

Ficha de relatoría

1. Nombre: SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA-JUSTICIA Y PAZ
 2. Juez o Tribunal: SALA DE JUSTICIA Y PAZ-TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA
 3. Fecha: 1 DE SEPTIEMBRE DEL 2014
 4. Número del proceso: 11001-22-52000-2014-00019-00
 5. Identificación de las partes: Fiscal Unidad Nacional de Justicia y Paz
 Postulados: Luís Eduardo Cifuentes Galindo, Narciso Fajardo Marroquín, Carlos Iván Ortiz, Raúl Rojas Triana, José Absalón Zamudio Vega
 6. Magistrado ponente: Dr. Eduardo Castellanos Roso

SELECCIÓN Y PRIORIZACION DE CASOS DENTRO DEL MARCO DEL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ-ALCANCE/ SELECCIÓN Y PRIORIZACION DE CASOS DENTRO DEL MARCO DEL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ-NO CONSISTE SIMPLEMENTE EN LA REUNION DE CASOS SINO QUE IMPLICA LA CONSTRUCCION DE MACRO PROCESOS

“ Para tratar los temas de judicialización de las conductas delictivas cometidas por los desmovilizados que acuden al proceso de Justicia y Paz, la Ley 975 de 2005 traía una serie de herramientas de orden transicional que se encontraban descritas en su articulado y a lo largo de sus decretos reglamentarios, sin embargo, la Ley 1592 de 2012 introdujo cambios en la forma de abordar los casos para hacer el proceso más efectivo y ágil, entre ellos cabe destacar:

“Artículo 1. Modifíquese el artículo 2° de la Ley 975 de 2005 el cual quedará así:

Artículo 2°. Ámbito de la ley, interpretación y aplicación normativa. La presente ley regula lo concerniente a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales de las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional, aplicando criterios de priorización en la investigación y el juzgamiento de esas conductas.” (Subrayado fuera de texto).

Artículo 10. Modifíquese el artículo 15 de la Ley 975 de 2005, el cual quedará así: Artículo 15. Esclarecimiento de la verdad. Dentro del procedimiento que establece la presente ley los servidores públicos dispondrán lo necesario para que se asegure el esclarecimiento de la verdad sobre el patrón de macro-criminalidad en el accionar de los grupos armados organizados al margen de la ley y se pueda **develar los contextos, las causas y los motivos del mismo**. (Subrayado fuera de texto).

La investigación se surtirá conforme a los criterios de priorización que determine el Fiscal General de la Nación en desarrollo del artículo 16A de la presente ley. En todo caso, se garantizará el derecho de defensa de los procesados y la participación efectiva de las víctimas.

La información que surja de los procesos de Justicia y Paz deberá ser tenida en cuenta en las investigaciones que busquen esclarecer las redes de apoyo y financiación de los grupos armados organizados al margen de la ley.

Artículo 13. La Ley 975 de 2005 tendrá un nuevo artículo 16A del siguiente tenor:

Artículo 16A. Criterios de priorización de casos. Con el fin de garantizar los derechos de las víctimas, el Fiscal General de la Nación determinará los criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal que tendrán carácter vinculante y serán de público conocimiento.

Los criterios de priorización estarán dirigidos a esclarecer el patrón de macro criminalidad en el accionar de los grupos armados organizados al margen de la ley y a develar los contextos, las causas y los motivos del mismo, concentrando los esfuerzos de investigación en los máximos responsables. Para estos efectos, la Fiscalía General de la Nación adoptará mediante resolución el “Plan Integral de Investigación Priorizada”. (Subrayado fuera de texto).

897. Se tiene entonces que la Ley 1592 de 2012 introduce para el sistema de Justicia y Paz unas obligaciones específicas a cargo de la Fiscalía, que implican que a las conductas criminales que van a ser investigadas y judicializadas se les aplicarán criterios de priorización. Igualmente, que la Fiscalía

deberá develar el patrón de macro-criminalidad de las acciones delictivas cometidas por los grupos armados organizados al margen de la ley, en el cual se deben reconstruir los contextos, las causas y los motivos del patrón referido. Finalmente, llama la atención para que los esfuerzos de investigación se concentren sobre los máximos responsables.

898. Para regular lo concerniente al proceso de selección y priorización de hechos, en cumplimiento del mandato contenido en el acto legislativo 1 del 31 de julio de 2012, así como para establecer los lineamientos de construcción de patrones de macro criminalidad, la Fiscalía emitió la Directiva 001 de 2012¹, que presenta la forma como el Ente Fiscal re-direccionó su trabajo en el marco de Justicia y Paz. “

(...)

915. **El sistema planteado por el Acto Legislativo no consiste en la simple reunión de casos, sino que implica la construcción de macro-procesos** en torno a una serie de elementos comunes determinados por factores relacionados con la **gravedad y la representatividad** tales como el lugar, el tiempo, la forma de comisión, los sujetos pasivos o grupos sociales afectados, los sujetos activos, la escala de comisión o la evidencia disponible. En virtud de esta situación **se puede erigir un proceso por una determinada modalidad de delito que sea cometido en una región concreta de Colombia, durante un tiempo determinado, por un grupo de personas y contra un sector específico de la población**, el cual sea a su vez representativo de los que tengan las mismas características o una estrategia que sea representativa de la comisión del delito en varias regiones del país.

916. Esta forma de investigación permite la revelación de las estructuras de macro-criminalidad y facilita la construcción de verdades individuales y colectivas que van más allá de casos aislados y que permiten determinar las causas de la violencia, favoreciendo el proceso de justicia transicional. En este sentido, **se pretende obtener la identificación de los patrones de violencia**, el grado de victimización, el efecto para una posible disuasión y reconciliación y la obtención de la verdad. Los criterios de representatividad y gravedad fueron incluidos en el primer debate en la segunda vuelta en el Senado de la República con la siguiente motivación: “En tercer lugar, el inciso establece que “los criterios de selección deberán tener en cuenta la gravedad y representatividad de los casos”. Proponemos añadir esta frase con el fin de incluir constitucionalmente una limitación al ejercicio del legislador, en el sentido de que la gravedad y representatividad de los casos deben necesariamente ser considerados como criterios al momento de debatir la Ley Estatutaria que regule los criterios de selección. Esto permite dar mayor claridad al tipo de criterios que está autorizando el constituyente derivado”.

INVESTIGACIONES DE LOS CRIMENES DE SISTEMA-ALCANCE

¹ Ver: Directiva 001 de 2012, Fiscalía General de la Nación, en: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Directiva-N%C2%B0-0001-del-4-de-octubre-de-2012.pdf>, consultada el 2 de junio de 2014.

“ Igualmente, la ONU ha manifestado que en las investigaciones de crímenes de sistema, se deben aplicar herramientas que permitan: (i) describir los crímenes de la manera más detallada posible; (ii) identificar los patrones, las políticas y las estrategias que llevaron a cometer los crímenes; y, (iii) establecer las circunstancias del acto criminal². Dicho de otra forma, los esfuerzos institucionales de enjuiciamiento de crímenes de guerra, de lesa humanidad y de genocidios apuntan a superar el enfoque del crimen aislado, establecer las circunstancias del acto criminal y los patrones sistemáticos, y descubrir los nexos entre los crímenes y aquellos que los ordenaron o permitieron que se cometieran.

923. Sobre los patrones sistemáticos en crímenes del sistema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró en el caso Radilla-Pacheco, que:

(...) las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la comisión de graves violaciones de los derechos humanos en el presente caso y el contexto en que ocurrieron, tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en los mismos, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación.³

924. En el caso del Campo Algodonero, la Corte Interamericana consideró que “ciertas líneas de investigación, cuando eluden el análisis de los patrones sistemáticos en los que se enmarcan cierto tipo de violaciones a los derechos humanos, pueden generar ineficacia en las investigaciones”⁴.

925. Igualmente en la sentencia contra Colombia en el caso por el homicidio del Senador Manuel Cepeda manifestó la Corte IDH que:

“149. Tal como fue indicado (supra párrs. 116 a 122), la debida diligencia en las investigaciones implicaba tomar en cuenta los patrones de actuación de la compleja estructura de personas que cometió la ejecución extrajudicial, ya que esta estructura permanece con posterioridad a la comisión del crimen y, precisamente para procurar su impunidad, opera utilizando amenazas para causar temor en quienes investigan y en quienes podrían ser testigos o tener un interés en la búsqueda de la verdad, como es el caso de los familiares de las víctimas”⁵.

