

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: 29 DE MAYO DEL 2014
4. Número del proceso: 11-001-60-00253-2007 82855
5. Identificación de las partes: Fiscal 2 Unidad Nacional de Justicia y Paz
Postulados: Ramón María Isaza Arango, John Fredy Gallo Bedoya, Luis Eduardo Zuluaga Arcila, Oliverio Isaza Gómez y Walter Ochoa Guisao
6. Magistrado ponente: Dr. Eduardo Castellanos Roso

REQUISITOS DE ELEGIBILIDAD-CONCEPTO/ REQUISITOS DE ELEGIBILIDAD-PUEDEN SER SUJETOS A MODIFICACION

“ Los requisitos de elegibilidad, consignados en el artículo 10 de la Ley 975 de 2005, son exigencias para acceder a los beneficios que en ella se establecen, es decir, “son condiciones de accesibilidad”¹, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º ibídem, son aplicables a aquellas personas que “...vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional”.

Los requisitos de elegibilidad son dinámicos, por ende pueden ser sujetos a modificación, de análisis paulatino durante todas las etapas del proceso, no se estiman satisfechos en un solo instante y declarado su cumplimiento, no mantienen vocación de permanencia para todos los momentos subsiguientes del trámite. Así, en el presente caso, se analizó su cumplimiento en la decisión de control de legalidad y ahora en este fallo de sentencia se verificará su existencia, con miras a decidir sobre la alternatividad de la pena.²ⁿ

CONFLICTO ARMADO DE CARÁCTER INTERNO- CRITERIOS PARA QUE SE CONFIGURE SU EXISTENCIA/ CONFLICTO ARMADO DE CARÁCTER INTERNO-NO LO CONSTITUYE LAS SITUACIONES DE TENSIONES INTERNAS Y DE DISTURBIOS INTERIORES COMO LOS MOTINES, LOS ACTOS ESPORÁDICOS Y AISLADOS DE VIOLENCIA

“ La Corte Constitucional, siguiendo lo señalado por el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, expresó que³:

“El Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia ha explicado en este sentido: ‘Bajo este test, al establecer la existencia de un conflicto armado de carácter interno la Sala debe apreciar dos criterios: (i) la intensidad del conflicto y (ii) la organización de las partes [ver sentencia del caso Tadic, par. 562]. Estos criterios se utilizan ‘solamente para el propósito, como mínimo, de distinguir un conflicto armado de actos de delincuencia, insurrecciones desorganizadas y de corta duración, o actividades terroristas, que no están sujetas al Derecho Internacional Humanitario’. (...) En consecuencia, un cierto grado de organización de las partes será suficiente para establecer la existencia de un conflicto armado (...). Esta posición es consistente con otros comentarios autorizados sobre el tema.”

(...)

“ Según esto, para determinar la existencia de un conflicto armado interno es necesario analizar si se cumplen diversos hechos verificables, por ejemplo: (i) que se presente un enfrentamiento bélico o situación de violencia armada sostenida en el tiempo aunque no de forma permanente, que esta sea generalizada e incontrolable, y se presente entre fuerzas del Estado y los grupos armados irregulares, o entre estos mismos; (ii) que los grupos armados irregulares estén

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006, numeral 6.2.4.1.18

² Artículo 29 ley 975 de 2005.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-291 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda, 25 de abril de 2007.

dotados de una identidad y un mando responsable (estructura), (iii) que tengan un dominio territorial permanente (no exclusivo o ilimitado); y, (iv) que los grupos armados irregulares realicen acciones armadas contra las fuerzas del Estado o entre ellos⁴. “

(...)

“artículo 1 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 sobre su “ámbito de aplicación material”, en el cual se dispone:

“1. El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 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.

2. El presente protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.”

CONFLICTO ARMADO IRREGULAR-EVENTOS EN QUE SE CONFIGURA

“ Según la doctrina internacional, un conflicto irregular se caracteriza por: (i) la dificultad en la distinción de las calidades de los agentes armados y los no armados; (ii) la desproporción en la utilización de los métodos y los medios para desarrollar los ataques; y, (iii) no limitar los objetivos, produciendo daños de forma indiscriminada⁵.”

⁴ Ver: APONTE C., Alejandro, La guerra y el derecho: Dinámica cotidiana del poder de definición, Revista de Derecho Público, No. 21, Universidad de los Andes, Bogotá, 2007 (circa). Una visión crítica desde la filosofía del Derecho en: G. M. GALLEGO GARCÍA y N. FERNÁNDEZ SOLA. Guerra y desaparición forzada en Colombia, Estudios de Derecho, Universidad de Antioquia, Medellín, año LXIV -segunda época-, vol. LXI, No. 138, junio de 2004. “En Colombia, la característica fundamental de un derecho penal de enemigo, es la existencia de grandes conflictos sociales y políticos. (...) No se trata de una guerra civil convencional, en la que están definidos con claridad los actores o enemigos; se trata, al contrario, de un conflicto armado degradado, oscuro y difuso, en el cual se mezclan muchos actores, guerrillas, paramilitares, narcotraficantes, entre tantos. Es un conflicto armado despolitizado, desideologizado, pero que se vive como confrontación armada por apropiaciones territoriales. No son simples acciones terroristas, éstas también acompañan al conflicto colombiano; son verdaderos enfrentamientos militares con actores que buscan mantener presencia territorial en territorios apartados de las grandes capitales y que, por tradición, han sido abandonados por el Estado.”

⁵ VARGAS, Alejo, Las fuerzas armadas en el conflicto colombiano. Antecedentes y perspectivas, Intermedio editores, Bogotá, 2002, pág., 46.

COMBATIENTES-CONCEPTO/COMBATIENTES-ALCANCE

“El término “combatientes” en Derecho Internacional Humanitario tiene un sentido genérico, y un sentido específico. En su sentido genérico, el término “combatientes” hace referencia a las personas que, por formar parte de las fuerzas armadas y los grupos armados irregulares, o tomar parte en las hostilidades, no gozan de las protecciones contra los ataques asignadas a los civiles. En su sentido específico, el término “combatientes” se utiliza únicamente en el ámbito de los conflictos armados internacionales para hacer referencia a un status especial, el “status de combatiente”, que implica no solamente el derecho a tomar parte en las hostilidades y la posibilidad de ser considerado como un objetivo militar legítimo, sino también la facultad de enfrentar a otros combatientes o individuos que participan en las hostilidades, y el derecho a recibir trato especial cuando ha sido puesto fuera de combate por rendición, captura o lesión - en particular el status conexo o secundario de “prisionero de guerra”. Precisa la Corte que para los efectos del principio de distinción en su aplicación a los conflictos armados internos, y de las distintas reglas que lo componen en particular, el Derecho Internacional Humanitario utiliza el término “combatientes” en su sentido genérico. Está fuera de duda que el término “combatientes” en sentido específico, y las categorías jurídicas adjuntas como “status de prisionero de guerra”, no son aplicables a los conflictos armados internos.”⁶

LOS OBJETIVOS MILITARES EN UN CONFLICTO IRREGULAR-ALCANCE

“Otra dificultad que se encara a la hora de analizar conflictos armados de tipo irregular es la definición de los llamados objetivos militares. Los objetivos militares, para ser determinados como tal deben contribuir eficazmente a la acción militar; tanto por su naturaleza, ubicación, y por su uso actual o futuro. El artículo 52(1) y (3) del Protocolo Adicional I establece que los bienes de carácter civil, que no son objetivos militares de acuerdo con el artículo 52 (2) del mismo Protocolo, no serán objeto de ataques y represalias, y que se presumirá su condición civil en caso de duda cuando se considere que contribuyen eficazmente a la acción militar. El artículo 8(2) (b) del Estatuto de Roma tipifica el crimen de dirigir intencionalmente ataques contra bienes civiles, es decir, bienes que no son objetivos militares”⁷.

