

FICHA DE RELATORÍA

1. Nombre: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA
2. Juez o Tribunal: SALA DE JUSTICIA Y PAZ TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA
3. Fecha: 6 DE DICIEMBRE DEL 2013
4. Postulados: JOSÉ BALDOMERO LINARES MORENO, JOSÉ DELFÍN VILLALOBOS, JIMÉNEZ MIGUEL ÁNGEL ACHURY PEÑUELA Y RAFAEL SALGADO MERCHÁN
5. Radicación: 11-001-60-00 253-2006 80531
6. Magistrado Ponente: Eduardo Castellanos Roso

EXISTENCIA DE UN CONFLICTO ARMADO-CRITERIOS

“ Para la Sala ha resultado muy importante utilizar como instrumento de análisis la jurisprudencia nacional e internacional, pues ésta le ha permitido identificar descripciones, interpretaciones y aplicaciones de tipificaciones penales o de fenómenos delictivos que permiten la construcción o la aclaración de fenómenos propios del fenómeno violento desarrollado en Colombia. Así por ejemplo, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han sido prolifas en producir decisiones judiciales que se refieren al conflicto armado interno en Colombia¹. La Corte Constitucional, siguiendo lo señalado por el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, expresó que²:

“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.

883. La jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY) incluye la noción de conflicto armado internacional cuando menciona el uso de la fuerza armada por parte de dos o más Estados, así como la de conflicto armado no internacional en dos claros eventos: (i) cuando las fuerzas del orden de un Estado lleven un extenso periodo de lucha contra grupos armados irregulares organizados; y (ii) cuando dentro de un mismo Estado esa clase de grupos se enfrenten entre sí³. En referencia a un conflicto armado interno, ha dicho el Tribunal:

“(…) existe un conflicto armado siempre que se recurra a la fuerza armada entre los Estados o violencia armada prolongada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre tales grupos de un Estado. El derecho internacional humanitario se aplica desde el inicio de tales conflictos armados y se extiende más allá de la cesación de hostilidades hasta que se celebra un tratado de paz; o en el caso de conflictos internos, se alcanza un acuerdo pacífico⁴.”

CONFLICTO ARMADO IRREGULAR-ALCANCE

“ Según la doctrina internacional, un conflicto irregular se caracteriza por: (i) la dificultad en la distinción de las calidades

¹ Ver: Sentencias: C-251 de 2002; C-802 de 2002; C-203 de 2005; y, C-291 de 2007. Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 29753 del 27 de enero del 2010, M.P. José Leónidas Bustos Martínez.

² Corte Constitucional, Sentencia C-291 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda, 25 de abril de 2007.

³ SÁNCHEZ S., Raúl E. Formación Especializada en Investigación, Juzgamiento y Sanción de Violaciones a los Derechos Humanos e Infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Módulo “Derecho Penal Internacional”, pág. 43

⁴ Tribunal Penal Internacional de la antigua Yugoslavia, caso Tadic, decisión del 2 de octubre de 1995, segunda instancia, párr.70. Traducción no oficial de Rafael Prieto Sanjuán, “Tadic: internacionalización de conflictos internos y responsabilidad individual”, Pontificia Universidad Javeriana, Biblioteca Jurídica Díkē, Bogotá, 2005, Pág. 126.

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. “

COMBATIENTES Y NO COMBATIENTES-ALCANCE

“ En cuanto al término de “combatientes”, la Corte Constitucional ha manifestado que:

“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

REGLA DE LA PROPORCIONALIDAD EN EL 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”.⁷

ACTOS Y PRÁCTICAS PROHIBIDOS EN HOSTILIDADES INTERNAS- CONDUCTAS QUE LO CONSTITUYEN

“ En ese orden de ideas existen actos y prácticas prohibidas durante el desarrollo de un conflicto armado interno. 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

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

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

⁷ 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].

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 péfido 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 víveres, 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.⁸

**TIPO PENAL DE CONCIERTO PARA DELINQUIR-
CONCEPTO/ TIPO PENAL DE CONCIERTO PARA
DELINQUIR-PARA SU CONFIGURACION BASTA CON
PERTENECER A UN GRUPO ARMADO ORGANIZADO AL
MARGEN DE LA LEY/TIPO PENAL DE CONCIERTO PARA
DELINQUIR-SE CONSUMA EN EL MOMENTO DEL
ACUERDO DE VOLUNTADES**

“Artículo 340. Modificado por el art. 8, Ley 733 de 2002, Modificado por el art. 19, Ley 1121 de 2006. Concierto para delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000)

⁸ 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.

hasta veinte mil (20.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto o la asociación para delinquir”.