926. En el caso de la llamada “masacre de La Rochela”, la Corte IDH manifestó en torno al proceso de investigación que:

“156. El eje central del análisis de la efectividad de los procesos en este caso es el cumplimiento de la obligación de investigar con debida diligencia. Según esta obligación, el órgano que investiga una violación de derechos humanos debe utilizar todos los medios disponibles para llevar a cabo, dentro de un plazo razonable, todas aquellas actuaciones y averiguaciones que sean necesarias con el fin de intentar obtener el resultado que se persigue⁶. Esta obligación de debida diligencia, adquiere particular intensidad e importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados⁷. En este sentido, tienen que adoptarse todas las medidas necesarias para visibilizar los patrones sistemáticos

que permitieron la comisión de graves violaciones de los derechos humanos.

(...)

158. Una debida diligencia en los procesos por los hechos del presente caso exigía que éstos fueran conducidos tomando en cuenta la complejidad de los hechos, el contexto en que ocurrieron⁸ y los patrones que explican su comisión, evitando omisiones en la recabación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación. En consecuencia, las autoridades judiciales debían tomar en cuenta los factores indicados en el párrafo anterior, que denotan una compleja estructura de personas involucradas en el planeamiento y ejecución del crimen, en la cual convergen tanto la participación directa de muchas personas como el apoyo o colaboración de otras, incluyendo a agentes estatales, estructura de personas que existe antes del crimen y permanece después de su ejecución, dado que comparten objetivos comunes.”⁹

(...)

“ 987. En los párrafos precedentes la Sala ha hecho un recorrido por la forma en que se han establecido reglas para tratar el tema de la selección, priorización de casos y construcción de patrones criminales. Ha señalado la doctrina y los diversos instrumentos revisados que tal metodología se aplica para crímenes de sistema, específicamente en el caso de delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio. Se ha indicado que se tratan los crímenes de sistema, porque son masivos o generalizados o sistemáticos. Lo anterior no significa que los organismos de investigación judicial deban demostrar que todos los actos de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra hayan sido cometidos por una organización o con arreglo a una estrategia¹⁰.

988. No hay duda para ésta Sala que los crímenes cometidos por las ABC encuadran en patrones de graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos; se trata entonces de crímenes de sistema cometidos con patrones sistemáticos¹¹. Tampoco tiene duda la Sala, en que una de las obligaciones de la Fiscalía y de los Tribunales de Justicia y Paz en Colombia es develar las estructuras criminales de los grupos paramilitares en Colombia, pues se busca que el país no permita más la impunidad y un legado de abusos de los derechos humanos.

⁸ Cfr. Caso de las Hermanas Serrano Cruz, supra nota 145, párr. 88 y 105.

⁹ Caso de la masacre de La Rochela Vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 11 de mayo de 2007.

¹⁰ El concepto «crimen del sistema» fue utilizado por primera vez por el jurista neerlandés B.V.A. Röling, quien fue magistrado en el Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente (Tribunal de Tokio) después de la segunda guerra mundial. Los primeros casos de crímenes de sistema están documentados en: Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10, Nuremberg, October 1946-April 1949 (Washington D.C., United States Government Printing Office, 1949).

¹¹ Hay consenso internacional en considerar que los crímenes del sistema generalmente son de una escala tal que requieren de un nivel de organización para ser cometidos. Lo anterior no significa que los organismos de investigación judicial deban demostrar que todos los actos de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra hayan sido cometidos por una organización o con arreglo a una estrategia. En muchos casos, esa organización es el aparato del Estado. El concepto «crimen del sistema» fue utilizado por primera vez por el jurista neerlandés B.V.A. Röling, quien fue magistrado en el Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente (Tribunal de Tokio) después de la segunda guerra mundial. Los primeros casos de crímenes de sistema están documentados en: Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10, Nuremberg, October 1946-April 1949 (Washington D.C., United States Government Printing Office, 1949).

² Ibíd. Página 14.

³ Caso Radilla-Pacheco. vs. México. Corte IDH. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr 333.

⁴ Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Corte IDH. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 236.

⁵ Caso Manuel Cepeda Vargas Vs Colombia, Corte IDH, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de mayo de 2010.

⁶ Cfr. Caso Gómez Palomino, supra nota 119, párr. 80; y Caso de las Hermanas Serrano Cruz. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 83.

⁷ Cfr. Caso La Cantuta, supra nota 8, párr. 157; Caso Goiburú y otros, supra nota 11, párr. 84; y Caso Almonacid Arellano y otros, supra nota 16, párrs. 99 y 111.

Sin embargo, lo anterior no significa que las conductas delictivas incluidas en los patrones criminales presentados por la Fiscalía están encuadrados de forma unívoca en los mismos. Es decir, la Sala al hacer una revisión de cada uno de los hechos seleccionados y priorizados por la Fiscalía encontró que no todos caben dentro del patrón criminal propuesto por la Fiscalía, pues no eran congruentes con las prácticas, los móviles o fines propuestos por la Fiscalía General de la Nación. 989. En ese sentido, el campo de la investigación y juzgamiento de los crímenes de sistema está constituido por las relaciones entre derecho, política y sociedad. Esto significa que el papel de los operadores de Justicia consiste en entender cómo funciona el derecho, sus efectos políticos, culturales, históricos y sociales en un contexto determinado, y sus potencialidades y limitaciones para comprender la atrocidad masiva, prevenir su ocurrencia y, allí donde fue incontenible, garantizar su no repetición.

990. La Sala, coadyuvada por la Fiscalía, ha hecho un esfuerzo por construir contextos socio políticos, que le permitan conectar las situaciones particulares de una región (historia, geografía, política, desarrollo social, ambiental, etc.), que permitan al Tribunal legalizar cierto tipo de delitos conectados con su contexto.

991. El Tribunal ha sido consciente de que la Ley 975 de 2005 debe satisfacer más exigencias que la justicia ordinaria. Así, por ejemplo, siguiendo los estándares de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el proceso de Justicia y Paz debe tener en cuenta para analizar las conductas delictivas: (i) las prácticas particulares de los GAOML que actuaron y actúan en el marco del conflicto armado; la “formación” o entrenamiento de las estructuras armadas ilegales, estructura de mando, logística, sistemas de comunicación, municiones, abastecimiento y los procedimientos disciplinarios pueden ser pertinentes a la hora de realizar las investigaciones; (ii) el contexto socio-histórico de los hechos; éste tiene particular importancia cuando existe una hipótesis razonable que indica que las autoridades conocieron, toleraron, auxiliaron o instigaron los crímenes; (iii) el contexto local y las dinámicas de la violencia, pues los crímenes de sistema generalmente transcurren dentro del contexto de una amenaza real o aparente al orden político establecido, tales como la oposición política o la resistencia armada; (iv) el análisis de la información documental, tanto pública como reservada; (v) la reconstrucción de la base criminal (o de los elementos fácticos del delito); y (vi) las versiones de las víctimas de los hechos, sus memorias y reclamos¹².

992. En el transcurso del proceso de Justicia y Paz la Sala ha podido comprobar que en la comisión de crímenes de sistema ocurridos en el contexto colombiano han estado involucrados cientos o miles de personas, y que es difícil procesar a todos los autores y partícipes de este tipo de crímenes. Este es uno de los grandes dilemas de los procesos penales implementados en escenarios de transición, como el de la Ley 975 de 2005¹³. En ese escenario es que tiene cabida la posibilidad de utilizar figuras como la judicialización de máximos responsables, sin que ello signifique que las víctimas de los GAOML sean excluidas de cualquier mecanismo de reparación integral. Es precisamente por esto que la Sala ha reconocido que este proceso penal transicional debe ser complementado con otras herramientas o instrumentos como

¹² Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. “Iniciativas de persecución penal.” En: REED, Michael. Ed. Judicialización de crímenes de sistema. Centro Internacional de Justicia Transicional, Fondo Global para la Paz y la Seguridad del Ministerio de Relaciones Exteriores y de Comercio Internacional de Canadá. 2008 pp. 13-77

¹³ Sobre el concepto de impunidad y sus efectos sociales en un Estado y especialmente la relación de este con los ciudadanos ver: CABRERA PEREZ- ARMIÑAN, María Luisa. Violencia e impunidad en comunidades mayas de Guatemala. La masacre de Xamán desde una perspectiva psicosocial. Equipo de estudios Comunitarios y Acción Psicosocial, Guatemala, 2006.

las comisiones de la verdad o los grupos o centros de memoria histórica, los cuales coadyuvan en la reconstrucción de la verdad dentro de contextos tan politizados y complejos como el colombiano.

