

## Ficha de relatoría

1. Nombre: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
2. Juez o Tribunal: SALA DE CASACION PENAL CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
3. Número del proceso: 39045
4. Fecha: 19 DE MARZO DEL 2014
5. Identificación de las partes: - Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá  
- Fiscalía Justicia y Paz  
- Postulado: Orlando Villa Zapata
6. Magistrado ponente: Dr. Luis Guillermo Salazar Otero

### PENA ALTERNATIVA-EN EL PRESENTE CASO DEBE MODIFICARSE LA PENA ALTERNATIVA IMPUESTA AL POSTULADO ORLANDO VILLA ZAPATA INCREMENTANDOLA A OCHO AÑOS

“Cuestiona inicialmente el impugnante que no se hubiere aplicado al sentenciado el máximo de ocho (8) años de prisión previsto en la Ley 975 de 2005 como pena alternativa.

La Sala anticipa su decisión en el sentido de acoger el planteamiento del recurrente, pues le asiste razón para reclamar la imposición del máximo de la pena alternativa prevista en la Ley 975 de 2005, por las razones siguientes:

La Ley de Justicia y Paz, al establecer el ámbito de su aplicación, dispone en su artículo 2º que sus destinatarios son los integrantes de los grupos armados organizados al margen de la ley que “hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decididamente a la reconciliación nacional”.

Dicha exigencia implica la adopción de un conjunto de decisiones encaminadas a dejar atrás sus actividades delictivas, al igual que la determinación de reincorporarse a la sociedad mediante la búsqueda de la reconciliación, la paz y la convivencia.

Uno de los propósitos de la expedición de la Ley 975 de 2005 obedeció a la dificultad que tenían los organismos estatales de lograr la captura y consiguiente judicialización de quienes, perteneciendo a grupos armados al margen de la ley, se dedicaban a cometer impunemente actividades delictivas.

Ante lo evidente de la capacidad financiera y la fortaleza organizacional que tenían esas agrupaciones ilegales, aunado a la gran envergadura de los comportamientos ilícitos ejecutados, algunos de ellos constitutivos de delitos de lesa humanidad, se estimó necesario que el Estado declinara su pretensión punitiva ordinaria, y en su lugar propusiera a sus integrantes el otorgamiento de un beneficio que los persuadiera a abandonar sus actividades delictivas y se reintegraran a la sociedad, todo ello con la finalidad de encontrar un punto de equilibrio entre justicia y paz, que permitiera alcanzar los objetivos de la primera, así como avanzar en la búsqueda de la segunda.

De esta manera, se estableció en el artículo 29, inciso segundo, de la Ley 975 de 2005, el beneficio de la pena alternativa, conforme al cual aquellos individuos que accedieran a entregarse a las autoridades e hicieran dejación de sus armas, purgarían unos pocos años de cárcel para luego quedar exentos de cualquier persecución de esa naturaleza.

En tales condiciones, para poder ejercer la opción de ser favorecido con la pena alternativa, resulta indispensable no sólo expresar, sino materializar la decisión de dejar atrás el accionar violento, lo cual concreta el legislador con los requisitos de elegibilidad, entendida como la eventual posibilidad para ser seleccionado beneficiario de las ventajas punitivas en mención.

Una vez satisfecha la exigencia de elegibilidad, el desmovilizado debe cumplir con las obligaciones contenidas en la ley y en la sentencia, relacionadas con la satisfacción de la verdad, la justicia, la reparación de sus víctimas y el

cumplimiento de las garantías de no repetición, para hacerse acreedor al beneficio de la pena alternativa. “

(...)

“ Ahora bien, en orden a dosificar la pena alternativa que corresponde atribuir al sentenciado, necesariamente ha de acudirse a lo previsto en el artículo 29 de la ley de justicia y paz, el cual dispone:

*“Artículo 29. Pena alternativa. La Sala competente del Tribunal Superior de Distrito Judicial determinará la pena que corresponda por los delitos cometidos, de acuerdo con las reglas del Código Penal.*

*En caso que el condenado haya cumplido las condiciones previstas en esta ley, la Sala le impondrá una pena alternativa que consiste en privación de la libertad por un período mínimo de cinco (5) años y no superior a ocho (8) años, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos.*