741. Como se vio, el artículo 52 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra crea la presunción de que bienes generalmente utilizados con fines civiles, tales como lugares de culto, viviendas o escuelas, no son empleados para contribuir efectivamente a la acción militar. Esta presunción sólo puede predicarse de bienes que normalmente no tienen uso o propósito militar. Dichos bienes satisfacen necesidades de la población civil y también contribuyen efectivamente a las acciones militares del adversario.”

LA REGLA DE PROPORCIONALIDAD DENTRO DEL MARCO DEL DIH-ALCANCE

“ Ahora bien, la legitimidad de un blanco militar no proporciona una licencia ilimitada para atacarlo. La regla de proporcionalidad prohíbe “[u]n ataque que puede esperarse que produzca incidentalmente la muerte de civiles, lesiones a civiles, daño a bienes civiles o una combinación de ellas, que sería excesiva en relación a la ventaja militar concreta y directa prevista”⁸.

⁶ Ver: Corte Constitucional, Sentencia C-291 de 2007.

⁷ Cfr. Olásolo Alonso, Héctor, Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados, Cruz Roja Española, Valencia, 2007.

⁸ Ibidem.

ACTOS Y PRÁCTICAS PROHIBIDAS EN HOSTILIDADES INTERNAS

“ Al respecto la Comisión IDH ha manifestado que: “Aunque puede no ser un listado exhaustivo, los siguientes tipos de ataques, prácticas, órdenes o acciones están prohibidos en la conducción de dichas hostilidades: (i) ataques directos contra la población civil como tal, o contra personas civiles individuales; (ii) ataques indiscriminados que afecten a la población civil o a bienes civiles a sabiendas de que dichos ataques causarían pérdida de

vidas, lesiones a personas civiles o daños a bienes civiles que sean excesivos; (iii) ataques contra una persona a sabiendas de que está fuera de combate; (iv) violencia contra la vida, salud y bienestar físico y mental de las personas, en especial, homicidio, asesinato o desaparición forzada; (v) tortura, incluida la violación sexual, y otros tratos crueles y degradantes, ultraje a la dignidad personal, incluyendo el trato humillante y degradante, tal como la prostitución forzada y otros actos de violencia sexual de gravedad similar; (vi) la toma de rehenes; (vi) la ejecución de personas civiles o combatientes sin un juicio previo y apropiado ante tribunales independientes e imparciales que ofrezcan todas las garantías del debido proceso generalmente aceptadas; (vii) castigos colectivos; (viii) pillaje; (ix) actos de perfidia, tales como el asesinato o lesión de personas civiles o combatientes a traición; o el uso pífido del emblema distintivo de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja o de otros signos y señales de protección reconocidos por el derecho internacional humanitario; (x) órdenes para que no haya sobrevivientes; (xi) hacer padecer hambre a los civiles como método de combate, específicamente ataques cuyo propósito sea destruir, remover, inutilizar objetos indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como viveres, sembradíos, ganado e instalaciones de agua potable; (xii) el reclutamiento de niños menores de 15 años en el conflicto armado, o permitir que ellos participen en las hostilidades; (xiii) el uso de personas civiles y/o de bienes civiles para escudar objetivos militares de ataques; (xiv) ordenar el desplazamiento de la población civil, a menos que la seguridad de los civiles o razones militares imperativas así lo requieran; (xv) ataques contra monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto que constituyan el legado cultural o espiritual de las gentes; (xvi) ataques contra edificios, materiales, unidades y transportes médicos y personal con derecho a portar el emblema distintivo de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja; (xvii) emplear armas, proyectiles o materiales diseñados para causar sufrimiento innecesario; (xviii) ataques y amenazas de ataques, que sean lanzados o anunciados con la intención de aterrorizar a la población civil. En la medida en que los ataques son lanzados o anunciados única o principalmente con fines políticos, son ilegales y violan los principios de inmunidad civil, humanidad y proporcionalidad; (xix) el uso de cualquier mina detonada a control remoto que no esté debidamente marcada o que no tenga un mecanismo de destrucción o neutralización automático o a control remoto una vez se ha cumplido el propósito militar de la mina; (xx) el uso de minas de mano, tales como las del tipo Claymore, y trampas caza-bobos en, o cerca de, zonas civiles en las que hayan objetivos militares, si dichos artefactos son empleados sin precauciones, marcas, u otras alertas o no se autodestruyan o no sean retirados una vez han cumplido su propósito militar.”⁹

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-CONCEPTO/DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-TIENE COMO PROPOSITO MINIMIZAR LAS CONSECUENCIAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS, ESPECIALMENTE SOBRE LA POBLACION CIVIL Y SUS BIENES E IGUALMENTE APLICAR UN TRATO HUMANITARIO A LOS ACTORES ARMADOS, HERIDOS O PRISIONEROS

⁹ Tercer informe sobre la situación de Derechos Humanos en Colombia, Comisión IDH, febrero de 1999, en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/colom99sp/capitulo-4a.htm>, consultada el 3 de octubre de 2013.

Para la doctrina internacional¹⁰, el derecho internacional humanitario (DIH), puede ser entendido como el conjunto de costumbres, normas y principios, que tiene un reconocimiento consuetudinario o convencional (*ius cogens*), aplicables en casos de conflictos armados internacionales y no internacionales¹¹; se trata de un marco de legalidad o un conjunto de normas humanitarias que pretende civilizar o mitigar los perjuicios de las confrontaciones armadas ocasionadas a quienes no participan directamente en las hostilidades, y para quienes habiendo participado ya no lo hacen. El derecho internacional humanitario se aplica desde el inicio de un conflicto armado, y se extiende más allá de la cesación de las hostilidades, hasta la obtención de un acuerdo pacífico.

765. El derecho humanitario tiene como propósito minimizar las consecuencias de los conflictos armados, especialmente sobre la población civil y sus bienes, y aplicar un trato humanitario a los actores armados, heridos o prisioneros. La Corte Constitucional ha señalado al respecto:

"(...) la doctrina nacional e internacional han señalado que las normas humanitarias no se limitan a reducir los estragos de la guerra sino que tienen una finalidad tácita que puede ser, en ocasiones, mucho más preciosa: esta normatividad puede también facilitar la reconciliación entre las partes enfrentadas, porque evita crueldades innecesarias en las operaciones de guerra".¹²

CRIMEN DE GUERRA-CONCEPTO/CRIMEN DE GUERRA-ANTECEDENTES HISTORICOS

"Un crimen de guerra es una vulneración a las normas, los usos y costumbres aplicables a los conflictos armados, es decir un desconocimiento del Derecho Internacional Humanitario (DIH), comúnmente son conocidos como infracciones al DIH. A diferencia de los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra no tienen la obligación de cumplir con los requisitos de ataque generalizado o sistemático. Un acto individual o aislado puede constituir un crimen de guerra.