993. Aunque la Sala considera apropiado utilizar la priorización y la construcción de patrones de criminalidad para tratar las conductas delictivas desarrolladas por los GAOML, también es consciente de las limitaciones que se derivan de la utilización de estas figuras a la hora de analizar la responsabilidad de los miembros de estas estructuras armadas ilegales. “

PATRON- ELEMENTOS QUE LA DEFINEN DESDE LAS DISCIPLINAS DE LA ECONOMÍA, CIENCIA POLÍTICA Y SOCIOLOGÍA

Disciplina	Definición conceptual de patrón	Metodología utilizada
Economía	Es un conjunto de variables asociadas significativamente	Correlaciones estadísticas „h Regresiones econométricas (en especial, técnicas de regresión multivariadas)
Ciencia política	Es una regularidad comportamental que debe ser de fácil reconocimiento y de aparición frecuente bajo circunstancias determinadas.	Estudios de casos comparados (Teoría Conjuntos Difusos) „h Historiografía „h Métodos estadísticos (inferenciales)
Sociología	Es la coordinación de los roles que asumen los individuos dentro de estructuras sociales políticas o económicas. La coordinación está mediada por códigos de lenguaje y reglas organizacionales.	Etnografía „h Estudios de caso a profundidad (entrevistas y grupos focales)

950. Aunque la economía, la ciencia política y la sociología acentúan su atención en ciertos elementos constitutivos de un “patrón”, la Sala, en aras de recomendar el uso de enfoques interdisciplinarios para complementar la jurisprudencia nacional e internacional en materia de juzgamiento de crímenes de sistema, recomienda que para identificar y analizar la existencia de un patrón de comportamiento, es necesario tener en cuenta los siguientes elementos:

- Un patrón debe ser de fácil reconocimiento, lo que significa, que debe contar con las fuentes de información y las herramientas de procesamiento de datos que permitan verificar empíricamente su existencia.
- Un patrón debe identificar las diferentes circunstancias de tiempo, modo y lugar en el que se presenta. Esto implica abordar perspectivas multicausales en el análisis de los comportamientos

criminales de las estructuras armadas que se acogen a los beneficios de la justicia transicional.

c. Un patrón debe operar a nivel de estructuras sociales, políticas y económicas, y no a nivel de individuos aislados. Esto presupone por ejemplo, que la identificación de patrones de comportamiento criminal, deben enfocar su atención tanto en los roles de cada grupo social que es victimizado dentro de un contexto de conflicto armado, así como las lógicas de violencia a nivel del grupo armado ilegal. Esto significa que la unidad de análisis de los patrones de criminalidad no debe ser la víctima en su manera singular sino la víctima dentro de un contexto de relaciones sociales, políticas y económicas. Igualmente, esto significa que se debe analizar la interacción de los diferentes comandantes y patrulleros bajo ciertos códigos de lenguaje y reglas organizacionales, y no analizar su accionar de manera aislada¹⁴.

d. Para la identificación de patrones, se deben utilizar diferentes herramientas cualitativas (entrevistas, grupos focales con víctimas y victimarios, fuentes documentales) y cuantitativas (análisis estadístico de datos, correlaciones, regresiones, etc.) de análisis para probar y sustentar su existencia¹⁵.

PATRÓN DE MACRO CRIMINALIDAD-NO SE DEBE CONSTRUIR A TRAVÉS DE TIPOS PENALES

“ La Fiscalía 21 redujo el concepto de patrón criminal y lo limitó a tipos penales. Un patrón, como lo indicó la misma Directiva 001 de 2012, es un conjunto de actividades criminales, prácticas y modos de actuación criminal que se desarrollan de manera repetida en un determinado territorio y durante un período de tiempo determinado, de los cuales se pueden deducir los elementos esenciales de las políticas y planes implementados por un GOML; sin embargo, en la presentación realizada, se encuadraron las actividades, prácticas y modos de actuación criminal dentro de un tipo penal específico como la desaparición forzada, el Homicidio, el Reclutamiento, etc. Reducir los elementos que podrían dar cuenta de un patrón criminal a un delito impide construir un concepto integral y no cumple con la finalidad de identificación de variables y elementos descritos en los documentos de la Fiscalía y del Decreto 3011 de 2013.”

(...)

Metodológicamente la Fiscalía agrupa delitos o hechos criminales, pero no analiza los elementos que constituyen un patrón criminal. La Fiscalía asumió que todos los homicidios, todas las desapariciones forzadas y los desplazamientos forzados ocurren de la misma manera, por los mismos modus operandi y responden a unas prácticas particulares.

La Fiscal y su grupo de técnicos sumaron hechos criminales teniendo en cuenta el tipo penal, utilizaron las mismas variables para cada uno de los delitos identificados, pero no analizaron de forma independiente los elementos del patrón criminal que pudiera conducir a la realización de delitos y la conexidad o el concurso entre estos. En consecuencia, sólo se analizan delitos y no los elementos que pueden constituir un patrón criminal.”

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-CONCEPTO/ DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-SE APLICA A LOS CONFLICTOS ARMADOS NACIONALES E

¹⁴ En este punto, la Sala se aleja de algunas de las posturas del “positivismo jurídico” que indican que las disfuncionalidades cerebrales determinan los patrones de comportamiento criminal de los asesinos. Por ejemplo, esta postura es defendida por: Raine, Adrian (1993), “The psychopathology of crime: criminal behavior as clinical disorder”, Elsevier Academic Press.

¹⁵ En este punto, la Sala está completamente de acuerdo con el artículo 17 del Decreto No. 3011 del 26 de diciembre de 2013, “por el cual se reglamentan las leyes 975 de 2005, 1448 de 2011 y 1592 de 2012”; que sostiene en los numerales seis y siete, que se deben tener en cuenta como elementos para la identificación de patrón de macro criminalidad, “la dimensión cualitativa de los casos” y la 2dimensión cuantitativa de la naturaleza y el número de actividades ilegales cometidas” por un grupo armado ilegal.

INTERNACIONALES/ DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-OBLIGACION DE LOS ESTADOS FRENTE AL DIH/ DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-PARA EFECTOS DE SU APLICACIÓN BASTA ESTABLECER LA EXISTENCIA DEL CONFLICTO DENTRO DE LA REGIÓN COMO UN TODO DE LA QUE FORMAN PARTE DICHOS MUNICIPIOS

“ El Derecho Internacional Humanitario es el derecho aplicable a los conflictos armados. Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el objetivo fundamental del Derecho Internacional Humanitario, es “restringir la contienda armada para disminuir los efectos de las hostilidades”¹⁶. Así mismo, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha recordado que “en el siglo actual la comunidad internacional ha aceptado un papel más amplio y nuevas responsabilidades para aliviar los sufrimientos humanos en todas sus formas y, en particular, durante los conflictos armados”¹⁷, para efectos de lo cual se han adoptado a nivel internacional las normas constitutivas del Derecho Internacional Humanitario.

1039. El Derecho Internacional Humanitario se aplica a los conflictos armados internos o internacionales. En tanto ordenamiento jurídico unitario y sistemático, el Derecho Internacional Humanitario regula tanto el desarrollo de las hostilidades –limitando la posibilidad de las partes de recurrir a los métodos y medios bélicos a su disposición- como la protección de las personas víctimas de los conflictos armados.¹⁸

Ahora bien en la medida en que el DIH hace parte del Derecho Internacional, la obligación general de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario se manifiesta en varios deberes específicos a cargo de los Estados. Entre ellos se cuentan: (i) el deber de impartir las órdenes e instrucciones necesarias a los miembros de las fuerzas armadas para garantizar que éstos

¹⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997.

¹⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 2675 (1970), sobre Principios Básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados, adoptada por unanimidad.