*Para tener derecho a la pena alternativa se requerirá que el beneficiario se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, estudio o enseñanza durante el tiempo que permanezca privado de la libertad, y a promover actividades orientadas a la desmovilización del grupo armado al margen de la ley al cual perteneció.*

*Cumplida la pena alternativa y las condiciones impuestas en la sentencia se le concederá la libertad a prueba por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta, período durante el cual el beneficiado se compromete a no reincidir en delitos, a presentarse periódicamente ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial que corresponda y a informar cualquier cambio de residencia”.*

Conforme con dicha norma y a las orientaciones respecto de los elementos fundamentales de la pena alternativa, es necesario concluir que su concesión está supeditada al cumplimiento de los requisitos relacionados con la satisfacción de la verdad, la justicia, la reparación de sus víctimas, al cumplimiento de las garantías de no repetición y la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, mientras que su dosificación debe estar apoyada en el análisis de la gravedad de los delitos y la colaboración efectiva del postulado en el esclarecimiento de los mismos.

Esta última fase, de naturaleza esencialmente valorativa, concede margen de maniobrabilidad al sentenciador, toda vez que constituye el ejercicio de ponderar, visto el caso concreto, aspectos relativos a la gravedad de la conducta y el daño creado.

En torno a las exigencias para acceder a la pena alternativa, sostuvo el Tribunal Superior que en el curso del trámite se acreditó que **Orlando Villa Zapata** contribuyó con su desmovilización a la consecución de la paz nacional, al tiempo que colaboró con la justicia al confesar sus crímenes, aceptar los cargos formulados por la Fiscalía y entregar bienes para la indemnización de perjuicios.

Adicionalmente, pese a que el a quo destaca la gravedad y modalidad de los delitos por los cuales se emitió la condena, señaló como pena alternativa la privación de la libertad únicamente por lapso de ochenta y cuatro (84) meses.

Sostuvo que si bien se ha comprobado que **Villa Zapata** organizó y desarrolló acciones que afectaron de forma gravísima los derechos fundamentales de las víctimas, no impondría la pena alternativa máxima prevista en la Ley 975 de 2005, esto es ocho (8) años de prisión, por cuanto se trata de una sentencia parcial y aún están pendientes de legalización delitos de suma gravedad.

Como claramente se puede observar, del contenido del artículo 29 de la ley de Justicia y Paz en torno a los parámetros a tener en cuenta para dosificar la pena alternativa a imponer, en ninguno de sus apartes se hace referencia a la existencia de otras investigaciones en contra del sentenciado para disminuir su monto en espera a que sea ajustado con una eventual nueva condena.

El Estado de Derecho exige el sometimiento al imperio de la Ley por mandato Constitucional y cumplir con la voluntad del legislador que obliga a dosificar la pena acorde con la reglamentación expedida para el efecto, independientemente de eventuales futuras condenas que puedan llegar a ser emitidas en contra del sentenciado, en cuanto la responsabilidad penal es individual y consecuentemente también la pena de prisión privativa de la libertad.

No se hace necesario agregar o profundizar en mayores argumentos para concluir que efectivamente el juzgador de primer grado incurrió en el equivoco que se denuncia por el recurrente, porque no obstante resaltar la gravedad y modalidad de los delitos por los que se emitió la condena, se abstuvo de aplicar el máximo de la pena alternativa prevista en la ley de Justicia y Paz, como corresponde en atención al principio de proporcionalidad.

La discrecionalidad reglada y el sustento razonable buscan fincar criterios de equilibrio en la concreción de la pena, al tiempo que permiten controlar la función judicial mediante el ejercicio del derecho de impugnación. “

#### **MOMENTO A PARTIR DEL CUAL EMPIEZA A CONTARSE EL TERMINO DE LOS OCHO AÑOS-ALCANCE.REITERACION DE JURISPRUDENCIA**

“ Respecto a la solicitud del delegado del Ministerio Público para que se aclare desde que momento empieza el postulado beneficiado a descontar el tiempo impuesto como beneficio de pena alternativa, resulta del caso recordar que el artículo 31 de la Ley 975 de 2005 acorde con el cual el tiempo que hayan permanecido los miembros de grupos armados al margen de la ley desmovilizados en una zona de concentración decretada por el Gobierno Nacional debía computarse como parte de ejecución de la pena alternativa, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-370 de 2006.