En cuanto al origen del concepto de crimen de guerra, el Estatuto del Tribunal de Núremberg los definió como una "violación de los usos y costumbres de la guerra", que podía consistir en asesinatos, malos tratos, deportación y trabajos forzados a civiles y prisioneros, ejecución de rehenes y

¹⁰ Ver: Guerra y Derecho, en: <http://www.icrc.org/spa/war-and-law/index.jsp>, consultada el 25 de febrero de 2014.

¹¹ Ver: Corte Constitucional, Sentencia C-148-05, M.P. Álvaro Tafur Galvis, 22 de febrero. En esta decisión la Corte precisó que: "El derecho internacional humanitario comprende aquellas normas que tienen como objeto la humanización de los conflictos armados, procurando la protección de la población civil ajena a la confrontación y estableciendo límites a los procedimientos bélicos. Estas normas de derecho internacional han sido caracterizadas por la Carta Política como prevalentes al orden jurídico interno (Art. 93 y 214-2), lo que implica su obligatorio cumplimiento en cualquier situación. Esta perspectiva de obligatoriedad, además, se ve reforzada por la condición de *ius cogens* que tienen la casi totalidad de las normas del derecho internacional humanitario, esto es, de postulados comúnmente aceptados y que no pueden ser desconocidos en un instrumento internacional posterior. El respeto de las reglas del derecho internacional humanitario es un imperativo para la efectiva protección de los derechos y garantías consagrados en la Carta, a la vez que constituye un presupuesto para la realización de la dignidad de los individuos que son afectados por el conflicto armado. Estos elementos cobran especial relevancia en la situación actual del país, que exige un reforzamiento de los procedimientos que estén dirigidos a la salvaguarda de la población civil."

¹² Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995, revisión constitucional del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, M.P. Alejandro Martínez Caballero, 18 de mayo de 1995.

destrucciones no debidas a razones militares. Posteriormente, este tipo de crimen se recogió también en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda y la Antigua Yugoslavia, así como en el estatuto de la Corte Penal Internacional. "

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-UN HECHO ES DERIVADO DEL CONFLICTO CUANDO GUARDA RELACION DIRECTA CON SUS ELEMENTOS INTERNOS O EXTERNOS/ DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-CRITERIOS PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE UN NEXO CERCANO ENTRE UN DETERMINADO HECHO Y EL CONFLICTO ARMADO INTERNACIONAL O INTERNO EN EL QUE HA TENIDO LUGAR/ DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-ES UN IMPERATIVO CONSTITUCIONAL DE OBLIGATORIO CUMPLIMIENTO EN COLOMBIA

"Para la Sala un hecho es derivado del conflicto cuando guarda relación directa con sus elementos internos y/o externos. La Corte Constitucional en sentencia C-291 de 2007 ha revisado decisiones de la jurisdicción internacional sobre el tema, respecto de las cuales ha puntualizado que:

"En términos materiales, para que un determinado hecho o situación que ha ocurrido en un lugar en el que no se han desarrollado los combates armados quede cubierto bajo el ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario, es necesario que tal hecho o situación guarde una relación cercana y suficiente con el desarrollo del conflicto 55. Así, no todos los hechos cometidos durante un conflicto, se someten al Derecho Internacional Humanitario".

"El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia ha considerado que la "relación requerida" se satisface cuando quiera que los crímenes denunciados están "relacionados de cerca con las hostilidades"¹³, cuando existe un "vínculo obvio" entre ellos;¹⁴ un "nexo claro" entre los mismos ["a clear nexus"; id.]; o un "nexo evidente entre los crímenes ilícitos que ocurren durante un conflicto armado se someten al derecho internacional humanitario,"

La jurisprudencia internacional ha proporcionado distintos criterios para determinar la existencia de un nexo cercano entre un determinado hecho o situación y el conflicto armado internacional o interno en el que ha tenido lugar; así, ha señalado que tal relación cercana existe "en la medida en que el crimen sea moldeado por o dependiente del ambiente en el que se ha cometido -v.g. el conflicto armado-"

"Al determinar la existencia de dicha relación las cortes internacionales han tomado en cuenta factores tales como la calidad de combatiente del perpetrador, la calidad de no combatiente de la víctima, el hecho de que la víctima sea miembro del bando opuesto, el hecho de que el acto pueda ser visto como un medio para lograr los fines últimos de una campaña militar, o el hecho de que el acto haya sido cometido como parte de los deberes oficiales del perpetrador, o en el contexto de dichos deberes. También ha precisado la jurisprudencia, en casos de comisión de crímenes de guerra, que es suficiente establecer que "el perpetrador actuó en desarrollo o bajo la apariencia del conflicto armado", y que "el conflicto no debe necesariamente haber sido la causa de la comisión del crimen, sino que la existencia del conflicto debe alegados y el conflicto armado como un todo".¹⁵

¹³ Caso del Fiscal v. Dusko Tadic, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995

¹⁴ Caso del Fiscal vs. Zejnir Delalic y otros (caso Celebici), sentencia del 16 de noviembre de 1998

¹⁵ Caso del Fiscal vs. Tihomir Blaskic, sentencia del 3 de marzo del 2000]. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Blagojevic y Jokic, sentencia del 17 de enero de 2005.

“En igual sentido ha explicado este tribunal que “lo que distingue en últimas a un crimen de guerra de un delito puramente doméstico, es que el crimen de guerra es moldeado por o dependiente del ambiente en el cual se ha cometido –el conflicto armado-”¹⁶

“Así mismo que: “al determinar si dicho nexo existe, la Sala puede tomar en consideración, entre otros, el hecho de que el perpetrador sea un combatiente, el que la víctima sea un no-combatiente, el que la víctima sea miembro de la parte contraria, el que pueda decirse que el acto haya contribuido a la meta última de la campaña militar, o el que el crimen se haya cometido como parte o en el contexto de los deberes oficiales del perpetrador”¹⁷

(...)

“ Vistas las consideraciones anteriores, la Sala concluye que el derecho internacional humanitario es un imperativo constitucional de obligatorio cumplimiento en Colombia, cuya aplicación o alcance se entiende más allá del tiempo y lugar de los combates y/o las hostilidades; la Corte Constitucional ha dicho al respecto que: La obligación constitucional de respetar en los estados de guerra y de conmoción interior (art.214 numeral 2) el derecho internacional humanitario, deriva en el deber del Estado colombiano de asegurar que, en todo conflicto bélico o interno, tales normas se apliquen.¹⁸

DELITO DE CONCIERTO PARA DELINQUIR- SE TIPIFICA EN EL MOMENTO EN QUE SE LLEVA A CABO EL ACUERDO DE VOLUNTADES/DELITO DE CONCIERTO PARA DELINQUIR-ALCANCE/ DELITO DE CONCIERTO PARA DELINQUIR-AL SER UN DELITO DE EJECUCIÓN PERMANENTE QUEDA COBIJADO POR LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ CUANDO EL PRIMER ACTO SE HAYA PRODUCIDO CON ANTERIORIDAD A LA VIGENCIA DE LA MISMA

“El delito de concierto para delinquir se concentra en el momento en el que se llega al acuerdo de voluntades, sin que sea necesaria la realización material de las finalidades perseguidas, pues éste se va consumando durante todo el tiempo en que dure el pacto que evidencia la continuidad y permanencia en el propósito delictivo, agravando así el bien jurídico de la seguridad pública.

