, es precisamente el dominio de la estructura de poder.

<sup>17</sup> Corte Suprema de Justicia, radicado 29221 del 2 de septiembre de 2009, Magistrado Ponente, Dr. Yesid Ramírez Batidas

<sup>18</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Ver radicados 23825 del 7 de marzo de 2007; 25974 del 8 de agosto de 2007; 24448 del 12 de septiembre de 2007 entre otros

<sup>19</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, radicado 32805 del 23 de febrero de 2010

<sup>20</sup> ROXIN, Claus, Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo, Universidad de Extremadura, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid 1998.

<sup>21</sup> BAILONE, Matías, El dominio de la organización como autoría mediata, III Seminario Internacional de actualización en Derecho Penal, Cochabamba Bolivia, mayo de 2007

<sup>22</sup> Sala Penal Especial, Corte Suprema de Justicia de la República, caso Fujimori Fujimori, párrafo 724

<sup>23</sup> BAILONE, Op cit pág 9

<sup>24</sup> ibidem

305. Otro elemento fundamental para la configuración de la mencionada figura jurídica, es la desvinculación del aparato de poder del ordenamiento jurídico, lo que significa que la organización se estructura, opera y permanece al margen del sistema jurídico nacional e internacional<sup>25</sup>.

306. La fungibilidad del ejecutor inmediato, significa que los ejecutores son intercambiables, no siendo siquiera necesario que el hombre de atrás los conozca para que éste pueda confiar en que se cumplirán sus instrucciones, pues aunque uno de los ejecutores no cumpla con su cometido, inmediatamente otro ocupará su lugar, de modo que éste mediante su rechazo a cumplir la orden no puede impedir el hecho, sino tan solo sustraer su contribución al mismo<sup>26</sup>.

307. Como nota característica de éste tipo de autoría mediata, lo es que el ejecutor es responsable, motivo por el que la elevada disponibilidad al hecho del ejecutor, se erige como la cuarta característica de la teoría. Alude a una predisposición psicológica del ejecutor a la realización de la orden que implica la comisión del hecho ilícito, situación que se presenta cuando el ejecutor deja de actuar como ente individual y pasa a ser parte del todo estratégico, operativo e ideológico que integra y conduce la existencia de la organización. Todo ello va configurando una psicología colectiva que se expresa en la adhesión y en la elevada predisposición del ejecutor hacia el hecho ilícito que disponga o planifica la estructura<sup>27</sup>.

#### COAUTORIA-ELEMENTOS PARA SU CONFIGURACION

“ Finalmente, el inciso segundo del artículo 29 del Código Penal, describe la coautoría y señala los elementos necesarios para su estructuración, que en términos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia requiere de unos elementos subjetivos y objetivos. Al respecto ha señalado lo siguiente:

*“El aspecto subjetivo de la coautoría significa que: 319. Uno. Los comuneros se pongan de acuerdo, planifiquen la comisión del ilícito y, de consuno, decidan su perpetración.*

*320. Dos. Cada uno de los comprometidos sienta que formando parte de una colectividad con un propósito definido, el hecho es suyo, pero incluido dentro de una obra mayor, global, es decir, perteneciente, imbricada, realizada por todos los concurrentes o, dicho con otras palabras, la persona debe sentir que cumple tareas en interdependencia funcional.*

*La fase objetiva comprende:*

*321. Uno. El co-dominio funcional del hecho, entendiendo por tal que los varios individuos, sin sometimiento, dependencia o subordinación de uno o unos de ellos a otro u otros de ellos, se dirijan a la misma finalidad con un comportamiento esencial, mirado no en términos absolutos sino relativos.*

*322. Por conducta esencial se debe entender, primero, que sin ella es imposible cometer el hecho; o, segundo, que si una de las personas se opone o entra en divergencia con las otras, pueda hacer fracasar el plan, molestarlo o variarlo en su desarrollo; o, tercero, que la intrusión de las personas no debe ser meramente casual, accidental o secundaria.*

*323. Dos. Aporte significativo durante la ejecución del hecho, es decir, prestación de algo trascendente para su comisión, servicio importante que cada uno de los concurrentes presta a la gesta delictiva.*

*324. Esa contribución común en pro del mismo fin puede ser material o moral –*

*“espiritual”, por ejemplo cuando, en esta última hipótesis, la presencia definida de uno de los comuneros refuerza o estimula el cumplimiento del plan trazado, presiona y multiplica las energías de los otros, apoya al resto, reduce las defensas*

<sup>25</sup> Sala Penal Especial, Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, caso Fujimori Fujimori