Explicó la Corporación que dicha norma quebrantaba el deber que tiene el Estado de imponer y ejecutar sanciones efectivas a aquellos que incurran en violaciones a la ley penal, pues quienes permanecen en las zonas de concentración lo hacen en forma voluntaria, sin estar sujetos a la imposición coercitiva de la restricción de derechos fundamentales, situación que prescinde y desplaza las intervenciones que caracterizan el monopolio estatal de la potestad sancionadora.

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema ha dicho que la aplicación de la norma en mención no resulta procedente cuando el texto legal se opone materialmente a la Constitución Política. Adujo la Sala que aun cuando dicha norma había sido declarada inexecutable por vicios de forma, de todas maneras acusaba materialmente una oposición abierta a las normas superiores que imponían acudir a la excepción de inconstitucionalidad para inaplicarla.

En tales condiciones, no hay lugar a reconocer a los postulados como pena cumplida el tiempo que permanecieron en la zona de concentración.

Diferente situación se presenta en torno a la aplicación del párrafo del artículo 11 del Decreto 3391 de 2006, según el cual los desmovilizados que voluntariamente se hubieren puesto a disposición de las autoridades en virtud de su acogimiento a la ley 975 de 2005, mientras se adelantan los procesos judiciales pertinentes podrán ser ubicados en los establecimientos de reclusión de Justicia y Paz administrados y definidos por el INPEC y en los previstos por el párrafo 2 del artículo 21 de la Ley 65 de 1.993, lapso que se contabilizará al cumplimiento de la pena alternativa que corresponda.

Adicionalmente, no se puede perder de vista que el artículo 18A de la Ley 975 de 2005, adicionado por el artículo 19 de la Ley 1592 de 1012, al tiempo que introdujo la posibilidad de sustituir la medida de aseguramiento impuesta la postulado por otras no privativas de la libertad, fijó de manera expresa el momento desde el cual comienza a contarse el término de los ocho (8) años, al indicar que para el postulado que se haya desmovilizado estando en libertad, el plazo comienza a correr “...a partir de la reclusión en un establecimiento sujeto integralmente a las normas jurídicas sobre control penitenciario...”, mientras que para aquél que haya estado privado de la libertad al momento de la desmovilización los ocho (8) años de reclusión se contarán “...a partir de su postulación a los beneficios que establece la presente ley...”. (Confrontar CSJ SP, 29 de May 2013, Rad. 40561)

#### **PERJUICIOS POR DAÑO AL PROYECTO DE VIDA-CONCEPTO**

“ Ciertamente, la jurisprudencia internacional se ha pronunciado en torno a la condena al pago de perjuicios por daño al proyecto de vida<sup>1</sup>, también denominado pérdida de oportunidades, el cual corresponde a aquellas aspiraciones, propósitos, potencialidades y expectativas de las personas que no pueden llevarse a feliz término en razón de la afrenta a sus derechos. “

#### **DAÑO-RESPONSABLE DEL HECHO PUNIBLE TIENE LA OBLIGACION DE REPARAR O INDEMNIZAR EL DAÑO CAUSADO/ DAÑO-OBLIGACION DEL JUZGADOR PENAL RECONOCER AQUELLOS DAÑOS QUE SE PRODUCEN A LA VIDA EN RELACION Y AL PROYECTO DE VIDA/ DAÑO-SU DEMOSTRACION Y EL CONSECUENTE PERJUICIO CAUSADO CONSTITUYEN PRESUPUESTO ESENCIAL PARA LA REPARACION Y LA INDEMNIZACION**

“ Es sabido que el responsable del hecho punible está obligado a reparar o indemnizar el daño causado de acuerdo con la ley civil, específicamente atendiendo al contenido del artículo 2341 del Código Civil, que preceptúa:

*“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.*

(...)

Es de anotar que si bien el artículo 94 del Código Penal contempla solamente el deber de reparar los daños materiales y morales, no existe duda que constituye igualmente obligación del juzgador penal reconocer aquellos daños que se producen a la vida de relación y al proyecto de vida, siempre y cuando aparezcan demostrados en el proceso, toda vez que se trata de un imperativo que surge de las normas constitucionales y legales que establecen el derecho de las víctimas a obtener la reparación integral de los perjuicios causados con la conducta punible.”