¹⁸ En este sentido, según lo reconoció la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva de 1996 sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares, el Derecho Internacional Humanitario contemporáneo unifica los regímenes anteriormente conocidos como “Derecho de la Haya” –relativo a las limitaciones o prohibiciones sobre métodos y medios específicos de guerra- y “Derecho de Ginebra” – relacionado principalmente con la protección de las víctimas de los conflictos armados, es decir, los civiles y los no combatientes”, especialmente desde la adopción de los protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 en 1977. En términos de la Corte Internacional de Justicia: “Las ‘leyes y costumbres de la guerra’ –como se les conocía tradicionalmente- fueron objeto de esfuerzos de codificación en La Haya (incluidas las convenciones de 1899 y 1907), y se basaban parcialmente en la Declaración de San Petersburgo de 1868, así como en los resultados de la Conferencia de Bruselas de 1874. Este ‘Derecho de La Haya’ (...) establecía los derechos y deberes de los beligerantes en la conducción de las operaciones y limitaba las opciones de métodos y medios para herir al enemigo en un conflicto armado internacional. A esto se debe añadir el ‘Derecho de Ginebra’ (las Convenciones de 1864, 1906, 1929 y 1949), que protege a las víctimas de la guerra y busca proveer salvaguardas para el personal inhabilitado de las fuerzas armadas y las personas que no toman parte en las hostilidades. // Estas dos ramas del derecho aplicable al conflicto armado han llegado a estar tan íntimamente interrelacionadas, que se considera que han formado gradualmente un sistema unitario complejo, conocido hoy en día como Derecho Internacional Humanitario. Las disposiciones de los Protocolos Adicionales de 1977 expresan y acreditan la unidad y complejidad de ese derecho”. Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares, 1996].

respeten y cumplan el Derecho Internacional Humanitario, así como de impartir los cursos de formación y asignar los asesores jurídicos que sean requeridos en cada caso; (ii) el deber de investigar, juzgar, sancionar y reparar los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio cometidos en el curso de conflictos armados internos, deber que compete en principio a los Estados por mandato del derecho internacional consuetudinario, pues son éstos a través de sus autoridades legítimamente establecidas quienes deben hacer efectiva la responsabilidad penal individual por las infracciones serias del Derecho Internacional Humanitario –sin perjuicio del principio de jurisdicción universal respecto de la comisión de este tipo de crímenes, que hoy en día goza de aceptación general-; y (iii) el deber de adoptar al nivel de derecho interno los actos de tipo legislativo, administrativo o judicial necesarios para adaptar el ordenamiento jurídico doméstico a las pautas establecidas, en lo aplicable, por el derecho humanitario. “

(...)

“La jurisprudencia internacional ha aceptado que para efectos de aplicar el Derecho Internacional Humanitario “no es necesario establecer la existencia de un conflicto armado dentro de cada municipio implicado. Es suficiente establecer la existencia del conflicto dentro de la región como un todo de la que forman parte dichos municipios”¹⁹; que “no es necesario que un determinado municipio sea presa de la confrontación armada para que se apliquen allí los estándares del Derecho Internacional Humanitario”²⁰; que “no es necesario probar que hubo un conflicto armado en todas y cada una de las pulgadas cuadradas del área en general. El estado de conflicto armado no se limita a las áreas de combate militar efectivo, sino que existe a lo ancho de todo el territorio bajo control de las partes en guerra”²¹; y así mismo, que en el caso específico de los conflictos armados internos, el Derecho Internacional Humanitario se aplica desde su iniciación hasta el logro de un arreglo pacífico, en “todo el territorio bajo el control de una de las partes, sea que allí se desarrollen los combates como tales o no”²². De tal manera, cuando se trata de hechos o situaciones que tienen lugar en lugares donde no se desarrollan directamente los combates, para la aplicación del Derecho Internacional Humanitario “sería suficiente (...) que los crímenes alegados estuviesen relacionados de cerca con las hostilidades desarrolladas en otras partes de los territorios controlados por las partes del conflicto”²³. ”

¹⁹ Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, Caso del Fiscal vs. Tihomir Blaskic, sentencia del 3 de marzo del 2000. Reiterado en el caso del Fiscal vs. Enver Hadzihanovic y Amir Kubura, sentencia del 15 de marzo de 2006.

²⁰ Ibid.

²¹ Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002.

²² Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, 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. En igual sentido, ha afirmado este tribunal que “el marco geográfico y temporal de este test también es jurisprudencia consolidada: los crímenes cometidos en cualquier lugar del territorio bajo el control de una parte del conflicto, hasta que se logre un arreglo pacífico del conflicto, caen bajo la jurisdicción del Tribunal” [Traducción informal: “The geographic and temporal framework of this test is also settled jurisprudence: crimes committed anywhere in the territory under the control of a party to a conflict, until a peaceful settlement of the conflict is achieved, fall within the jurisdiction of the Tribunal.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005.] Regla reiterada en los casos de Fiscal vs. Sefer Halilovic, sentencia del 16 de noviembre de 2005; Fiscal vs. Momcilo Krajisnik, sentencia del 27 de septiembre de 2006.

²³ Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002. Igual regla fue aplicada en los casos de Fiscal vs. Dusko Tadic, anteriormente citado; Fiscal vs.

PRINCIPIO DE DISTINCION Y PROPORCIONALIDAD DENTRO DEL MARCO DEL DIH. ALCANCE

“Tanto el principio de distinción como el de proporcionalidad, se derivan directamente del postulado según el cual se debe proteger a la población civil de los efectos de la guerra, ya que en tiempos de conflicto armado sólo es aceptable el debilitamiento del potencial militar del enemigo”²⁴. En términos generales el principio de distinción se refiere a las diferentes categorías de personas que se encuentran protegidas por el DIH. Mientras tanto, el principio de proporcionalidad se refiere a las condiciones y finalidades de los ataques en sí mismos. En la medida en que la protección de los no combatientes está en el centro de ambos principios podría decirse que de la caracterización del primero se deriva el segundo; ambos bajo el postulado de la protección a la población civil. La caracterización de estos principios debe ser tenida en cuenta como parte de los elementos probatorios de las violaciones al DIH toda vez que el incumplimiento de los principios de distinción y de proporcionalidad en los ataques constituye en sí mismo una violación al Derecho Internacional Humanitario. “

(...)

“ La protección establecida por el principio de distinción cubre no solamente a las personas civiles, sino también, dentro de la categoría más amplia de “no combatientes”, a las personas que habiendo participado en las hostilidades, han sido puestas fuera de combate por (i) estar en poder de otro actor armado en el conflicto, (ii) no poder defenderse en razón de estar inconscientes, haber naufragado, estar heridas o estar enfermas, o (iii) haber expresado en forma clara su intención de rendirse, absteniéndose de actos hostiles y de intentos de evasión. La protección de las personas que fuera de combate está prevista en el Artículo 3 Común de las Convenciones de Ginebra y en el artículo 7 del Protocolo Adicional II, y además es una norma de derecho internacional consuetudinario que ha sido aplicada en tanto tal por los Tribunales Penales para Ruanda y Yugoslavia, los cuales han explicado que en el marco de conflictos armados internos, la protección provista por el Artículo 3 Común a las Convenciones de Ginebra (que tiene carácter consuetudinario) ampara, en general, a las personas que por una razón u otra, incluyendo las que se acaban de enumerar, ya no estaban directamente involucradas en los combates.”²⁵

Radoslav Brdjanin, sentencia del 1º de septiembre de 2004; Fiscal vs. Mladen Naletilic y Vinko Martinovic, sentencia del 31 de marzo de 2003; Fiscal vs. Enver Hadzihanovic y Amir Kubura, sentencia del 15 de marzo de 2006; y Fiscal vs. Sefer Halilovic, sentencia del 16 de noviembre de 2005.