En cuanto al ámbito de aplicación de los delitos de ejecución permanente, como es el concierto para delinquir, el Decreto 4760 de 2005 (reglamentario de la Ley 975 de 2005), prescribe que este tipo de conductas quedan cobijadas por la Ley de Justicia y Paz cuando el primer acto se haya producido con anterioridad a la vigencia de la misma; es decir, con ocasión de la permanencia al grupo armado ilegal, sin que sea relevante que la desmovilización haya ocurrido con posterioridad a la

vigencia de la ley¹⁹, al respecto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sido clara en manifestar que²⁰:

“La idea nuclear sobre la aplicación de la ley de Justicia y Paz, consiste en que, cuando la desmovilización se produce después de la vigencia de la Ley 975 de 2005, en todos los casos, los hechos que entran al rito del proceso de Justicia y Paz, son los que tuvieron ocurrencia durante la vigencia de la ley citada, y no después, como lo ha precisado la Corte en decisiones anteriores.

Así lo contempla el artículo 72 de la Ley de Justicia y Paz sobre la vigencia: “La presente ley deroga todas las disposiciones que le resulten contrarias. Se aplicará únicamente a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia y rige a partir de la fecha de su promulgación”, esto es 25 de julio de 2005. La norma anterior debe complementarse con el artículo 26 del Decreto 4760 de 2005 que a su tenor dispone “Cuando se trate de conductas punibles de ejecución permanente, la Ley 975 de 2005 solamente será aplicable en aquellos eventos en que la consumación, materializada con el primer acto, se haya producido con anterioridad a la entrada en vigencia de la misma.

Bajo el criterio de que “todos los hechos punibles sometidos al ámbito de la Ley 975/05 exigen que su perpetración se produzca durante y con ocasión de la pertenencia de los individuos desmovilizados de los grupos armados”²¹, la ley de Justicia y Paz es precisa en el sentido de que la norma aplica para hechos sucedidos con anterioridad a su vigencia (artículo 72).

(...)

Es menester concluir que la aplicación de la Ley 975 de 2005 se limita a los delitos ocurridos antes de la vigencia de esta norma, o que siendo de ejecución permanente, su primer acto haya ocurrido antes de la misma fecha, y en todo caso que estén relacionados con el delito de concierto para delinquir debido a la pertenencia al grupo armado ilegal. Una decisión en diferente sentido propiciaría inseguridad jurídica para eventuales víctimas y para la sociedad, ya que cualquier acto delictivo cometido después del 25 de julio de 2005 y hasta su desmovilización pasada o futura, estaría cubierto por los beneficios del trámite de Justicia y Paz.”

CONCIERTO PARA DELINQUIR SUBSUME EL DELITO DE FABRICACION, TRAFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES-REITERACION DE JURISPRUDENCIA

“ La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que el delito de concierto para delinquir agravado (art. 340 inciso 2), subsume las conductas de fabricación tráfico y porte de armas de fuego o municiones artículos 365 y 366 del Código Penal:

¹⁹ Corte Suprema de Justicia en auto del 13 de mayo de 2010 radicado 33610: “Así, el entendimiento de la norma que predica que la ley de Justicia y Paz es aplicable a hechos que hayan tenido ocurrencia antes de la vigencia de la ley 975, interpretada de forma concordante con el artículo 26 del Decreto 4760 de 2005, permite dar cabida a las conductas permanentes que trascienden a la fecha de vigencia de la ley de Justicia y Paz, y cuya comisión permanente se extiende hasta la desmovilización del postulado, siempre y cuando el juez verifique que el procesado mantiene vigentes los propósitos fundamentales para hacerse merecedor de las penas alternativas que ofrece el sometimiento a Justicia y Paz...”).

²⁰ CSJ, Segunda instancia 36163 del 26 de mayo de 2011, M.P. Dr. Alfredo Gómez Quintero.

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006.

¹⁶ Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002.

¹⁷ Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia caso del Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-328 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, fundamento 10.

“El concierto para delinquir cargado en contra de los postulados al trámite y beneficios de la Ley 975 del 2005, parte del presupuesto necesario de la conformación o pertenencia a grupos armados ilegales.

Los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH, tienen como elemento estructurante indispensable que las conductas se realicen “con ocasión y en desarrollo de conflicto armado”.

En esas condiciones, no admite discusión que la persona se encuentra vinculada al trámite de justicia y paz, en razón de que necesariamente hizo parte de un grupo armado ilegal. Por tanto, el empleo de armas de fuego se convierte en un elemento de los tipos penales imputables, desde donde surge que tal conducta no puede ser cargada de manera independiente, pues ella se subsume dentro de aquellas que hicieron viable la vinculación al procedimiento de la Ley 975 del 2005.²²

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EXTENDIDA - REITERACION DE JURISPRUDENCIA

“ Manifestó la Fiscalía que en cuanto al principio de legalidad, se debe considerar que es necesario un análisis sistemático, sobre todo en tratándose de casos en los cuales se estudian graves violaciones a los derechos humanos, infracciones al DIH o crímenes de lesa humanidad. Por tanto, éste principio no es absoluto y debe ser ponderado frente a los derechos de las víctimas, la verdad, justicia y reparación; pues éstos prevalecen sobre aquel. En la última década en Colombia ha ido haciendo carrera el uso del principio de legalidad extendido, el cual reconduce y permite tener en cuenta los tratados internacionales firmados y ratificados por Colombia, los cuales, en virtud de la teoría del Bloque de Constitucionalidad, hacen parte de la normativa interna, y permiten aplicar a casos concretos la normativa internacional.

836. Para la Fiscalía, en algunos casos, la tipicidad existía en el ámbito internacional y sólo hay que integrarla al nacional (por tratados y aprobación de los mismos). En un sentido general el principio de legalidad extendida consiste en aplicar las normas presentes en los tratados internacionales, pese a que en el momento de los hechos esta tipificación no fuera explícita en la ley nacional. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, a través de acciones de revisión, ha venido ordenando, que se declare nulidad en algunos procesos y se investigue y juzgue conforme a los parámetros internacionales, declarando que no se presenta retroactividad de la ley, pues las normas ya existían en el derecho internacional. Ha manifestado la Corte que las autoridades judiciales Colombianas deben observar no sólo la normatividad interna sino aquella integrada en el bloque de constitucionalidad y las decisiones proferidas por organismos internacionales, tales como el Comité de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos²³.

837. Bajo esos parámetros, la labor de la Fiscalía, no sólo en la etapa de investigación y verificación sino de adecuación típica de la conducta, debe estar orientada por esos principios y mandatos superiores, pues según la Corte Constitucional:

“El derecho internacional humanitario ha sido fruto esencialmente de unas prácticas consuetudinarias, que se entienden incorporadas al llamado derecho consuetudinario de los pueblos civilizados.”... “Esto explica que las normas humanitarias sean obligatorias para los Estados y las partes en

conflicto, incluso si estos no han aprobado los tratados respectivos, por cuanto la imperatividad de esta normativa no deriva del consentimiento de los Estados sino de su carácter consuetudinario.”²⁴

838. Por tanto, la Sala considerando viable la aplicación de la figura de la legalidad extendida, analizará en ese contexto los delitos presentados por la Fiscalía, sin embargo, en tratándose de la consideración punitiva, se verificará la aplicación del principio de favorabilidad en cuanto a la aplicación de las menores condenas para los postulados.”