(...)

“ Sobre el delito de concierto para delinquir, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha sido consistente en establecer que la pertenencia a un grupo armado al margen de la ley, es suficiente para satisfacer

el elemento típico de este punible⁹ y además que:

(...) a) La sentencia que dentro de un proceso de justicia y paz se profiera debe identificar la actuación del desmovilizado al interior del grupo armado y del frente al que pertenecía, sus actividades, la estructura de poder interna, el modelo delictivo de ese grupo, las órdenes impartidas y los planes criminales trazados, para contextualizar los delitos por los que se condena dentro del ataque generalizado y sistemático a la población civil, tal como se precisará al momento de analizar la normativa aplicable a esta materia.

b) No es posible dictar sentencia sin que al postulado se le hayan formulado cargos por el delito de concierto para delinquir, pues aquella debe proferirse en primer lugar por esta conducta, en tanto que las demás son consecuencia de ésta.¹⁰

923. 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 ley¹¹, al respecto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sido clara en manifestar que¹²:

“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

⁹ Ver entre otras decisiones de la Corte Suprema de Justicia, la Sentencia del 28 de mayo de 2008, radicado 27.004, M.P. Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

¹⁰ CSJ, Sentencia de segunda instancia del 31 de julio de 2009, rad. 31539, M.P. Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

¹¹ 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...”).

¹² CSJ, Segunda instancia 36163 del 26 de mayo de 2011, M.P. Dr. Alfredo Gómez Quintero.

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”¹³, 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.”

DELITO DE CONCIERTO PARA DELINQUIR SUBSUME EL DELITO DE PORTE DE ARMAS DE FUEGO-REITERACION DE JURISPRUDENCIA

“ Siguiendo los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia, en los cuales afirma 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. Esta Sala procede a seguir las directrices de la Sala de Casación penal y aplicará la figura de la subsunción descrita.

“El concierto para delinquir cargado en contra de los postulados al trámite y beneficios de la Ley 975 del 2004, (sic) 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.”¹⁴

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

“ El artículo 135 del Código Penal –Ley 599 de 2000-, consagra el homicidio en persona protegida como:

“El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, ocasione la muerte de persona protegida conforme a los Convenios Internacionales sobre Derecho Humanitario

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006.

¹⁴ Segunda instancia rad. 36563 del 3 de agosto de 2011, M.P. Dr. José Luis Barceló Camacho. Posición fue ratificada por el alto Tribunal en decisión el 31 de agosto de 2011, rad. 36125 M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez.

ratificados por Colombia, incurrirá en prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años, multa de dos mil (2.000) a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años.

Parágrafo. Para los efectos de este artículo y las demás normas del presente título se entiende por personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario:

1. Los integrantes de la población civil.
2. Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa.
3. Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate.
4. El personal sanitario o religioso.
5. Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados.
6. Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga.
7. Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados.
8. Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse.”

972. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al analizar los elementos del tipo penal del artículo 135 del Código Penal, indicó que:

“...incurrir 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 entienda por personas protegidas, entre otros, “1. Los integrantes de la población”¹⁵.

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.

Para esos fines debe tenerse presente, obviamente, lo dispuesto en los diversos instrumentos internacionales sobre la materia. Así, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra consagra:

“En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no

¹⁵ Parágrafo del artículo 135 del Código Penal.

surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”.

El Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra en su artículo 1 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.”

Por su parte, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en su artículo 8(2)(f)¹⁶ establece:

“El párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y, por consiguiente, no se aplica a situaciones de disturbios y tensiones internas, como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos”.

TIPO PENAL DE DESAPARICION FORZADA- CONCEPTO/TIPO PENAL DE DESAPARICION FORZADA- EN DELITOS DE EJECUCIÓN PERMANENTE SE DEBE APLICAR LA NORMA QUE REGÍA CUANDO SE TERMINÓ DE EJECUTAR LA CONDUCTA

“ Mediante la Ley 589 de 2000, se tipificó el delito de desaparición forzada en Colombia, bajo el siguiente tenor:

“ARTICULO 268-A. Desaparición forzada. El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinticinco (25) a cuarenta (40) años, multa de quinientos (500) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.”

(...)