²⁴ Ver, en este sentido, CHETAIL, Vincent: “The contribution of the International Court of Justice to International Humanitarian Law”. En: International Review of the Red Cross, Vol. 85 No. 850, Junio de 2003: “La distinción entre el combatiente y el no combatiente es la piedra angular de todo el derecho humanitario. Este principio básico se deriva del axioma que provee el fundamento mismo del derecho internacional humanitario, a saber, que únicamente es aceptable en tiempos de conflicto armado el debilitamiento del potencial militar del enemigo”

²⁵ Esta regla fue sintetizada así por el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia en el caso Blaskic: “...el Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, cuya naturaleza consuetudinaria fue reconocida, en particular, por la Sala de Apelaciones en la decisión Tadic, protege no solamente a las personas que no toman parte activa en las hostilidades sino también a los miembros de las fuerzas armadas que han depuesto sus armas y a las personas puestas fuera de combate por enfermedad, heridas, captura o cualquier otra causa. Más aún, la Sala de Decisión I del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, que decidió sobre el caso Akayesu, se basó en esta disposición para clasificar como civiles en el sentido del Artículo 3 del Estatuto del Tribunal a personas que por una u otra razón ya no estaban involucradas directamente en los combates”

1053. Como se dijo anteriormente, del principio de distinción se deriva el principio de proporcionalidad -que exige a las partes en un conflicto armado abstenerse de llevar a cabo una operación militar cuandoquiera que se pueda prever que de ésta resulten daños a la población civil o a bienes de carácter civil que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa que se anticipa. Este principio se formuló de manera sintética en el caso Galic del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia: "Una vez se ha constatado el carácter militar de un objetivo, los comandantes deben considerar si se puede esperar que el impacto de este objetivo cause pérdidas incidentales de vida, heridas a civiles, daños a objetivos civiles o una combinación de los mismos, que resulten excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa que se anticipa. Si se espera que resulten tales bajas, el ataque no debe ser realizado"²⁶

CRIMENES DE LESA HUMANIDAD-CONCEPTO/CRIMENES DE LESA HUMANIDAD-CONDUCTAS QUE LO CONSTITUYE/ CRIMENES DE LESA HUMANIDAD-ELEMENTOS PARA SU EXISTENCIA

" Según el artículo 7 del estatuto de Roma se entiende por crimen de lesa humanidad aquel acto inhumano que se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.²⁷ Esta definición fue el producto de las discusiones y de los acuerdos a los que se llegaron durante la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional²⁸.

1058. Dentro del artículo 7 del Estatuto se nombran los siguientes actos inhumanos: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de

Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Tihomir Blaskic, sentencia del 3 de marzo del 2000.

²⁶ Caso del Fiscal vs. Stanislav Galic, sentencia del 5 de diciembre de 2003.

²⁷ Dentro del artículo 7 del Estatuto se nombran los siguientes actos inhumanos: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de

normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad

con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en

el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i)

Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental.

²⁸ "La cláusula Martens, que comúnmente se cita como la primera aparición del concepto crímenes contra la humanidad se encuentra en un tratado de Derecho de guerra de la convención de la Haya de 1907." AMBOS, Kai. Temas de derecho penal internacional y europeo. Marcial Pons, Madrid, 2006. p. 171

la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental. "

(...)

" Lo que distingue a los crímenes de lesa humanidad de crímenes ordinarios o de otros crímenes internacionales es la condición de que estos deben ser cometidos dentro del contexto de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil. Sin embargo, esta condición general ha sido dividida en cinco elementos probatorios en la jurisprudencia de los tribunales penales ad-hoc.²⁹

i) **La existencia de un "ataque"**. Este requisito se refiere al vehículo por medio del cual se cometen los crímenes de lesa humanidad. La jurisprudencia de los tribunales ad-hoc se ha preocupado por distinguir el concepto de ataque del de conflicto armado. En este sentido, el requisito probatorio de un ataque se refiere no solo a las hostilidades dentro de un conflicto armado, sino a cualquier maltrato a personas que no tienen lugar en el enfrentamiento armado. Por "ataque" se entiende una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos inhumanos contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política. En este sentido, la prueba de una política dentro de la cual se pudiera enmarcar el ataque sistemático y generalizado es indispensable. Al respecto doctrinantes como Antonio Cassese han diferenciado entre el ataque definido por la costumbre internacional y por el Estatuto de Roma. Según este autor, mientras la costumbre internacional ha entendido que el Estado u organización no tiene que promover activamente el ataque, que este se puede constituir simplemente por la omisión del Estado o la organización frente a la política general, el artículo 7 del Estatuto de Roma requiere que necesariamente el Estado u organización promueva activamente el ataque.³⁰

ii) **Nexo causal entre los actos del acusado y el ataque**. No cualquier acto criminal que ocurra durante el tiempo del ataque constituye un crimen de lesa humanidad. El acto cometido por el acusado debe contribuir a la continuación del ataque y el acusado debe conocer que el acto cometido hace parte de un ataque.

iii) **La población civil debe ser el objeto principal del ataque**. En primera medida este requisito se refiere a que necesariamente la población civil debe ser el objetivo primordial del ataque, mas no necesariamente del acto cometido por el acusado. Lo que debe quedar claro es que la población civil no puede ser una víctima accidental.

Una población se considera como "población civil" si su naturaleza es predominantemente civil.³¹ La noción de "población civil" comprende a todas las personas civiles individualmente consideradas. En tiempos de guerra el concepto de población civil para la comisión de crímenes de lesa humanidad es sustancialmente igual al concepto de población civil en crímenes de guerra. En el caso de que no exista conflicto armado, el concepto de población civil puede incluir a todas las personas de un lugar exceptuándose a aquellas que tienen el deber de mantener el orden público y tienen los medios para hacerlo.

iv) **El acto debe ser cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático**. Este requisito se refiere al carácter mismo del "ataque", que debe ser generalizado o sistemático, o reunir ambas condiciones a la vez. El adjetivo de generalizado se refiere a la escala numérica de víctimas y

²⁹ Mettraux, Guénael. International crimes and the ad hoc tribunals. Oxford University Press, 2006. pp. 155 y ss.

³⁰ Antonio Cassese. "Crimes against humanity" En: Antonio Cassese ed. The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary. Oxford University Press, Oxford, 2002. p. 376

³¹ Ver a este respecto los casos del Fiscal vs. Blagojevic y Jokic, sentencia del 17 de enero de 2005, y del Fiscal vs. Dario Kordic y Mario Cerkez, sentencia del 26 de febrero de 2001.

daños en el ataque. El número de víctimas puede ser contado ya sea por la acumulación de varios actos dentro de un mismo ataque o por la ocurrencia de un acto lo suficientemente extraordinario en su magnitud. El adjetivo de sistemático se refiere al carácter ordenado de los actos de violencia y a la improbabilidad de su ocurrencia por azar.

v) **El acusado debe tener conocimiento de que el acto hace parte de un ataque generalizado o sistemático contra miembros de la población civil.** No es necesario que comparta la intención discriminatoria del “ataque”. Basta con que sepa que su acto hace parte del ataque sistemático o generalizado a la población civil y haya aceptado correr el riesgo de cometer el acto.

DELITO DE CONCIERTO PARA DELINQUIR-BASTA CON PERTENECER A UN GRUPO ARMADO ORGANIZADO AL MARGEN DE LA LEY PARA SU CONFIGURACION/ DELITO DE CONCIERTO PARA DELINQUIR-SE MATERIALIZA CON EL SOLO ACUERDO DE VOLUNTADES/ DELITO DE CONCIERTO PARA DELINQUIR-LESIONA EL BIEN JURIDICO DE LA SEGURIDAD PUBLICA/ DELITO DE CONCIERTO PARA DELINQUIR-ES DE EJECUCION PERMANENTE

“ La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado en su jurisprudencia que la pertenencia a un grupo armado al margen de la ley es suficiente para que se configure el delito de concierto para delinquir.³² Además, La Corte considera 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.”³³

1069. El delito de concierto para delinquir se materializa con el simple acuerdo de voluntades entre quien ingresa y quien tiene la facultad de incorporar al grupo armado irregular. Tal delito vulnera el derecho a la seguridad pública y es de ejecución permanente. “

DELITO DE CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO SUBSUME LAS CONDUCTAS DE FABRICACIÓN TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES-REITERACION DE JURISPRUDENCIA

“La Corte Suprema de Justicia considera 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. Para la Sala son precisas las directrices de la Sala de Casación Penal, y, por tanto, en el presente caso aplicará la figura de la subsunción descrita, tal como lo solicitó la Fiscalía. “

UTILIZACIÓN ILEGAL DE UNIFORMES E INSIGNIAS-CONCEPTO

“El artículo 346 del Código Penal establece que el referido delito consiste en importar, fabricar, transportar, almacenar,

distribuir, comprar, vender, suministrar, sustraer, **portar o utilizar** prendas, uniformes, insignias o medios de identificación real, similar o semejante a los de uso privativo de la Fuerza Pública o de los organismos de seguridad del Estado, sin permiso de la autoridad competente. “

UTILIZACIÓN ILÍCITA DE EQUIPOS TRANSMISORES O RECEPTORES-CONCEPTO

“Artículo 197. El que con fines ilícitos posea o haga uso de aparatos de radiofonía o televisión, o de cualquier medio electrónico diseñado o adaptado para emitir o recibir señales, incurrirá, por esta sola conducta, en prisión de uno (1) a tres (3) años.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta descrita en el inciso anterior se realice con fines terroristas.