TIPO PENAL DE HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA- CONCEPTO/ TIPO PENAL DE HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA-ALCANCE

“La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al analizar los elementos constitutivos del artículo 135 de la Ley 599 de 2000, expresó que:

“(…) incurre en el delito de homicidio en persona protegida “[e]l que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, ocasione la muerte de persona protegida conforme a los convenios internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia (…”

Y para efectos de ese artículo el legislador determinó que se entiende por personas protegidas, entre otros, “1. Los integrantes de la población²⁵.”

No hay duda que la aplicación del Derecho Internacional Humanitario y, por ende, del tipo penal descrito, está en estrecha conexión con el concepto de conflicto armado, pues de no existir éste es evidente que no es válido acudir a aquél. “

SECUESTRO SIMPLE-CONCEPTO/SECUESTRO SIMPLE- BASTA QUE SE PRIVE DE LA LIBERTAD A UNA PERSONA PARA QUE SE CONFIGURE EL DELITO

“El delito de secuestro simple consiste en arrebatar, sustraer, retener u ocultar a la víctima, afectando de forma grave su libertad individual. En consideración de la Corte, se trata de un crimen “(…) sin un ingrediente subjetivo característico, pues basta que se prive de la libertad a una persona para que se configure el delito (…”²⁶.

SECUESTRO EXTORSIVO-NO REQUIERE DE UNA CONDUCTA DETERMINADA DIRIGIDA A EXIGIR UN PROVECHO

La Sala estima importante considerar el elemento de intencionalidad que reguló el legislador para el secuestro extorsivo, pues no requiere de una conducta determinada dirigida a exigir un provecho; al respecto, ha precisado la Corte Suprema:

“Tampoco existió por parte del juzgador una aplicación indebida de la norma que tipifica el delito de secuestro extorsivo, habida cuenta que el artículo 169 del Código Penal, al contrario de lo que entiende la recurrente, no requiere que el agente –aparte de ejecutar la retención de la víctima– despliegue una especial conducta activa encaminada a exigir la utilidad o provecho, puesto que, como de manera acertada lo precisa el Procurador Delegado, basta con que aquel actúe con

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 3 de agosto de 2011, M.P. Dr. José Luís Barceló Camacho, radicado 36563; ver también: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 31 de agosto de 2011, M.P. Dr. Sigifredo Espinosa, radicado 36125

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 31 de julio de 2009, Radicado No. 31539 M.P. Augusto Ibáñez; ver también: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 27 de enero de 2010, radicado No. 29753.

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-255 de 1995.

²⁵ Parágrafo del artículo 135 del Código Penal.

²⁶ CSJ Sentencia del 25 de mayo de 2005, radicado 17666, M.P. Dr. Édgar Lombana Trujillo. (Negrilla y cursiva agregadas).

la intención de obtener un provecho o cualquier utilidad, a cambio de la liberación.”²⁷

DELITO DE TORTURA EN PERSONA PROTEGIDA-CONCEPTO/ DELITO DE TORTURA EN PERSONA PROTEGIDA-ELEMENTOS PARA SU CONFIGURACION

“Respecto del delito de tortura en persona protegida el Código Penal establece:

“**Artículo 137.** Tortura en persona protegida. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, físicos o síquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años, multa de quinientos (500) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años”. **El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-148 de 2005.**

El artículo 12 de nuestra Constitución Política establece la prohibición de infligir a cualquier persona tratos crueles, inhumanos ó degradantes y proscribida toda forma de tortura. Ha dicho la Sala en anteriores decisiones que el delito de tortura exige unos elementos especiales; entre otros: (i) que se cometa con la finalidad de obtener de la víctima o de un tercero información o confesión; (ii) castigar a la víctima por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido; (iii) intimidar a la víctima o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación, (iv) que se cometa en medio de un conflicto armado. “

DELITO DE TERRORISMO-CONCEPTO/DELITO DE TERRORISMO-DEFINICION DE LA EXPRESION “TERRORISMO”

“El Código Penal Colombiano dice al respecto:

“**Artículo 144.** El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice u ordene llevar a cabo ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias, actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla, incurrirá por esa sola conducta en prisión de quince (15) a veinticinco (25) años, multa de dos mil (2.000) a cuarenta mil (40.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derecho y funciones públicas de quince (15) años.

(...)

“Por ejemplo, el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo considera que la noción de terrorismo puede entenderse como:

“Artículo 2.1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serían utilizados, en todo o en parte, para cometer:

b) Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a

²⁷ CSJ Sentencia del 27 de octubre de 2008, Proceso No.22606, M.P. Dr. Jorge Luis Quintero Milanés. (Negrilla y cursiva agregadas).

un gobierno a o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.”

En el escenario internacional, existen diversas definiciones sobre terrorismo, la Sala destaca algunos aspectos de consenso sobre este punto: (i) los actos terroristas comportan un uso indiscriminado de la violencia; (ii) dichos actos generan graves daños materiales o humanos, públicos o privados; (iii) tales actos tienen el propósito de crear miedo mediante la utilización de diversas formas de violencia contra la población civil. Ahora bien, para la Sala es relevante analizar las particularidades que tienen los elementos jurídicos del terrorismo y el derecho internacional humanitario cuando los actos terroristas son cometidos en un contexto con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado”

DELITO DE DEPORTACION, EXPULSION, TRASLADO O DESPLAZAMIENTO FORZADO DE LA POBLACION CIVIL-CONCEPTO/DELITO DE DEPORTACION, EXPULSION, TRASLADO O DESPLAZAMIENTO FORZADO DE LA POBLACION CIVIL-SU PROHIBICION SE REFIERE TANTO A LOS DESPLAZAMIENTOS INDIVIDUALES COMO COLECTIVOS DE LA POBLACION CIVIL. EXCEPCIONES A ESTA PROHIBICION

“**Artículo 159.** Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y sin que medie justificación militar, deporte, expulse, traslade o desplace forzosamente de su sitio de asentamiento a la población civil, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años, multa de mil (1.000) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años.”

En opinión de la Sala, la prohibición en el ordenamiento legal colombiano se refiere tanto a los desplazamientos colectivos como individuales de la población civil que se comenten dentro del territorio del país. Es importante considerar que hay dos excepciones a esta prohibición: la seguridad de la población civil o razones militares urgentes. Sobre el particular, el artículo 17 del Protocolo II de 1977 prohíbe de manera expresa: “1. Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas; y 2. Forzar a las personas civiles a abandonar su propio territorio por razones relacionadas con el conflicto.”

VENTAJA MILITAR CONCRETA Y DIRECTA PREVISTA-CONCEPTO/VENTAJA MILITAR CONCRETA Y DIRECTA PREVISTA-ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

“Para la Sala, la noción de “ventaja militar concreta y directa prevista”²⁸ es un concepto jurídico propio del derecho internacional humanitario. La “ventaja militar concreta” surge de la destrucción o apropiación de bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, se entiende como el grado de contribución que obtiene, el atacante o el defensor, para alcanzar fines militares, durante el desarrollo de su actividad militar, al destruir o apropiarse de un bien protegido²⁹. En este sentido la figura comporta los siguientes elementos constitutivos: (i) que la destrucción o apropiación del bien sea en desarrollo y con ocasión de un ataque militar; (ii) que el bien sea apto para alcanzar fines militares por su naturaleza, uso o destinación; (iii) que el atacante o defensor considere que el ataque le reporta una “ventaja militar definida” a su actividad militar; y (iv) que la “ventaja militar” sea específica y actual. “

TIPO PENAL DE ACCESO CARNAL VIOLENTO EN PERSONA PROTEGIDA-CONCEPTO/ TIPO PENAL DE ACCESO CARNAL VIOLENTO EN PERSONA PROTEGIDA-

²⁸ Tomada del Protocolo adicional I, artículo 51 (5) (b).