<sup>26</sup> MARQUEZ CÁRDENAS, Álvaro E., La autoría Mediata en el Derecho penal, formas de instrumentalización, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá Colombia, pág. 238

<sup>27</sup> Sala Penal Especial, Op cit, No 741

*de la víctima, aumenta la intimidación padecida por ésta, incrementa la agresividad de los otros autores o comporta una mayor seguridad para estos en cuanto, vgr., la cantidad de sujetos intensifica el amedrentamiento que sufre la persona objeto de la acción, etc.*

*325. Y el aporte durante la ejecución del hecho quiere decir que la prestación que hace la persona debe ocurrir, total o parcialmente, entre el momento en que se inicia la realización del verbo rector que guía la conducta criminal y el logro de la consumación. De esta manera, el comportamiento frente a la pura ideación delictiva o a los actos preparatorios, no constituye coautoría, como tampoco aquél subsiguiente a la consumación o al último acto en materia de tentativa de delito.<sup>28</sup>”*

#### LA PENA ALTERNATIVA-DEFINICION

“ Un beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena ordinaria aplicable en virtud de las reglas generales del Código Penal, para que en lugar de cumplir esta pena ordinaria, el condenado cumpla una alternativa menor, de un mínimo de 5 años y de un máximo de 8 años<sup>29</sup>.

352. Advirtió la Corte Constitucional, que se trata en realidad de un beneficio que incorpora una rebaja punitiva significativa, a la que pueden acceder los miembros de un grupo armado organizado al margen de la ley que se sometan a un proceso de reincorporación a la vida civil, y que hayan sido autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos. La concesión del beneficio está condicionada al cumplimiento de unos requisitos establecidos en la ley, orientados a satisfacer a cabalidad los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.<sup>30</sup>

#### LA INDEMNIZACION A FAVOR DE LAS VICTIMAS NO SOLAMENTE DEBER SER DE TIPO ECONOMICO-ALCANCE

“ Se vulnera gravemente la dignidad de las víctimas y los perjudicados por hechos punibles, cuando la única protección que se les brinda es la posibilidad de obtener una reparación de tipo económico; por ello, el principio de dignidad impide que los derechos protegidos por el derecho penal sean reducidos a una tasación económica. La declaración judicial de la existencia de un perjuicio derivado de la comisión de una conducta punible y por tanto de una compensación es una de las soluciones por las cuales ha optado el legislador ante la dificultad en materia penal de lograr el pleno restablecimiento de los derechos y bienes jurídicos violentados. Pero no es la única alternativa ni mucho menos la que protege plenamente el valor intrínseco de cada ser humano<sup>31</sup>.

385. En efecto, tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia *“En un Estado Social de Derecho los derechos de las víctimas de una conducta punible emergen constitucionalmente relevantes, al punto que el Constituyente elevó a rango superior el concepto de víctima. Es así como el numeral 4 del artículo 250 de la Constitución Política, antes de la reforma introducida por el Acto Legislativo 03 de 2002, señalaba que el Fiscal General de la Nación debía “velar por la protección de las víctimas.” El numeral 1° del mismo artículo en su regulación primigenia expresa que deberá “tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados con el delito”. Actualmente en el artículo 2° del Acto Legislativo 03 de 2002 se*

<sup>28</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Ver Sentencia de Casación del 21 de agosto de de 2003, radicado. 19213 y Sentencia del 5 de octubre de 2006, radicado 22358.

<sup>29</sup> Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006

<sup>30</sup> Corte Constitucional, ibídem

<sup>31</sup> Corte Constitucional C-412 del 28 de septiembre de 1993 y C-228 del 3 de abril de 2002

señala que en ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

386. 1.- Solicitar al juez que ejerza funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia del imputado al proceso penal, la conservación de la prueba y la **protección de la comunidad, en especial de las víctimas.**

387. En el numeral 6 le impone el deber de: Solicitar ante el Juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la **asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.**

388. Y en el numeral 7 se establece que deberá: **Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.**<sup>32</sup>

389. El derecho que le asiste a toda víctima de reclamar dentro del proceso penal por los perjuicios sufridos debe interpretarse de conformidad con el bloque de constitucionalidad, constituido por los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia al tenor de lo previsto por el artículo 93 de la Constitución, aspecto que denota la gran importancia que tienen en el campo del derecho internacional, y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de los perjudicados por graves atentados al derecho internacional humanitario y a la humanidad en general, razón de más, para que su interpretación se realice desde un plano muy amplio."

---

<sup>32</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 18 de abril de 2007, radicado 24.829, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