Esta norma fue modificada el artículo 8 de la Ley 1453 de 2011: Utilización ilícita de redes de comunicaciones. El nuevo texto es el siguiente: art. 197 El que con fines ilícitos posea o haga uso de equipos terminales de redes de comunicaciones o de cualquier medio electrónico diseñado o adaptado para emitir o recibir señales, incurrirá, por esta sola conducta, en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

La pena se duplicará cuando la conducta descrita en el inciso anterior se realice con fines terroristas”.

HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA-CONCEPTO

“El 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, 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.”

1111. 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 entiende por personas protegidas, entre otros, “1. Los integrantes de la población”³⁴.

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.”

³² 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.

³³ CSJ, Sentencia de segunda instancia del 31 de julio de 2009, rad. 31539, M.P. Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

³⁴ Parágrafo del artículo 135 del Código Penal.

DELITO DE DESPLAZAMIENTO FORZADO-CONCEPTO/ DELITO DE DESPLAZAMIENTO FORZADO-ES DE EJECUCION PERMANENTE

“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.”

1118. La Ley 589 de 2000 estuvo vigente desde el 6 de julio de 2000, hasta el 25 de julio de 2001, fecha en que empezó a regir la Ley 599 de 2000, que en su artículo 180 consagra una descripción típica idéntica a la del art. 284A, pero con una pena de 6 a 12 años, sin duda mucho más benéfica que la de la norma anterior.

1119. 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 el desplazamiento forzado, 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, 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.”³⁵

TENTATIVA-CONCEPTO/ TENTATIVA-ALCANCE

“ La tentativa, como dispositivo amplificador del tipo, se encuentra regulada en el artículo 27 de la Ley 599 de 2000, en los siguientes términos:

“**Artículo 27.** Tentativa. El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad...”

1126. La tentativa, entonces, supone un comportamiento doloso que ha superado las fases del iter criminis correspondientes a la ideación y a la preparación para alcanzar el comienzo de la ejecución del delito, sin conseguir la última etapa del mismo, que es su consumación y agotamiento, por circunstancias ajenas a la voluntad del actor.”³⁶

DELITO DE DESAPARICION FORZADA-ALCANCE/DELITO DE DESAPARICION FORZADA- PROLONGA DURANTE TODO EL PERÍODO EN QUE LA VÍCTIMA SE ENCUENTRE DESAPARECIDA

³⁵ 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.

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 8 de agosto de 2007, radicado 25974, M.P. Dra. María del Rosario González de Lemos.

“La Sala coincide con lo expresado en numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos³⁷, la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos³⁸ y la doctrina internacional 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 de la persona o personas desaparecidas.”³⁹

“ El Estatuto de Roma incorporó dos elementos adicionales a la conducta compleja de la desaparición forzada: un elemento subjetivo y uno temporal. El subjetivo tiene que ver “con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley”; y el elemento temporal hace referencia a “un período prolongado”. Los Estados parte decidieron incorporar estos dos elementos al Estatuto de Roma, con el propósito de precisar dos criterios que distinguen el crimen de desaparición forzada de otras formas de privación de libertad: la incomunicación y las formas de detención arbitraria.

La Sala estima importante confirmar lo expresado en el artículo 3 la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas que considera el delito de desaparición forzada “como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima”. Al revisar los trabajos preparatorios de la Convención, la Sala infiere que este delito se prolonga durante todo el período en que la víctima se encuentre desaparecida; en otras palabras, la desaparición forzada “es permanente por cuanto se consuma no en forma instantánea sino permanente y se prolonga durante todo el tiempo en que la persona permanece desaparecida”.⁴⁰

DELITO DE HOMICIDIO Y DESAPARICION FORZADA- PUEDEN CONCURRIR

“ Sobre la concurrencia de aquellos delitos, la Corte Suprema de Justicia en Colombia ha dicho que:

“Si la persona es privada de su libertad de locomoción, luego de lo cual se le causa la muerte, no genera incertidumbre la comisión de dos conductas diferenciadas que, por tanto, concurren, en tanto se presentan dos momentos, uno de retención y otro de muerte, pero es evidente que la primera deja de consumarse cuando se causa el homicidio. Pero la

³⁷ 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.

³⁸ Ver, entre otros: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gómez Palomino, doc. cit., párrafo 94 y siguientes; y Comité de Derechos Humanos, Caso Norma Yurich c. Chile, doc. cit., párrafo 6.3

³⁹ Cfr. Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1988/19, párrafo 17. Informe del Grupo de Trabajo sobre la Desaparición Forzada o Involuntaria de Personas, Comentarios Generales a la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 15 de enero de 1996”, Documento de Naciones Unidas E/CN.4/1996/38, párrafo 55.

⁴⁰ OEA/CP-CAJP, Informe del Presidente del Grupo de Trabajo Encargado de Analizar el Proyecto de Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, documento de las Organización de los Estados Americanos OEA/Ser.G/CP/CAJP-925/93 rev.1, de 25.01.1994, p. 10. Texto citado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe anual 1987-1988 y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Blake vs. Guatemala, Doc. Cit.

fijación de un momento cierto en el cual termina la consumación no descarta la existencia de la desaparición.”⁴¹

DELITO DE SECUESTRO SIMPLE-CONCEPTO/ DELITO 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.”

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.** (Negrilla fuera del texto).”

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

Respecto del delito de tortura en persona protegida el estatuto penal establece:

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

El artículo 12 de nuestra Constitución Política establece la prohibición de infligir a cualquier persona tratos crueles, inhumanos ó degradantes y proscribte toda forma de tortura.

Ha dicho la Sala en anteriores decisiones que el delito de tortura exige unos elementos especiales; entre otros: (i) que se cometa con la finalidad de obtener de la víctima o de un tercero información o confesión; (ii) castigar a la víctima por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido; (iii) intimidar a la víctima o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación. “

⁴¹ Ver: Corte suprema de Justicia, M.P. José Luis Barceló Camacho, Proceso No. 36563, del 3 de agosto de 2011.

DELITO DE INCENDIO-CONCEPTO/DELITO DE INCENDIO-ALCANCE

“ El artículo 350 del Código Penal dispone:

“Artículo 350. Incendio. El que con peligro común prenda fuego en cosa mueble, incurrirá en prisión de uno (1) a ocho (8) años y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la conducta se realizare en inmueble o en objeto de interés científico, histórico, cultural, artístico o en bien de uso público o de utilidad social, la prisión será de dos (2) a diez (10) años y multa de cien (100) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena señalada en el inciso anterior se aumentará hasta en la mitad si la conducta se cometiere en edificio habitado o destinado a habitación o en inmueble público o destinado a este uso, o en establecimiento comercial, industrial o agrícola, o en terminal de transporte, o en depósito de mercancías, alimentos, o en materias o sustancias explosivas, corrosivas, inflamables, asfixiantes, tóxicas, infecciosas o similares, o en bosque, recurso florístico o en área de especial importancia ecológica”.

1153. 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.

1154. 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.

DELITOS DE ACTOS DE TERRORISMO-CONCEPTO

“ El artículo 144 de la Ley 599 de 2000, establece que:

“El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, realice u ordene llevar a cabo ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias, actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla, incurrirá por esa sola conducta en prisión de quince (15) a veinticinco (25) años, multa de dos mil (2000) a cuarenta mil (40.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años.”

DELITO DE DEPORTACIÓN, EXPULSIÓN, TRASLADO O DESPLAZAMIENTO FORZADO DE POBLACIÓN CIVIL-CONCEPTO

“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”⁴², 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”.