²⁹ Ver: Ramelli Arteaga, Alejandro, Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia, GIZ, 2011

LA VIOLENCIA SEXUAL ESTA PROHIBIDA POR EL DERECHO HUMANITARIO

“**Artículo 138.** El que, con ocasión o en desarrollo de conflicto armado, realice acceso carnal por medio de violencia en persona protegida incurrirá en prisión de diez (10) a diez y ocho (18) años y multa de quinientos (55) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Para los efectos de este artículo se entenderá por acceso carnal lo dispuesto en el artículo 212 de este Código.”

La violación sexual y otras formas de violencia sexual están explícitamente prohibidas por el derecho humanitario, aunque en tales instrumentos internacionales no haya una noción de violencia sexual.³⁰ La Sala no puede desconocer que las mujeres, en un conflicto armado y como parte de la población civil, están expuestas a ser víctimas de múltiples formas de violencia física, psicológica y sexual, y en algunos casos son sometidas por los grupos armados ilegales a normas de conducta y control social, restricción de sus actividades de participación, reclutamiento forzado, esclavitud sexual y doméstica, violación y mutilación sexual, entre otras.”

RESOLUCION 1325 DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS-NECESIDAD DE ADOPTAR LAS MEDIDAS NECESARIAS CON EL FIN DE PROTEGER A LAS MUJERES DE TODO TIPO DE VIOLENCIA POR RAZON DE GENERO Y LA RESPONSABILIDAD QUE TIENEN LOS ESTADOS DE SUPERAR LA IMPUNIDAD Y TOMAR LAS MEDIDAS PARA ENJUICIAR A LOS CULPABLES DE VIOLENCIA SEXUAL

“ La Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas subraya la necesidad de adoptar medidas especiales que lleven a proteger de la violencia, por razón de género, a las mujeres y las niñas, también resalta la responsabilidad que tienen los Estados de superar la impunidad y tomar medidas para enjuiciar a los culpables de violencia sexual.”

DELITOS QUE PENALIZAN LA VIOLENCIA SEXUAL EN COLOMBIA-CONSTITUYEN UN MECANISMO TENDIENTE A GARANTIZAR LA DIGNIDAD, LIBERTAD E INTEGRIDAD SEXUAL DE LAS PERSONAS.

“ La Corte Constitucional considera de suma importancia el reconocimiento del derecho que tiene toda persona, especialmente toda mujer, a disponer del propio cuerpo; es por lo anterior que, los delitos que penalizan la violencia sexual en Colombia constituyen un mecanismo tendiente a garantizar la dignidad, libertad e integridad sexual de las personas³¹. Sin duda alguna, considera la Sala que, en el presente caso, independientemente de la finalidad de quien perpetró el crimen, se vulneró aquel derecho, se confinó inexorablemente el derecho de la víctima a elegir, rechazar, aceptar y autodeterminar su comportamiento sexual; en conclusión, a las víctimas se les negó la posibilidad de disponer libremente de su cuerpo y su sexualidad.”

DELITOS SEXUALES EN CONTEXTOS DE GUERRA-PUEDA CONFIGURAR EL DELITO DE TORTURA

Ahora bien, la Sala considera que por las características de la violencia sexual cometida es necesario estudiarlo en concurso con el delito de tortura. Para su análisis, la Sala parte de la siguiente pregunta: ¿la violencia sexual cometida en contextos

de guerra debe además ser reconocida como un delito sexual, también como una forma de torturar a la víctima para obtener de ella algún beneficio? Para la Sala resulta necesario establecer si con la violencia sexual se constituye entonces también el delito de tortura en el que se configuran tanto el elemento material, daño causado y/o sufrimiento, y el intencional, la relación de este daño cometido con un fin de guerra perseguido.

La Sala encuentra que la jurisprudencia internacional ya se ha pronunciado en el sentido de reconocer la violencia sexual como una forma de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que: (...) la violación causa sufrimiento mental y físico en la víctima. Además de la violencia sufrida en el momento en que se comete el acto, las víctimas son normalmente heridas, o en algunos casos, quedan embarazadas. El hecho de ser sometido a un abuso de esta naturaleza también causa un trauma psicológico, por un lado, por haber sido humillado y victimizado, y por el otro, por sufrir la condena de los miembros de su comunidad si llegan a informarles de lo sucedido.³²

DELITO DE DETENCION ILEGAL Y PRIVACION DE DEBIDO PROCESO-CONCEPTO/ DELITO DE DETENCION ILEGAL Y PRIVACION DE DEBIDO PROCESO-PRIVACION DE LA LIBERTAD PERSONAL ES PROCEDENTE UNICAMENTE EN LOS CASOS PREVISTOS EN LA CONSTITUCION Y EN LA LEY/ DELITO DE DETENCION ILEGAL Y PRIVACION DE DEBIDO PROCESO-ESTADO ESTA EN LA OBLIGACION DE GARANTIZAR EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD/ DELITO DE DETENCION ILEGAL Y PRIVACION DE DEBIDO PROCESO-ALCANCE

“Artículo 149. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, prive ilegalmente de su libertad a una persona y la sustraiga de su derecho a ser juzgada de manera legítima e imparcial, incurrirá en prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de mil (1000) a dos mil (2000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

Sea lo primero recordar que la privación de la libertad personal sólo procede o puede haber lugar a ella en los casos previstos en la Constitución o en la Ley, cuando ello no ocurre así, se está en presencia de una detención ilegal, la cual se encuentra proscrita tanto por la normativa nacional como internacional³³.

En ese sentido, el Estado está en la obligación de garantizar el derecho fundamental a la libertad, cuyo alcance está determinado por la legislación Colombiana, de la cual hacen parte los tratados de Derechos Humanos ratificados por Colombia (artículo 93 de la C.N., teoría del Bloque de constitucionalidad). Específicamente, la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, suscrita el 22 de noviembre de 1969 y aprobada mediante la Ley 16 de 1972, cuyo artículo 7º, numeral 6º, dispone que:

“...toda persona privada de la libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir ante un juez competente a fin de que este decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.”

³⁰ Ver: artículo 46 de la Convención IV de La Haya de 1907; artículo 27 de la IV Convención de Ginebra de 1949; artículo 76.1 del Protocolo I de 1977; artículo 4.2.e del Protocolo II de 1977; artículo 5 del Estatuto del Tribunal de Núremberg.

³¹ Ver: Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-285 de 5 de junio de 1997.

³² Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Raquel Martín de Mejía vs Perú. Caso 10970, Reporte No. 5/96, Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.91 Doc. 7 en 157 (1996).

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 1º de abril de 2009, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, Radicado, 31544.

(...)