<sup>1</sup> Cfr. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 27 de noviembre de 1998. Reparaciones. Caso *Loayza Tamayo* versus Perú.

(...)

“No puede perderse de vista que la demostración del daño y el consecuente perjuicio causado constituyen presupuesto esencial para la reparación y la indemnización, más aun en esta materia donde no existe presunción de configuración del daño reclamado.”

#### **RECONOCER LAS PRETENSIONES DESCONOCIDAS EN PRIMERA INSTANCIA VULNERA EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA DOBLE INSTANCIA-REITERACION DE JURISPRUDENCIA**

“La sentencia impugnada se pronunció en torno a las pretensiones de la víctima, salvo respecto de aquella relacionada con el daño al proyecto de vida.<sup>6</sup>

Así, por concepto de daño moral se reconoció tanto a Andrés Adolfo Herrera Laguna como a su progenitora, el equivalente a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, mientras que por el daño a la vida de relación, se otorgó a la víctima el equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Nada se dijo respecto de los perjuicios solicitados por el daño a la calidad de vida, motivo por el cual procede declarar la nulidad del fallo para que se revise este aspecto en particular.

Lo anterior por cuanto, como se ha sostenido en anteriores oportunidades, reconocer las pretensiones desconocidas en primera instancia “...vulneraría el principio y derecho fundamental constitucional de la doble instancia, porque lo censurado no es una decisión en uno u otro sentido, sino precisamente la ausencia de pronunciamiento...<sup>2</sup>”; por eso en dicha oportunidad la Corte aclaró que “...el Tribunal estaba, y está, obligado a valorar las pretensiones de los intervinientes y pronunciarse negativa o positivamente sobre ellas, para garantizar el derecho al debido proceso...<sup>3</sup>”.

Dicho planteamiento fue ratificado en sentencia del 12 de diciembre de 2012, radicado número 38222, en los siguientes términos:

“...La Sala pudo constatar que es cierto que en el caso del menor **Jonathan Carmona**, hubo pronunciamiento sobre las pretensiones a favor de la víctima directa (Sesión de 11 de noviembre de 2011 -00:08:06) pero no sobre las solicitadas por las víctimas indirectas; motivo por el cual se declaró la nulidad del fallo para que se revise este aspecto en particular. Esto por cuanto, como se ha sostenido en ocasiones anteriores, reconocer las pretensiones desconocidas en primera instancia “vulneraría el principio y derecho fundamental constitucional de la doble instancia, porque lo censurado no es una decisión en uno u otro sentido, sino precisamente la ausencia de pronunciamiento”; por eso en dicha oportunidad la Corte aclaró que “el Tribunal estaba, y está, obligado a valorar las pretensiones de los intervinientes y pronunciarse negativa o positivamente sobre ellas, para garantizar el derecho al debido proceso...”.<sup>4</sup>

#### **LEY DE JUSTICIA Y PAZ-APLICA PARA HECHOS SUCEDIDOS CON ANTERIORIDAD A SU VIGENCIA**

##### **“Respecto de Claudia Milena Rodríguez**

Afirma que se crearon falsas expectativas para Claudia Milena Rodríguez, pues no obstante haber concurrido a la totalidad del trámite surtido, en la sentencia impugnada no se realizó pronunciamiento en torno a las medidas de reparación

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia. 6 de junio de 2012. Radicado No 35508

<sup>3</sup> ibidem.

<sup>4</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de diciembre de 2012, radicado 38222

solicitadas y por el contrario se ordenó compulsar copias para que la justicia ordinaria adelante la investigación correspondiente.

La pretensión de la Libelista no está llamada a prosperar, por cuanto acorde con los postulados de la Ley 975 de 2005 vigente para el momento en que se emitió la sentencia, es claro que los comportamientos sujetos a su trámite eran sólo aquellos que tuvieron ocurrencia antes de la entrada en vigencia de la ley citada, y no después, como lo precisó la Corte en decisión del 24 de febrero de 2009, radicado 30999.

Lo anterior si se tiene en cuenta que el artículo 72 la ley de Justicia y Paz es precisa en el sentido de que aplica para hechos sucedidos **con anterioridad a su vigencia**, 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*”<sup>5</sup>.