“ De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en delitos de ejecución permanente, como lo es la desaparición forzada, se debe aplicar la norma que regía cuando se terminó de ejecutar la conducta:

“De conformidad con lo expuesto, concluye la Sala en primer lugar, que cuando se trata de delitos permanentes iniciados en vigencia de una ley benévola pero que continúa cometiéndose bajo la égida de una ley posterior más gravosa, es ésta última la normativa aplicable, pues en tal caso no se dan los presupuestos para acoger el principio de favorabilidad, sino que opera la regla general, esto es, la ley rige para los hechos cometidos durante su vigencia.

En segundo término, si la situación es inversa, esto es, el delito permanente comienza bajo la vigencia de una ley más gravosa,

¹⁶ Define como crímenes de guerra las violaciones graves de las leyes y usos aplicables a conflictos armados no internacionales.

pero posteriormente entra a regir una legislación más benévola, también se aplicará la nueva ley conforme con la anunciada regla, en cuanto expresión de la política criminal del Estado.”¹⁷
(...)

La Sala coincide con lo expresado por los instrumentos internacionales¹⁸, la jurisprudencia⁶³² 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 desaparecido⁶³³.

TIPO PENAL DE DESPLAZAMIENTO FORZADO- CONCEPTO

“ El desplazamiento forzado se regula en nuestra legislación así:

ARTICULO 284-A. introducido al Código Penal por la ley 589 de 2000, art. 1º: “El que de manera arbitraria, mediante violencia u otros actos coactivos dirigidos contra un sector de la población, ocasione que uno o varios de sus miembros cambie el lugar de su residencia, incurrirá en prisión de quince (15) a treinta (30) años, en multa de quinientos (500) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años. No se entenderá por desplazamiento forzado, el movimiento de población que realice la fuerza pública cuando tenga por objeto la seguridad de la población, o en desarrollo de imperiosas razones militares, de acuerdo con el derecho internacional humanitario.”

TIPO PENAL DE HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO- CONCEPTO

“Artículo 349. HURTO: El que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de uno (1) a seis (6) años.

Artículo 350. HURTO CALIFICADO: La pena será de prisión de dos (2) a ocho (8) años, si el hurto se cometiere:

1. Con violencia sobre las personas o las cosas.
2. Colocando a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad o aprovechándose de tales condiciones...”

Artículo 351. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA: la pena imponible de acuerdo con los artículos anteriores se aumentará de una sexta parte a la mitad si el hecho se cometiere:

(...)

6º) Sobre vehículo automotor, unidad montada sobre ruedas o sus partes importantes o sobre objetos que se lleve en ellos;

TIPO PENAL DE TERRORISMO-CONCEPTO/TIPO PENAL DE TERRORISMO-ELEMENTOS PARA SU CONFIGURACION

“Artículo 187: El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la

¹⁷ Ver entre otras decisiones, Sentencia del 24 de junio de 2009, radicado 31401, M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez; Casación 31407 del 25 de agosto de 2010, M.P. Dra. María del Rosario González de Lemos.

¹⁸ 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.

libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años y multa de 10 a 1000 salarios mínimos legales mensuales, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con esta conducta.”

(...)

“ Respecto a los elementos normativos de la conducta punible de terrorismo, del artículo 343 precitado, la Sala de Casación Penal de la Corte ha argumentado que:

“Este delito, cuyo bien jurídico protegido es la seguridad pública, requiere para su estructuración típica que el sujeto –no cualificado- i) realice una de las conductas alternativas: provocar o mantener en zozobra o terror a la población o parte de ella, ii) lo cual debe lograr a través de actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, iii) utilizando para ese fin medios que tengan la capacidad de causar daños.

Es así como esta conducta punible instantánea, de resultado objetivo, también es de peligro real, pues demanda el empleo de esos medios potencialmente dañinos a fin de obtener la finalidad propuesta, esta es, causar pánico en la comunidad, a condición de que los actos desplegados generen peligro a las personas o bienes mencionados en el tipo”.¹⁹

PRINCIPIO DE DISTINCION EN EL DIH-CONCEPTO

“ **En virtud del principio de distinción** las partes en conflicto deben distinguir en todo momento entre la población y los agentes armados. Los ataques deben ser dirigidos únicamente en contra de los “combatientes” y no en contra de la población civil. Se hará también distinción entre los bienes civiles y los objetivos militares. Los ataques no pueden ser dirigidos contra los bienes civiles. En el lenguaje del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, “de conformidad con los principios de distinción y protección de la población civil, solamente se puede atacar lícitamente los objetivos militares”.⁶²⁴ La Asamblea General de las Naciones Unidas considera que, como principios básicos para la protección de la población civil en los conflictos armados, “las viviendas y otras instalaciones usadas sólo por poblaciones civiles no deberán ser objeto de operaciones militares”.²⁰