“Cuando de forma arbitraria se coarta la libertad de una persona con el fin de sustraerla de la posibilidad de acceder a las instancias judiciales y administrativas pertinentes y se le sustrae del amparo legal que le es propio, resulta claro que se está actuando por fuera del marco de la ley, en cuyo caso se está frente al delito descrito en el artículo 149 de la referencia. “

DELITO DE DESAPARICION FORZADA-ALCANCE/ DELITO DE DESAPARICION FORZADA-TIPO PENAL DE CARÁCTER PERMANENTE MIENTRAS NO SE ESTABLEZCA EL PARADERO O DESTINO DE LA VICTIMA

“La Sala coincide con lo expresado por los instrumentos internacionales³⁴, la jurisprudencia³⁵ y la doctrina internacionales sobre la desaparición forzada, como ilícito penal y como grave violación de derechos humanos, en el sentido de ser una conducta compleja, que implica la unidad de dos comportamientos: (i) la privación de libertad por parte de agentes estatales o particulares actuando con autorización, apoyo o aquiescencia de estos; y, (ii) la negativa a reconocer esa privación de libertad o el ocultamiento de la suerte o el paradero del desaparecido³⁶. “

(...)

La Sala estima importante confirmar lo expresado en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que en el artículo 3º, precisa que el delito de desaparición forzada “será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima”. Al revisar los trabajos preparatorios de la Convención, se puede inferir que este delito puede entenderse como que se prolonga durante todo el período en que la víctima del delito se encuentre desaparecida: “es permanente por cuanto se consume no en forma instantánea sino permanente y se prolonga durante todo el tiempo en que la persona permanece desaparecida”³⁷.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende que, por el carácter continuado de la desaparición forzada, se trata de un delito vigente mientras no se establezca el destino o paradero de la persona desaparecida, lo que genera la obligación del Estado de investigar la suerte del desaparecido mientras se prolongue esa situación de incertidumbre. En este sentido, la Corte ha precisado que:

³⁴ Resolución No. 47/133 de la Asamblea General, adoptada el 12 de febrero de 1993, tercer párrafo del preámbulo. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, artículo II. Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, artículo 2.

³⁵ Ver, entre otros: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gómez Palomino, doc. cit., párrafo 94 y siguientes; y Comité de Derechos Humanos, Caso Norma Yurich c. Chile, doc. cit., párrafo 6.3

³⁶ Cfr. Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1988/19, párrafo 17. Informe del Grupo de Trabajo sobre la Desaparición Forzada o Involuntaria de Personas, Comentarios Generales a la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 15 de enero de 1996”, Documento de Naciones Unidas E/CN.4/1996/38, párrafo 55.

³⁷ OEA/CP-CAJP, Informe del Presidente del Grupo de Trabajo Encargado de Analizar el Proyecto de Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, documento de las Organización de los Estados Americanos OEA/Ser.G/CP/CAJP-925/93 rev.1, de 25.01.1994, p. 10. Texto citado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe anual 1987-1988 y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Blake vs. Guatemala, Doc. Cit.

“La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar. [...] El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance.”³⁸

DELITO DE RECLUTAMIENTO ILICITO-INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE LO REGULAN/ DELITO DE RECLUTAMIENTO ILICITO-ALCANCE

Los instrumentos internacionales aplicables a los casos de reclutamiento ilícito de NNA por parte de grupos armados son: los Convenios de Ginebra de 1949 y las obligaciones aplicables en virtud de sus Protocolos Adicionales de 1977, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, su Protocolo facultativo de 25 de mayo de 2000 y el Protocolo II; el Convenio número 182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, de 1997, y la Convención sobre Municiones en Racimo de 2008.”³⁹

Para la Sala, el término reclutamiento es aquél que se utiliza para referirse a cualquier mecanismo (legal, ilegal o ilícito) de vinculación a un grupo armado, ya sea obligatorio, forzado o voluntario. El reclutamiento obligatorio tiene una base legal y jurídica y se le conoce también como conscripción, específicamente se presenta cuando las fuerzas armadas institucionales de un Estado, a través de la figura del reclutamiento obligatorio incorporan a sus fuerzas militares a NNA de edad⁴⁰. De manera general, cualquier forma de incorporación de NNA a una organización armada configura reclutamiento ilícito, y está proscrita por el derecho internacional. “

DELITO DE BARBARIE-CONCEPTO/DELITO DE BARBARIE-ALCANCE

“ El delito de actos de barbarie está regulado por la Ley 599 de 2000 así:

“**Artículo 145.** El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y fuera de los casos especialmente previstos como delitos y sancionados con pena mayor, realice actos de no dar cuartel, atacar a persona fuera de combate, de abandonar a heridos o enfermos u otro tipo de actos de barbarie dirigidos a no dejar sobrevivientes o a rematar a los heridos y enfermos u otro tipo de actos de barbarie prohibidos en tratados internacionales ratificados por Colombia incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de diez (10) a quince (15) años, multa de doscientos (200) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de diez (10) a quince (15) años.” 963. Un acto de barbarie, con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado, denota la aplicación de crueldad innecesaria en el procedimiento y en los medios utilizados, o conlleva

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, doc. cit., párrafos 155 y 181.

³⁹ Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, a la Asamblea General A/65/820 S/2011/250, en igual sentido “Principios de París” párrafo 6.4

⁴⁰ Ibid.

hostilidad, padecimientos, atemorización y exposición a daños innecesarios a la población civil⁴¹. En los casos en concreto, el procedimiento utilizado después del homicidio de las personas protegidas, el desmembramiento de los cuerpos, llevó implícito el resultado de demostrar crueldad e inhumanidad. “

AUTORIA-CONCEPTO/ AUTORIA-ALCANCE

“Es autor quien realiza por sí mismo el hecho punible⁴². Es autor la persona que realiza la conducta punible, por sí mismo o utilizando a otro como instrumento. También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado⁴³.”

En la teoría del dominio de la acción, el autor es quien realiza todos los elementos del tipo objetivo. ROXIN precisando su planteamiento afirma:

(...) quien sin estar coaccionado y sin depender de otro más allá de lo que socialmente es habitual realiza de propia mano todos los elementos del tipo es autor. Tiene en todos los casos imaginables el dominio del hecho. Se trata aquí del prototipo de la autoría, de la expresión más patente de la figura central (...) No se puede determinar un hecho de forma más clara que cuando uno mismo lo hace, no se puede tener las manos nada de una forma más libre que a través de la actuación de propia mano. El legislador al describir los diferentes tipos penales caracteriza al autor individual, de ésta manera sólo quien cumple todos los presupuestos del injusto allí establecidos es autor y lo es sin excepciones cuando los realiza⁴⁴.”

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

La modalidad de autoría mediata por dominio de la voluntad en virtud de un aparato organizado de poder, también denominada como “dominio por organización” nació en el contexto de la segunda postguerra mundial, tratando de dar una respuesta a los crímenes de guerra cometidos por organizaciones criminales, algunas de ellas estatales, frente a las cuales las herramientas de la dogmática penal individual (autoría, complicidad, determinación) parecían haberse agotado.