La fecha en que se materializó el punible, lo fue con posterioridad al 18 de septiembre de 2005, es decir cuando ya había entrado en vigencia la Ley 975 de 2005 (25 de julio de 2005), motivo por el cual la determinación adoptada por el Tribunal Superior será confirmada.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que el artículo 36 de la Ley 1592 de 2012 modificó el mencionado artículo 72 en el sentido de indicar que “*para el caso de desmovilizados colectivos en el marco de acuerdos de paz con el Gobierno nacional, la presente ley se aplicará únicamente a hechos ocurridos con anterioridad a la fecha de su desmovilización*”, regulación que modifica el marco temporal de los hechos sometidos al trámite de la Ley de Justicia y Paz, al ampliarlo a aquellos ocurridos con anterioridad a la desmovilización del postulado.

En dicha eventualidad encaja la situación de Claudia Milena Rodríguez, si se tiene en cuenta que su reclutamiento ilícito se produjo entre el 18 de septiembre y el 23 de diciembre de 2005, mientras que la desmovilización de **Orlando Villa Zapata** tuvo lugar en esta última fecha, motivo por el cual procede modificar la sentencia impugnada en cuanto ordenó compulsar copias a la justicia ordinaria, y en su lugar disponer que las copias sean remitidas a la Unidad Nacional de Fiscalías Delegadas ante la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior, para que previó el trámite pertinente, impute y formule cargos al infractor, brindándole la oportunidad a la víctima para que sea reconocida en el respectivo proceso y a través de su representación judicial, esté en capacidad de participar y obtener las medidas reparatorias pertinentes, máxime que en esta oportunidad se está ante una sentencia parcial en contra del postulado **Orlando Villa Zapata**.”

#### **VICTIMAS DEL DELITO DE RECLUTAMIENTO ILCITO PUEDEN TENER LA DOBLE CONNOTACION DE VICTIMAS Y VICTIMARIOS-REITERACION DE JURISPRUDENCIA**

“ Se ha pronunciado la Sala en torno al tema, en la medida en que ciertamente es factible que las víctimas del delito de reclutamiento ilícito pudieran tener la doble connotación de víctimas y victimarios, debido a los delitos graves que hubiesen podido cometer siendo ya mayores de edad. Se pronunció la Sala en los siguientes términos<sup>6</sup>:

“*Por tal razón, se había venido considerando al menor combatiente, ante todo, como víctima del reclutamiento ilegal. Sin embargo, al sopesar dicha situación con los derechos de las víctimas, la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad del Parágrafo Segundo del artículo 50 de la Ley 418 de 1997, modificado por el artículo 19 de la Ley 782 de 2002, que admite*

<sup>5</sup>Corte Constitucional. Sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006.

<sup>6</sup> Auto de justicia y paz de febrero de 24 de 2010, radicado 32889.

la posibilidad de indulto a los menores participantes en actividades militares y responsables de delitos graves, en la sentencia C-203 de 2005 modificó tal forma de razonar, desde el supuesto según el cual los menores tienen la doble condición de víctimas y victimarios, y en tanto pueden ser responsables de delitos graves, su juzgamiento solo puede adelantarse a partir del cumplimiento del conjunto de derechos que acompañan su trasegar por el proceso sancionatorio, reconocido, tanto en el bloque de constitucionalidad como en la ley patria. Así lo explicó:

“¿es constitucional que a los menores de edad que han formado parte de grupos armados al margen de la ley se les procese judicialmente por motivo de los delitos que hubiesen podido cometer en el curso del conflicto armado?”

6.4. La respuesta a este interrogante es la siguiente: no se desconoce ni la Constitución Política ni el derecho internacional por la vinculación de los menores desmovilizados a procesos judiciales destinados a establecer su responsabilidad penal, pero siempre y cuando se de cumplimiento a las garantías sustanciales y procesales básicas a las que tienen derecho en su triple calidad de (i) menores de edad, (ii) víctimas del conflicto armado especialmente protegidos por el Derecho Internacional, y (iii) menores infractores de la ley penal. Estas garantías mínimas, que ya fueron reseñadas en los acápites precedentes, serán sintetizadas en el capítulo final de esta sentencia, y constituyen un catálogo de salvaguardas que deben garantizarse en todos los casos de procesamiento penal de menores combatientes.