PRINCIPIO DE LIMITACION EN EL DIH-CONCEPTO

“ **El principio de limitación prescribe que no** es ilimitado el derecho que tienen las partes en conflicto a elegir los medios y modos de combatir contra la parte adversa. De manera que existen medios (armas) lícitos e ilícitos, y formas de emplearlos (modos) permitidos o contrarios al DIH. “

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DIH-CONCEPTO

“ **Por su parte, el principio de proporcionalidad** prohíbe las armas y los métodos que causen daños a las personas civiles y a sus bienes, con respecto a la ventaja militar concreta y directa prevista. Así, se prohíbe lanzar ataques cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, o ambas

¹⁹ Ver entre otras decisiones de la Corte Suprema de Justicia, segunda instancia 38250 del 26 de septiembre de 2012, M.P. Dr. Luis Guillermo Salazar Otero y radicado 31510 del 7 de mayo de 2010.

²⁰ AGNU, Resolución 2675 (1970), sobre Principios Básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados, adoptada por unanimidad

cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar prevista.²¹”

TIPO PENAL DE INCENDIO-CONCEPTO/ TIPO PENAL DE INCENDIO-ELEMENTOS PARA SU CONFIGURACION

“ Se define como incendio la destrucción de cosas mediante el fuego, con peligro para las personas o para la propiedad ajena. Se configura el delito porque las llamas producidas constituyen un medio poderoso de destrucción que genera peligro común o que puede ocasionar un grave perjuicio para la comunidad.

El objeto jurídico que busca proteger esta norma es la necesidad de preservar a la sociedad civil del peligro del fuego, independientemente del daño que se pueda ocasionar a una cosa mueble o inmueble. Así pues, lo que se castiga no es el daño de la cosa incendiada, sino el peligro que sufre la seguridad pública por el poder difuso del fuego. “

TIPO PENAL DE SECUESTRO SIMPLE-CONCEPTO/ TIPO PENAL DE SECUESTRO SIMPLE-FINES QUE PERSIGUE

“ Este delito consiste en la privación de la libertad mediante alguna de las formas que describe la disposición que lo tipifica, esto es, arrebatar, sustraer, retener u ocultar a la víctima; verbos empleados por el legislador para describir el tipo básico de la conducta y en los que va implícito el concepto de violencia contra la libertad individual, objeto de la tutela jurídica que consagra este precepto, así:

“**Artículo 168.** Secuestro simple. Modificado por el art. 1, Ley 733 de 2002. El que con propósitos distintos a los previstos en el artículo siguiente, arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años y en multa de seiscientos (600) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

1046. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, tanto en el delito de secuestro extorsivo, como en el de secuestro simple, se requiere de una finalidad concreta:

“en el punible de secuestro extorsivo la dirección finalística de la voluntad del agente se dirige hacia la obtención de alguno de los propósitos con el hecho que en el tipo penal se han señalado. Esto es, que a cambio de la liberación se hace una exigencia. Dicha exigencia está expresamente enunciada en el tipo penal a través de diversas alternativas y variables, en tanto que en el **secuestro simple** no es precisado el objeto que motiva la realización de la conducta, pues no se enuncia coerción particular y concreta alguna como finalidad destacada, **dejando abierta la misma a la dirección de la voluntad hacia propósitos diversos de aquellos delimitados para el modelo extorsivo del secuestro, sin que ello signifique que dicho atentado a la libertad carezca de una finalidad, sino que obedece a un cometido diferente**”²². (Negrilla fuera del texto).

TIPO PENAL DE TORTURA EN PERSONA PROTEGIDA-CONCEPTO/ TIPO PENAL DE TORTURA EN PERSONA PROTEGIDA-FINES QUE PERSIGUE

“ La tortura incluye unos elementos especiales, como es la finalidad de “**obtener de ella** (de la víctima) **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**”. (Negrilla fuera de texto). “

²¹

http://www.cruzroja.es/portal/page?_pageid=878,12647079&_dad=portal30&_schema=PORTAL30.

²² Sentencia del 11 de marzo de 2009, rad. 28.563, M.P. Dr. Alfredo Gómez Quintero.

TIPO PENAL DE DEPORTACIÓN, EXPULSIÓN, TRASLADO O DESPLAZAMIENTO FORZADO DE POBLACIÓN CIVIL

“ Esta conducta consiste en “lograr el cambio de residencia de una o varias personas de un mismo sector de la población mediante cualquier tipo de coacción”²³, de acuerdo con la tipificación penal existente.