1169. Generalmente quienes son víctimas de desplazamiento forzado, también lo son de ultrajes contra su vida, su dignidad personal y su integridad corporal y física, pero más allá de la

⁴² APONTE Cardona, Alejandro. “El desplazamiento forzado como crimen internacional en Colombia”.

vulneración directa de su derecho a la libertad personal o a su autonomía, hay un menoscabo evidente de sus derechos fundamentales a la familia, al domicilio, a la paz y al buen nombre. En palabras de la Corte Constitucional, todo un “estado de cosas inconstitucional” se configura alrededor de las personas en situación de desplazamiento.⁴³

DELITO DE RECLUTAMIENTO ILÍCITO-CONCEPTO/ DELITO DE RECLUTAMIENTO ILÍCITO-ALCANCE

“ El delito de reclutamiento ilícito está regulado en el ordenamiento colombiano así:

“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 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 transgresión 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.”⁴⁴

DELITO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO EN PERSONA PROTEGIDA-CONCEPTO

“ El artículo 138 de la Ley 599 de 2000, establece que:

“El que con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice acceso carnal por medio de violencia en persona protegida, incurrirá en prisión de diez (10) a diez y ocho (18) años y multa de quinientos (500) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para efectos de este artículo se entenderá por acceso carnal lo dispuesto en el artículo 212 del este Código.”

DELITOS SOBRE VIOLENCIA SEXUAL-UTILIZADOS COMO UNA HERRAMIENTA DE PODER DENTRO DE LA GUERRA/ DELITOS SOBRE VIOLENCIA SEXUAL

“En la sentencia dictada en contra de Freddy Rendón Herrera, alias “El Alemán”⁴⁵ la se pronunció ampliamente en torno a la violencia sexual utilizada como una herramienta de poder dentro la guerra, en la que se sostuvo que esta es una conducta hace parte de los posibles delitos que pueden ser cometidos como crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad e incluso como genocidio.

El reconocimiento por parte de la Sala de los llamados delitos sobre violencia sexual ha implicado reconocer:(i) la particularidad de la violencia sexual como crímenes de sistema es muy importante para reconocer las discriminaciones por género en la guerra, ya sea contra mujeres o contra hombres. Esta especificidad al judicializar este tipo delitos contribuye a la reconstrucción de la verdad histórica; (ii) reconocer que la violencia contra las mujeres en conflictos armados está íntimamente asociada a procesos históricos de exclusión y discriminación, que se acentúan e intensifican durante los conflictos armados, colocando a las mujeres indígenas y pobres en condiciones de vulnerabilidad, y (iii) que la situación de riesgo e inseguridad a la que están expuestas las víctimas, aunque es común a hombres y mujeres, afecta de manera diferenciada y especial a las mujeres, quienes además se encuentran ante un riesgo más alto. “

APARATOS ORGANIZADOS DE PODER EN LAS ESTRUCTURAS PARAMILITARES-ELEMENTOS PARA SU CONFIGURACION

“ Para la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, los elementos de aparatos organizados de poder que se cumplen en las AUC o paramilitares son los siguientes: “1). Existencia de una organización integrada por una pluralidad de personas sustituibles antes o durante el evento criminal las cuales mantienen una relación jerárquica con sus superiores. Aquellas personas pueden o no tener cierta predisposición a la comisión de delitos; 2). Control (dominio) de la organización por parte del hombre de atrás y a través de ella de sus integrantes sustituibles. Dicho control puede manifestarse bajo distintas modalidades: a través de la creación de la organización, el no control del mismo pudiendo hacerlo dada su posición o a través del impulso sostenido de la misma con medidas dirigidas a autorizar sus actuaciones ilícitas. En todos estos supuestos se evidencia, por parte del hombre de atrás, un dominio del riesgo (que es el aparato de poder) de producción de actos ilícitos; y, 3). Conocimiento de la organización o aparato de poder y decisión de que sus miembros ejecuten o continúen ejecutando hechos ilícitos penales. Producto de este ejercicio, la Corte concluyó que el político mencionado, que había obrado a favor de los grupos paramilitares haciendo uso de sus funciones debía “responder penalmente por el conjunto de crímenes que se le atribuyen a los comandantes o jefes de los bloques, frentes o unidades que hacían parte de la asociación criminal”. Si bien el alto tribunal no sugirió ninguna forma específica de imputación de la responsabilidad, sí abrió la posibilidad -a la luz de los casos argentinos, chileno y peruano y de la incipiente jurisprudencia de la CPI, para que pudiera utilizarse la “autoría mediata con instrumento fungible pero responsable”⁴⁶

AUTORIA-CONCEPTO

⁴³ Ibídem

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 24 de febrero de 2010, M.P. José Leónidas Bustos, radicado 32889.

⁴⁵ Sala de Justicia y Paz, Tribunal Superior de Bogotá, sentencia del 16 de diciembre de 2011, radicado 2007-82701, M.P. Dra. Uldi Teresa Jiménez López.

⁴⁶ Ver: Sentencia del 3 de diciembre de 2009., radicado 32672.

“ Es autor quien realiza por sí mismo el crimen o el hecho punible.⁴⁷ 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 representado.⁴⁸ 1301. En la teoría del dominio de la acción, el autor es quien realiza todos los elementos del tipo objetivo; el que ejecuta por completo libremente y de propia mano. Por eso, el concepto de dominio del hecho sólo puede formularse de manera que comprenda estos casos en cualquier forma imaginable. “

COAUTORIA-CONCEPTO/COAUTORIA-ELEMENTOS PARA SU CONFIGURACION

“ El dominio del que se habla es el conocido como dominio funcional del hecho y sus elementos son (i) el plan común; (ii) la esencialidad de la contribución; y (iii) la contribución en la fase ejecutiva.⁴⁹ El plan común es el elemento subjetivo, que consiste en un acuerdo mínimo entre los coautores del punible (que puede ser expreso o tácito⁵⁰), cada uno de los cuales decide integrarse al plan criminal conjunto de manera consciente y voluntaria,⁵¹ lo cual excluye los hechos aleatorios o cometidos por uno de los coautores fuera del plan acordado.⁵² Esta figura ha sido denominada por la Corte Suprema de Justicia como coautoría propia, aseverando que en ella sólo importa determinar la existencia de un número plural de víctimas, pero no es necesario especificar su cantidad.⁵³ Entonces, la esencialidad de la contribución hace parte del elemento objetivo y se refiere a que el aporte de cada coautor sea fundamental para la concreción del plan común, es decir, que de no realizarse dicho aporte, el plan no se pueda llevar a cabo totalmente.⁵⁴

1304. Finalmente, la contribución en la fase ejecutiva se verifica cuando el aporte hecho en la preparación del plan, efectivamente se realiza en la ejecución del mismo. Al respecto dijo la Corte que la contribución en la empresa criminal debe estar dirigida a “producir un resultado típico comúnmente querido o por lo menos aceptado como probable”, sin necesidad de que cada uno de los responsables ejecute el supuesto fáctico penalizado en

⁴⁷ PÉREZ, Luís Carlos, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Editorial Temis, pág. 346 y ss. Para el tratadista es autor el que ejecuta solo, sin ayuda de nadie, la infracción. Coautor es el que la ejecuta asociado con otro u otros agentes, interviniendo directa y personalmente. Todos son materializadores del resultado criminoso, todos enderezan su conducta para realizarlo y efectivamente, lo realizan. El delito producido o tentado es propio en todas y cada uno de ellos.

⁴⁸ ARBOLEDA Vallejo, Mario, Manual de Derecho Penal, partes general y especial, Editorial Leyer, págs. 168 y ss.