Las razones por las cuales la Corte considera que el procesamiento jurídico-penal de estos menores no desconoce las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado colombiano, ni es incompatible con la protección especial que merecen por sus condiciones personales, siempre y cuando se respeten plenamente las garantías aludidas, son las siguientes:

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

6.4.2. La existencia y el grado de responsabilidad penal de cada menor implicado en la comisión de un delito durante el conflicto tiene que ser evaluado en forma individual, con la debida atención no sólo a su corta edad y su nivel de desarrollo psicológico, sino también a una serie de factores que incluyen (a) las circunstancias específicas de la comisión del hecho y (b) las circunstancias personales y sociales del niño o adolescente implicado, entre ellas si ha sido, a su turno, víctima de un crimen de guerra de la mayor seriedad; así mismo, en cada caso concreto deberá establecerse (c) el grado de responsabilidad que cabe atribuir a los culpables del reclutamiento del menor que impartieron las órdenes, (d) la responsabilidad de quienes, además de los reclutadores, han

<sup>7</sup> Sobre el tema de los derechos de las víctimas de delitos, se pueden consultar las sentencias C-228/02 (MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett; aclaración de voto de Jaime Araujo Rentería), C-916/02 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, adoptada por unanimidad), y C-004/03 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett; adoptada por unanimidad), entre otras.

obrado como determinadores de su conducta –entre otras, bajo la amenaza de ejecución o de castigos físicos extremos, como se mencionó en acápites precedentes-, y (e) la incidencia de estas circunstancias sobre la configuración de los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad necesarios para la existencia de un delito. También habrá de determinarse en cada caso individual (f) si es posible, por las conductas específicas y concretas del menor involucrado, que su comportamiento configure un determinado delito político a pesar de haber sido reclutado, si fuere el caso, en forma contraria a su voluntad, así como (g) la relación entre la configuración de estos delitos políticos y la posible responsabilidad penal que proceda por los delitos conexos, al igual que (h) las conductas que quedarían excluidas de su órbita, tales como la ferocidad, barbarie, terrorismo, etc. Estos son factores a los que el juzgador individual habrá de conferir la mayor trascendencia dentro de su análisis de responsabilidad. En esta medida, los procesos judiciales que se adelanten en relación con los menores combatientes, si bien deben ser respetuosos de la totalidad de las garantías que rodean el juzgamiento de menores infractores, deben además tener un carácter especialmente tutelar y protectorio de los niños o adolescentes implicados, por su condición de víctimas de la violencia política y por el status de protección especial y reforzada que les confiere el Derecho Internacional en tanto menores combatientes – carácter tutelar que hace imperativa la inclusión de este tipo de consideraciones en el proceso de determinación de la responsabilidad penal que les quepa, así como de las medidas a adoptar. Todo ello sin perjuicio de la coordinación entre las autoridades judiciales competentes y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, encargados de desarrollar el proceso de protección y reinserción social que ordena la ley.

6.4.3. Lo que es claro para la Corte, es que la exclusión al inicio y general de cualquier tipo de responsabilidad penal para los menores combatientes, con base en el argumento de su condición de sujetos pasivos del delito de reclutamiento forzoso, desconoce la realidad de la conducta de cada uno de estos niños o adolescentes en particular, y presupone que los menores combatientes no cometen hechos punibles durante el conflicto distintos al de formar parte de las filas de grupos armados ilegales y que a lo largo del conflicto no pueden llegar a decidir participar en la comisión de delitos, lo cual también descartaría su responsabilidad por la eventual comisión de delitos atroces. Su condición de víctimas de un crimen de guerra tan execrable como el del reclutamiento forzoso amerita una respuesta enérgica y decidida por parte de las autoridades, orientada a su protección y tutela y a la sanción de los responsables; pero al mismo tiempo, deben considerarse con el cuidado y detenimiento requeridos las diversas conductas punibles desarrolladas por cada uno de los menores, individualmente considerados, durante su militancia en las filas de los grupos armados ilegales y los efectos de tales conductas punibles sobre los derechos ajenos, ya que existen otros derechos implicados –los derechos de las víctimas- que no pueden ser desestimados o ignorados por las autoridades.”