“**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”.

TIPO PENAL DE VIOLACION DE HABITACION AJENA-CONCEPTO

El artículo 189 del Código Penal establece:

“**Artículo 189.** Violación de habitación ajena. El que se introduzca arbitraria, engañosa o clandestinamente en habitación ajena o en sus dependencias inmediatas, o que por cualquier medio indebido, escuche, observe, grabe, fotografíe o filme, aspectos de la vida domiciliaria de sus ocupantes, incurrirá en multa”.

1070. El delito de violación de habitación ajena puede definirse como la “intrusión” o permanencia en el domicilio ajeno, realizada sin motivo legítimo y contra la voluntad de quien tenga derecho para excluir de él a otras personas²⁴. De esta definición se deducen los cuatro elementos estructurales del delito: (i) introducción o permanencia arbitraria; (ii) habitación ajena; (iii) voluntad contraria del que la habita; e (iv) inexistencia de motivo legítimo²⁵.

TIPO PENAL DE HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO-CONCEPTO

“ Los artículos 239 y 240 disponen:

“**Artículo 239. HURTO:** El que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años.

Artículo 240. HURTO CALIFICADO: La pena será de prisión de tres (3) a ocho (8) años, si el hurto se cometiere:

3. Con violencia sobre las cosas.

4. Colocando a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad o aprovechándose de tales condiciones (...)

TIPO PENAL DE REPRESALIAS-CONCEPTO

“**Artículo 158.** El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, haga objeto de represalias o de actos de hostilidades a personas o bienes protegidos, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

1085. La Sala procederá a analizar brevemente la noción de represalia. En un sentido amplio, esta prohibición debe entenderse como toda forma de sanción, que menosprecia los principios mínimos de humanidad, en contra de las personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario. El artículo 4.2b del Protocolo II de 1977 consagra expresamente la prohibición de aplicar castigos contra quienes no participen directamente en las hostilidades de un conflicto armado no internacional. “

²³ APONTE Cardona, Alejandro. “El desplazamiento forzado como crimen internacional en Colombia”.

²⁴ ARBOLEDA VALLEJO, MARIO y RUIZ SALAZAR, José Armando, manual de derecho penal, parte general y especial, cuarta edición, editorial Leyer, Bogotá.

²⁵ Ibidem.

TIPO PENAL DE EXACCIONES O CONTRIBUCIONES ARBITRARIAS-CONCEPTO/ TIPO PENAL DE EXACCIONES O CONTRIBUCIONES ARBITRARIAS-ALCANCE

De los delitos de exacciones o contribuciones arbitrarias

1088. El delito de exacción o contribuciones arbitrarias se encuentra tipificado en el artículo 163 del Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000):

“El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, imponga contribuciones arbitrarias incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años y multa de quinientos (500) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

1089. Se trata de un delito, sin precedentes en la legislación y la jurisprudencia nacional e internacional, creado a partir del delito general de apropiación de bienes civiles protegidos por el derecho internacional humanitario²⁶. Del Código Penal se desprende que los elementos que definen el hecho delictivo son: (i) que la conducta se haya realizado con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado, y haya estado relacionada con él; (ii) que contenga un elemento subjetivo consistente en la imposición arbitraria de una acción, y un elemento objetivo, consistente en la acción y efecto de exigir contribuciones entendidas como: impuestos, prestaciones, multas y/o deudas; (iii) que la conducta consista en la imposición de un cobro injusto y violento a la población civil que afecta el patrimonio económico y la libertad de autodeterminación de la víctima²⁶, en virtud de las normas de derecho internacional aplicables a los conflictos armados no internacionales; (iv) que la imposición proceda con arbitrariedad, es decir que sea contraria a las leyes y dictada sólo por la voluntad o el capricho del victimario; (v) que la contribución no sea con el consentimiento de la víctima; (vi) que la conducta se haya cometido directamente, ordenada, instigada o inducida por quien haga parte de un grupo armado ilegal con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado; (vii) también cuando el victimario pudiendo impedir tales actos, no lo haga (comisión por omisión).