987. Claus ROXIN desarrolló en 1963 esta teoría conforme a la cual se calificaban como autores mediatos a aquellos que “sin haber intervenido directamente en la ejecución de tan horribles hechos, dominaban su realización sirviéndose de todo un aparato de poder de organización estatal que funcionaba como una máquina perfecta, desde la cúpula donde se daban las órdenes criminales, hasta los meros ejecutores materiales de

las mismas, pasando por las personas intermedias que organizaban y controlaban el cumplimiento de estas órdenes⁴⁵. 988. En esta forma de autoría el dominio del hecho requiere que todo el proceso se desenvuelva como obra de la voluntad rectora de un “hombre de atrás”, que gracias a su influjo, debe tener en sus manos al intermediario (dominio de la voluntad). Este dominio de la voluntad puede tener cuatro manifestaciones: a) dominio de la voluntad por coacción (utilización de un agente no libre), b) dominio de la voluntad por error (sirviéndose de quien sufre un error), c) dominio de la voluntad por utilización de inimputables o menores y d) dominio de la voluntad en virtud de un aparato organizado de poder (dominio por organización). En los tres primeros casos, usualmente, el instrumento actúa bajo una causal de justificación del hecho y excepcionalmente de inculpabilidad y por tanto no es penalmente responsable, mientras que en el último caso tanto el hombre de atrás como el instrumento son sujetos de responsabilidad penal.

989. En su planteamiento original ROXIN entendió que ésta forma de autoría se aplicaba tanto a aparatos organizados de poder de carácter estatal como a movimientos clandestinos, organizaciones secretas y grupos semejantes (para nuestro caso se aplica a grupos organizados al margen de la ley como los paramilitares o las guerrillas). Estas estructuras fueron caracterizadas por la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional en los siguientes términos:

“...Varios aspectos del aparato de poder que constituye una organización permiten que aquel sirva al objetivo y fin consistente en colocar al autor de atrás, en condiciones de cometer los crímenes por intermedio de sus subordinados. Según la Sala, la organización debe encontrarse basada sobre unas relaciones jerárquicas entre superiores y subordinados. Además, estos últimos deben ser suficientemente numerosos para que las órdenes sean ejecutadas, sea por un subordinado o por otro. Estos criterios apuntan a garantizar que las órdenes dadas por los jefes reconocidos sean generalmente ejecutadas por sus subalternos.

Según la opinión de la Sala, es esencial que el jefe, o el dirigente, ejerzan una autoridad y un control sobre el aparato, y que esa autoridad y ese control sean manifiestos en la ejecución de esas órdenes por sus subordinados. Para ejercer ese control puede vincular a sus subordinados, formarlos, imponerles una disciplina y suministrarle unos medios.

El jefe debe utilizar el control sobre el aparato para ejecutar los crímenes, lo cual significa que en tanto que “hombre de atrás”, explote su autoridad y su poder en el seno de la organización para asegurar la ejecución de las órdenes que da. La ejecución de tales órdenes debe incluir la comisión de cualquiera de los crímenes de competencia de la Corte...”⁴⁶

990. Como se observa, es el aparato organizado de poder el que sirve de instrumento para la realización de la conducta punible, ya que el ejecutor individual juega un rol menor en el accionar delictivo de la organización, en la medida en que éste tiene a su disposición muchos ejecutores obedientes. Esto es así en la medida que se presentan sobre un mismo hecho punible dos formas simultáneas de dominio: de un lado, el “dominio de la acción” que está relacionado con la propia ejecución del acto, y de otro, el “dominio de la organización” que hace referencia a la posibilidad de ejercer influencia para que, a través del aparato de poder del cual dispone, el “hombre de atrás” se asegure la producción del resultado sin que tenga que ejecutar de propia mano el hecho punible.

⁴¹ Ver: Corte Suprema de Justicia, M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego, Radicado 12051 de 25 de septiembre de 1996.

⁴² PÉREZ, Luís Carlos, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Editorial Temis, pág. 346 y ss. Para el tratadista es autor el que ejecuta solo, sin ayuda de nadie, la infracción. Coautor es el que la ejecuta asociado con otro u otros agentes, interviniendo directa y personalmente. Todos son materializadores del resultado criminoso, todos enderezan su conducta para realizarlo y efectivamente, lo realizan. El delito producido o tentado es propio en todas y cada uno de ellos.

⁴³ ARBOLEDA Vallejo, Mario, Manual de Derecho Penal, partes general y especial, Editorial Leyer, págs. 168 y ss.

⁴⁴ MÁRQUEZ, Álvaro Enrique. La autoría mediata en el derecho penal, Formas de instrumentalización, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2009, página 128

⁴⁵ ROXIN, Claus, Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada, en: Revista penal, Nº 2. Madrid: La ley. (Trad. Enrique Anarte) Pág. 64.

⁴⁶ ICC-01/04-01/07, Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, asunto •Fiscal vs. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui., providencia del 30 de septiembre de 2008. La traducción ha sido tomada de: RAMELLI ARTEAGA, Alejandro et al (2011): Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Agencia de Cooperación Internacional Alemana; Ediciones Uniandes. Pags. 470 y 471.

991. De acuerdo con la teoría del Roxin⁴⁷ son cuatro los presupuestos que deben probarse para calificar un comportamiento delictivo como realizado a través de la autoría mediata por dominio de la organización:

(i) Poder de mando o dominio de la organización por parte de los hombres de atrás. Que el aparato de poder este comandado por una jerarquía que esté en capacidad de dirigir la actividad delictiva, planificarla, determinar la utilización de los medios y la escogencia del lugar y modo de operar todo ello a través de órdenes. En estos casos los autores mediatos conservan el dominio del hecho en la medida en que una orden es determinante para la realización del delito (dominio positivo), y una contraorden puede paralizar la ejecución del mismo (dominio negativo);

(ii) Apartamiento del derecho del aparato organizado de poder. Es imprescindible que todo el aparato funcione al margen de la ley nacional e internacional, ya que de lo contrario, si su funcionamiento se apega a la ley, la superioridad normativa de los mandatos legales exigiría a los miembros de la organización no obedecer las órdenes antijurídicas, con lo cual se excluiría la voluntad de poder de los hombres de atrás. Dicho apartamiento se debe materializar en relación con los tipos penales que realiza el aparato;

(iii) Fungibilidad o sustituibilidad de los ejecutores directos. Este es el factor decisivo para determinar el dominio de la voluntad en virtud de un aparato organizado de poder. Se refiere a la posibilidad de sustituir al ejecutor de la orden delictiva, y si éste decide no cumplirla esto no impediría la realización del curso causal delictivo, sino tan sólo se sustraería su contribución personal al mismo. Como recuerda ROXIN "(...) el ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje – sustituible en cualquier momento- en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer"⁴⁸. Este factor le confiere un funcionamiento automático al aparato organizado de poder, sin que importe la persona individual del autor: "(...) el instrumento lo es no apenas por actuar sin voluntad o error, sino además porque en una estructura de poder organizado todos sus integrantes son apenas piezas intercambiables (fungibles), de tal suerte que es el propio hombre de atrás el que le ha quitado su condición de persona digna por mucho que el ejecutor obre con responsabilidad"⁴⁹; y

(iv) La considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor. Este requisito que constituye un refinamiento de la teoría del dominio por organización advierte acerca de la predisposición específica del autor a la realización de la empresa delictiva, que lo hace "más preparado para el hecho" que otros potenciales delincuentes y que, vistas en conjunto, incrementan la probabilidad de éxito de una orden y contribuyen al dominio del hecho por parte de los hombres de atrás. "

⁴⁷ ROXIN, Claus, Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada.. En: Revista penal, No 2. Madrid: La ley. (Trad. Enrique Anarte) Pag. 64.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Ibidem.

--	--