*Se dice que un alto porcentaje de los combatientes en el conflicto colombiano no superan la minoridad<sup>8</sup>, lo cual adquiere dimensiones trágicas frente al futuro próximo de la superación de las hostilidades. Por tal razón la Ley 975 de 2005 en su artículo 64, para alentar a los miembros de los grupos armados al margen de la ley a entregar a sus integrantes menores de edad, dispuso que el haberlos tenido en sus filas, no constituye causal para perder los beneficios concedidos, tanto en la Ley de Justicia y Paz como en la 782 de 2002.*

<sup>8</sup> Human Right Watch en su informe titulado “Aprenderás a no llorar: niños combatientes en Colombia”, asegura que para 2003 el número de menores de edad involucrados en el conflicto armado colombiano superaba los ONCE MIL, y que por lo menos el 30 % de los integrantes de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, son también menores de edad.

Lo que debe quedar claro es que los menores deben estar por fuera del conflicto armado. En desarrollo de lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño (artículos 38 y 39), el artículo 20.6 de la Ley 1098 dispone que los niños, niñas y adolescentes, serán protegidos contra las guerras y los conflictos armados internos.”

**DELITO DE RECLUTAMIENTO ILICITO-VICTIMAS TIENEN UN TRATAMIENTO DIVERSO AL QUE ES FACTIBLE APLICAR A LOS CAUSANTES DE SU DOLOR**

De conformidad con lo anterior, es claro que las víctimas tienen un tratamiento diverso al que es factible aplicar a los causantes de su dolor.

Posteriormente, la Sala ratificó dicho criterio, en sentencia del 12 de diciembre de 2012, radicado número 38222, al expresar:

*“...Y, es claro que las víctimas tienen un tratamiento y los causantes de su dolor, otro diferente. Por tanto piden perdón los desmovilizados, y son ellos los que se vinculan con la reintegración a la vida civil. No las víctimas...”.*

...

*Por tanto no tiene ningún sentido exigir para la concreción del desembolso del pago de la reparación –del que son titulares las víctimas- el cumplimiento de una obligación condicional como la contenida en la sentencia, más aún cuando la misma está relacionada con aquello que es exigible a los desmovilizados, no a las víctimas.*

*En consecuencia, resulta imperioso revocar el condicionamiento que se impuso a las víctimas para poder recibir el pago en mención; y así se dispondrá en la parte resolutive de este proveído; y por tanto la expresión “solamente cuando la Agencia Colombiana para la Reintegración o quien haga sus veces, certifique que las víctimas directas han cumplido todo el plan de reinserción previsto en su normatividad. Esto con el fin de garantizar que las víctimas comprendan que la única forma de acceder a la riqueza es el trabajo y esfuerzo individual. En el caso de las personas que ya cumplieron el proceso de reinserción la Sala ordena entregar las sumas de dinero reconocidas a título de daño moral de manera inmediata”, será retirada del numeral sexto de la parte resolutive del fallo apelado.*

En esta oportunidad se ha de ratificar, entonces, que ningún sentido tiene exigir para el pago de que son titulares las víctimas, el cumplimiento de la obligación condicional a que se refiere la sentencia impugnada, en cuanto la misma está relacionada con aquello que es exigible a los desmovilizados, no a las víctimas.

Así las cosas, resulta imperioso revocar el condicionamiento que se impuso a las víctimas para poder recibir el pago en mención.”

**INSTANCIAS PRECLUSIVAS- EN ESTE ESCENARIO PROCESAL Y NO EN OTRO PARTES E INTERVINIENTES TIENEN LA OPORTUNIDAD DE QUE ACCEDAN A SER RECONOCIDAS, FORMULEN SUS PRETENSIONES Y ALLEGUEN LAS PRUEBAS QUE LAS DEMUESTREN**

“ Al respecto, se ha pronunciado la Sala en anteriores oportunidades, en los siguientes términos:

*“no obstante la prevalencia que debe darse a los derechos de las víctimas en el trámite de la Ley 975 del 2005 y el procedimiento especial que la ley y la jurisprudencia han habilitado, no puede dejarse de lado que, igual, existen instancias preclusivas para que partes e intervinientes accedan a ser reconocidas, formulen sus pretensiones y alleguen las pruebas que las demuestren. En esas condiciones, no resulta de buen recibo que vencidas las fases respectivas se admita la intervención de quien no acudió oportunamente, como que ello*

*equivaldría a que de manera indefinida podría acudir a retrotraer el trámite para revivir fases ya superadas”<sup>9</sup>.*

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia radicado No 35508 de 6 de junio de 2012.