CRIMENES DE GUERRA-ELEMENTOS PARA SU CONFIGURACION

“En conclusión, para que una conducta activa u omisiva califique como crimen de guerra debe contener los siguientes elementos: (i) tratarse de un acto prohibido por las leyes y costumbres de la guerra según el DIH, (ii) ser cometida en el contexto de un conflicto armado, (iii) haber sido realizada por un perpetrador vinculado con una de las Partes del conflicto, (iv) haber estado dirigida en contra de una persona protegida que hubiese estado vinculada con el bando opuesto²⁷, y (v) el conflicto armado debe haber influido en la comisión del crimen a través de la habilidad del perpetrador, la forma en la que fue cometido, la decisión o el propósito del perpetrador. “

TIPO PENAL DE RECLUTAMIENTO ILCITO-CONCEPTO/ TIPO PENAL DE RECLUTAMIENTO ILCITO-ALCANCE

“**ARTICULO 162.** Reclutamiento ilícito. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de

²⁶ Cfr. Estatuto de Roma, artículo 8, 2,a), iv). Cfr. El Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907, en su artículo 48 establece: “Si el ocupante recauda en el territorio ocupado los impuestos, derechos y peajes establecidos en beneficio del Estado, lo hará, en cuanto sea posible, con arreglo a la tasa y distribución de impuestos en vigencia, resultando para él la obligación de proveer a los gastos administrativos del territorio ocupado en la medida que el Gobierno legal estaba obligado a ello.”

²⁷ Fendrick, W.J. “Crimes in combat: the relationship between crimes against humanity and war crimes”, Guest Lecture Series of the Office of the Prosecutor, ICC-OTP and individual authors 2004, The Hague, 5 March 2004, p.2.

seis (6) a diez (10) años y multa de seiscientos (600) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

(...)

Frente al delito de reclutamiento ilícito de niños, niñas y adolescentes (NNA), la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que:

“La participación de menores de edad en los conflictos armados es una de las mayores vergüenzas de la humanidad en tanto en ella se aprecia la trasgresión del principio ético del hombre como auto fin en sí mismo, y se proyecta como en ningún otro caso con tanta intensidad, la utilización del hombre como medio al servicio de los intereses de otros; con la gravedad de que se usa a personas que aún no han alcanzado el desarrollo necesario para poder decidir con la madurez y juicio reflexivo aconsejables en la determinación de vincularse a un grupo armado.

(...)

“Los menores de dieciocho (18) años de edad no serán incorporados a filas para la prestación del servicio militar. A los estudiantes de undécimo grado, menores de edad que, conforme a la Ley 48 de 1993, resultaren elegidos para prestar dicho servicio, se les aplazará su incorporación a las filas hasta el cumplimiento de la referida edad.”

Los menores de dieciocho años ciertamente no pueden hacer parte del conflicto armado porque tal situación constituye un atentado contra el menor, contra la institución de la familia, contra la cultura, contra la sociedad, por no mencionar lo más evidente, contra la libertad y la vida.

Su reclutamiento conduce a la desaparición de los futuros agricultores y al nacimiento de guerreros baratos, apasionados y no deliberantes, para quienes la única normalidad es la obediencia y la guerra; pero además, interrumpe la evolución cultural y económica del entorno social, sustituye la esperanza del bienestar colectivo por la convicción de que la intervención violenta facilita el cumplimiento de objetivos estratégicos de la máquina de muerte a la que sirven, también alienta la opción de la guerra como alternativa laboral posible para otros niños que enfrentan su evolución psicológica a la rebeldía de su orden, sustituye la inocencia por la sed de muerte, les roba sus sueños, acalla al campo, a la familia y a la sociedad en un mismo silencio, ya que la alegría y la felicidad huyen del tableteo de metralla.”²⁸

AUTORIA-CONCEPTO

“ Es autor quien realiza por sí mismo el hecho punible²⁹. 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 representado³⁰. “

COAUTORIA-CONCEPTO/COAUTORIA-REQUISITOS PARA SU CONFIGURACION

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 24 de febrero de 2010, M.P. José Leonidas Bustos, radicado 32889.

²⁹ PÉREZ, Luis 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.

³⁰ ARBOLEDA Vallejo, Mario, Manual de Derecho Penal, partes general y especial, Editorial Leyer, págs. 168 y ss.

El inciso 2º del artículo 29 de la Ley 599 de 2000, establece que la autoría es aquella figura en la que los sujetos activos de la conducta, “mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”. Tradicionalmente se han contemplado dos figuras, la primera la coautoría propia, que se presenta cuando convergen varios sujetos en la ejecución del tipo, pero se considera que cada una de las acciones individuales fue suficiente para producir por sí sola el resultado:

“Son coautores aquellos autores materiales o intelectuales que conjuntamente realizan un mismo hecho punible, ya sea porque cada uno de ellos ejecuta simultáneamente con los otros o con inmediata sucesividad idéntica conducta típica (Pedro, Juan y Diego hacen sendos disparos de revólver sobre Juan y lo matan)”³¹.

1313. La segunda, es la coautoría impropia, que resulta cuando concurren los siguientes elementos: (i) una decisión común al hecho, (ii) una división o repartición de funciones; y (iii) una contribución trascendente en la fase ejecutiva del injusto.

1314. Una de las diferencias radica en que la coautoría propia es predicable del principio de necesidad, propio de las teorías de la participación de corte objetivo-material, según la cual es autor (o, en el evento de una pluralidad de sujetos agentes, coautor) quien realiza una aportación imprescindible y causal al resultado típico, sin la que éste jamás se hubiera podido concretar³².

1315. Respecto de la coautoría impropia o funcional, lo que impera es el principio de la imputación recíproca, según el cual:

“[...] cuando existe una resolución común al hecho, lo que haga cada uno de los coautores es extensible a todos los demás, sin perjuicio de que las otras contribuciones individualmente consideradas sean o no por sí solas constitutivas de delito”³³

DETERMINADOR-CONCEPTO

“ Según se establece en el artículo 30 del Código Penal de 2000, determinador es aquel que determina o instiga a otro a realizar la conducta punible concreta, sin que tenga el dominio del hecho. En la instigación “se establece una relación persona a persona a partir de una orden, consejo, acuerdo de voluntades, mandato o coacción superable entre el determinador y el determinado (autor material), dado que ambos conocen de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del comportamiento realizado, pero sólo éste tiene dominio del hecho, motivo por el cual, también ambos responden penalmente de la conducta hasta la fase en que se haya cometido”³⁴. Para que una conducta punible pueda ser imputable bajo esta forma de participación criminal se requiere satisfacer cinco requisitos³⁵: (i) es necesario que exista un vínculo entre el hecho principal y la acción del inductor, es decir, la realización del delito debe ser consecuencia directa de

³¹ Sentencia de 24 de abril de 2003, radicación 17618, citando a la decisión de 9 de septiembre de 1980. En el mismo sentido, sentencias de 8 de septiembre de 2007, radicación 25974, 8 de noviembre de 2007, radicación 17618, 23 de marzo de 2009, radicación 29418, y 8 de julio de 2009, radicación 31085, entre otras.

³² Cf. Roxin, Claus, Autoría y dominio del hecho en materia penal, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 58-61.

³³ Sentencia de 2 de julio de 2008, radicación 23438. En el mismo sentido, sentencia de 18 de marzo de 2009, radicación 26631

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del nueve (9) de marzo de dos mil seis. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinoza Pérez. Proceso 22327. En el mismo sentido véase: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del siete (7) de marzo de dos mil siete. Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz. Casación 23825.

³⁵ VELÁSQUEZ VELÁZQUEZ, Fernando. (2007). Manual de derecho penal, parte general. 3era Edición. Bogotá: Comlibros. Pág. 443 y ss.

la acción del inductor; (ii) el inductor debe actuar con dolo; (iii) la acción del inductor debe ocasionar la resolución de cometer el hecho en el autor principal (no se puede determinar a quien ya está decidido a cometer el delito); (iv) el hecho al que se induce debe consumarse o alcanzarse, al menos, el grado de tentativa punible; y (v) el instigador debe carecer del dominio del hecho.

1323. Cuando se hace referencia a la determinación se habla de un agente que tiene la capacidad para proferir una orden vinculante, como recuerda ROXIN, “el inductor debe tomar contacto con el potencial autor; captarlo para su plan y, dado el caso, vencer sus resistencias; el que da órdenes en la jerarquía de un aparato de poder se evita todo eso”³⁶

AUTORIA MEDIATA-CONCEPTO

“ La doctrina asevera que “autor mediato es quien se sirve de otro como “instrumento” para la ejecución de la acción típica.”³⁷ En ese sentido, para que pueda predicarse la existencia de esta figura, el instrumento debe ser “irresponsable del hecho que ejecuta”³⁸ y “actuar en una causal de atipicidad o de justificación y, excepcionalmente, de inculpabilidad”³⁹. Ello se desprende del “principio de responsabilidad”, según el cual si el ordenamiento jurídico permite la condena del supuesto “instrumento” por la conducta cometida, entonces el presunto hombre de atrás

en realidad es un determinante de la conducta, mientras que si el “instrumento” es absuelto por el ordenamiento, por considerarse que no es responsable del delito perpetrado, el presunto hombre de atrás sí lo es, pues se comprueba que era “titular del dominio de la voluntad” al momento de la comisión del acto y sólo será condenado éste en calidad de autor mediato⁴⁰.”

AUTORIA MEDIATA EN APARATOS ORGANIZADOS DE PODER-CONCEPTO/ AUTORIA MEDIATA EN APARATOS ORGANIZADOS DE PODER-ELEMENTOS PARA SU CONFIGURACION

“ 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 órdenes”⁴¹.

1329. 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

³⁶ ROXIN, Claus (1998b): —Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. En: Revista penal, N° 2. Madrid: La ley. (Trad. Enrique Anarte) Pág. 64.

³⁷ SUÁREZ SÁNCHEZ Alberto. Autoría. 3ª edición, Ed. Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2007. Pág. 275

³⁸ ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Pág. 170, citado en SUÁREZ SÁNCHEZ Alberto. Autoría. 3ª edición, Ed. Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2007. Pág. 278. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

³⁹ VELÁSQUEZ Velásquez, Fernando. Manual de Derecho Penal, Parte General. Ed. Librería Jurídica COMLIBROS, Medellín, Colombia, 2007. Pág. 440 (Negrilla y subrayado fuera de texto)

⁴⁰ ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Pág. 170, citado en SUÁREZ SÁNCHEZ Alberto. Autoría. 3ª edición, Ed. Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2007. Pág. 278. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

⁴¹ ROXIN, Claus, Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada, en: Revista penal, N° 2. Madrid: La ley. (Trad. Enrique Anarte) Pág. 64.

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. “

(...)

“ De acuerdo con la teoría del Roxin⁴² 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**, es decir, 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 apegara 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”⁴³. 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”⁴⁴; 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.

⁴² ROXIN, Claus, Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. En: Revista penal, N° 2. Madrid: La ley. (Trad. Enrique Anarte) Pág. 64.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Ibidem.

1333. Según lo expuesto por Roxin, en el caso de estructuras organizadas de poder que cuentan con varios niveles de mando, todo aquel que en el marco de la jerarquía transmite la orden específica o genérica de perpetrar el delito con mando autónomo debe ser considerado como autor mediato. De este modo, puede afirmarse que existe una escala gradual de dominio que permite ampliar el círculo de autores mediatos más allá de quien da originalmente la orden, pudiendo presentarse distintas formas de autoría, una detrás de la otra. En el mismo sentido, y es uno de los aspectos más relevantes de la teoría, el alejamiento del hecho se compensa por la medida del dominio organizativo de los hombres de atrás, que va aumentando según se asciende en la escala jerárquica del aparato⁴⁵.

1334. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que cuando se trata de delitos cometidos por grupos paramilitares, la responsabilidad de sus mandos superiores se podrá determinar de acuerdo con la prueba y podrá declararse a título de autor⁸⁵¹ o de partícipe⁸⁵² según las particularidades de cada caso⁸⁵³, supuestos que en todo caso no impiden la imputación del concierto para delinquir y los delitos ejecutados en desarrollo de lo acordado”.

⁴⁵ Véase sentencia contra ALBERTO FUJIMORI en la cual: (i) para atribuir la realización de un hecho delictivo por dominio de organización no se necesita probar el dominio del hecho concreto, esto es, el control del curso causal del delito cometido (por ejemplo el control directo sobre el desplazamiento o desaparición forzada de personas), sino demostrar el control de la fuente del riesgo, es decir, el aparato de poder; (ii) no se necesita probar la orden directa de cometer los delitos concretos, dado que quien está en la cabeza de la cadena también puede ser imputado por la omisión de controlar el aparato de poder pudiendo y debiendo hacerlo. Y, (iii) tampoco se necesita probar que el hombre de atrás quiso que los actos ilícitos se realizaran, porque basta con demostrar que el dirigente conocía el aparato de poder organizado y sus actividades ilícitas y decidió que continuara con ellas (Véase Corte Suprema de la República de Perú, Sala Penal Especial, expediente N° AV 19- 2001, sentencia de 7 de abril de 2009, hechos de Barrios Altos, La Cantuta y sótanos SIE). Los anteriores fundamentos fueron confirmados en el fallo de segunda instancia (Ver Corte Suprema de la República de Perú, Sala Primera Penal Transitoria, expediente N° AV 19-01-2009, sentencia de 30 de diciembre de 2009).