⁴⁹ 1179ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Pág. 305 y ss, citado en SUÁREZ SÁNCHEZ Alberto. Autoría. 3ª edición, Ed. Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2007. Pág. 190

⁵⁰ VELÁSQUEZ Velásquez, Fernando. Manual de Derecho Penal, Parte General. Ed. Librería Jurídica COMLIBROS, Medellín, Colombia, 2007. Pág. 452

⁵¹ SUÁREZ SÁNCHEZ Alberto. Autoría. 3ª edición, Ed. Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2007. Pág. 190

⁵² De manera similar lo explica VELÁSQUEZ en VELÁSQUEZ Velásquez, Fernando. Manual de Derecho Penal, Parte General. Ed. Librería Jurídica COMLIBROS, Medellín, Colombia, 2007. Pág. 452

⁵³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P.: María del Rosario González de Lemos, Sentencia del 8 de julio de 2009, Proceso No. 31085

⁵⁴ SUÁREZ SÁNCHEZ Alberto. Autoría. 3ª edición, Ed. Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2007. Pág. 193

su totalidad.⁵⁵ Así, quien sólo ayuda a idear el plan, pero no contribuye a su realización en la práctica, no puede llamarse coautor por cuanto no domina el suceso, lo cual genera que el dominio dependa de la libertad y autonomía del autor material, quien en el último momento puede decidir no ejecutar el plan criminal previamente acordado.⁵⁶ Igualmente, la Corte ha dicho que para que se configure la coautoría propia es necesario que todos actualicen el “verbo rector definido en el tipo.”⁵⁷

COAUTORIA IMPROPIA-ELEMENTOS PARA SU CONFIGURACION

Frente a esta figura, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que:

“La coautoría impropia tiene lugar cuando entre las personas que concurren a la comisión del delito media división de trabajo, figura también denominada “empresa criminal”, pues todos realizan una parte del delito (...).⁵⁸

1306. Según la Corte, para que pueda hablarse de esta figura, es necesaria la existencia de tres requisitos, a saber: (i) acuerdo común; (ii) división de tareas; y (iii) esencialidad del aporte.⁵⁹ “Acuerdo significa conformidad, asentimiento, reflexión y madurez de determinación. División quiere decir separación, repartición. Aportar, derivado de “puerto”, equivale a llegar o presentarse a un lugar, hacer algo en pro de un fin común.”⁶⁰ “El acuerdo común puede ser previo o concomitante y, a su vez, expreso o tácito.”⁶¹

1307. El aspecto subjetivo de la coautoría significa que: (i) los comuneros se pongan de acuerdo, planifiquen la comisión del ilícito y, de consuno, decidan su perpetración; (ii) cada uno de los comprometidos sienta que formando parte de una colectividad con un propósito definido, el hecho es suyo, pero incluido dentro de una obra mayor global, es decir, perteneciente, imbricada, realizada por todos los concurrentes o, dicho con otras palabras, la persona debe sentir que cumple tareas en interdependencia funcional.⁶²

1308. Con relación a la fase objetiva, la Corte ha sostenido que ésta comprende: (i) el co-dominio funcional del hecho, que se presenta cuando varios individuos, sin sometimiento, dependencia o subordinación de uno o unos de ellos a otro u otros de ellos, se dirijan a la misma finalidad con un comportamiento esencial, mirado no en términos absolutos sino relativos; (ii) aporte significativo, es decir que durante la ejecución del hecho haya un “servicio” importante de cada uno de los concurrentes en el acto delictivo. Esa contribución común en pro del mismo fin puede ser material o moral –

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P.: María del Rosario González de Lemos, Sentencia del 8 de julio de 2009, Proceso No. 31085 (Negrilla y subrayado fuera de texto)

⁵⁶ 1187ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Pág. 323, citado en SUÁREZ SÁNCHEZ Alberto. Autoría. 3ª edición, Ed. Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2007. Pág. 197. Igualmente es señalado en VELÁSQUEZ Velásquez, Fernando. Manual de Derecho Penal, Parte General. Ed. Librería Jurídica COMLIBROS, Medellín, Colombia, 2007. Pág. 452

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P.: José Leonidas Bustos Martínez, Sentencia del 4 de mayo de 2011, Proceso No. 33551

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P.: José Leonidas Bustos Martínez, Sentencia del 4 de mayo de 2011, Proceso No. 33551

⁵⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P.: María del Rosario González de Lemos, Sentencia del 8 de julio de 2009, Proceso No. 31085

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Sentencia del 21 de agosto de 2003, radicado 19213

⁶¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P.: María del Rosario González de Lemos, Sentencia del 8 de julio de 2009, Proceso No. 31085

⁶² *Ibidem*.

“espiritual”-, por ejemplo cuando, en esta última hipótesis la presencia definida de uno de los comuneros refuerza o estimula el cumplimiento del plan trazado, presiona y multiplica las energías de los otros, apoya al resto, reduce las defensas de la víctima (...) etc.; (iii) el aporte durante la ejecución del hecho quiere decir que la prestación que la persona debe ocurrir, total o parcialmente, entre el momento en que se inicia la realización del verbo rector que guía la conducta criminal y el logro de la consumación. Además, la Corte sostiene que con la “pura ideación delictiva” no se configura la autoría.⁶³

DETERMINADOR-CONCEPTO/ DETERMINADOR-REQUISITOS PARA SU CONFIGURACION

“Según se establece en el artículo 30 del Código Penal, 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”.⁶⁴ Para que en una conducta punible pueda ser imputable bajo esta forma de participación criminal es necesario satisfacer cinco requisitos:⁶⁵ (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 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; (v) el instigador debe carecer del dominio del hecho. “

AUTORIA MEDIATA-CONCEPTO/AUTORIA MEDIATA-ALCANCE

“La doctrina ha expresado que “autor mediato es quien se sirve de otro como “instrumento” para la ejecución de la acción típica.⁶⁶ En ese sentido, para que pueda predicarse la existencia de esta figura, el instrumento debe ser “irresponsable del hecho que ejecuta”⁶⁷ y “actuar en una causal de atipicidad o de justificación y, excepcionalmente, de inculpabilidad”.⁶⁸ 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 determinador de la conducta, mientras que si el “instrumento” es absuelto por el ordenamiento, por

⁶³ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Sentencia del 21 de agosto de 2003, radicado 19213

⁶⁴ 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.

⁶⁵ VELÁSQUEZ VELÁZQUEZ, Fernando. (2007). Manual de derecho penal, parte general. 3era Edición. Bogotá: Comlibros. Pág. 443 y ss.

⁶⁶ SUÁREZ SÁNCHEZ Alberto. Autoría. 3ª edición, Ed. Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2007. Pág. 275

⁶⁷ 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)

⁶⁸ VELÁSQUEZ Velásquez, Fernando. Manual de Derecho Penal, Parte General. Ed. Librería Jurídica COMLIBROS, Medellín, Colombia, 2007. Pág. 440 (Negrilla y subrayado fuera de texto)

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 mediato.⁶⁹ “

AUTORIA MEDIATA EN APARATOS ORGANIZADOS DE PODER-CONCEPTO

“Estas estructuras fueron caracterizadas por la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional en los siguientes términos:

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

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

El jefe debe utilizar el control sobre el aparato para ejecutar los crímenes, lo cual significa que en tanto que “hombre de atrás”, explote su autoridad y su poder en el seno de la organización para asegurar la ejecución de las órdenes que da. La ejecución de tales órdenes debe incluir la comisión de cualquiera de los crímenes de competencia de la Corte...”⁷⁰

1320. Como se observa, el aparato organizado de poder es el que sirve de instrumento para la realización de la conducta punible, ya que el ejecutor individual juega un rol menor en el accionar delictivo de la organización, en la medida en que éste tiene a su disposición muchos ejecutores obedientes. Esto es así en la medida que se presentan sobre un mismo hecho punible dos formas simultáneas de dominio: de un lado, el “dominio de la acción” que está relacionado con la propia ejecución del acto, y de otro, el “dominio de la organización” que hace referencia a la posibilidad de ejercer influencia para que, a través del aparato de poder del cual dispone, el “hombre de atrás” se asegure la producción del resultado sin que tenga que ejecutar de propia mano el hecho punible.

1321. De acuerdo con la teoría del profesor Roxin 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:⁷¹

(i) Poder de mando o dominio de la organización por parte de los hombres de atrás. Que el aparato de poder este comandado por una jerarquía que esté en capacidad de dirigir la actividad delictiva, planificarla, determinar la utilización de los

⁶⁹ 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)

⁷⁰ ICC-01/04-01/07, Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, asunto —Fiscal vs. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, providencia del 30 de septiembre de 2008. La traducción ha sido tomada de: RAMELLI ARTEAGA, Alejandro et al (2011): Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Agencia de Cooperación Internacional Alemana; Ediciones Uniandes. Págs. 470 y 471.

⁷¹ ROXIN, Claus, Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizadall. En: Revista penal, N° 2. Madrid: La ley. (Trad. Enrique Anarte) Pág. 64.

medios y la escogencia del lugar y modo de operar todo ello a través de órdenes. En estos casos los autores mediatos conservan el dominio del hecho en la medida en que una orden es determinante para la realización del delito (dominio positivo), y una contraorden puede paralizar la ejecución del mismo (dominio negativo);

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

(iii) Fungibilidad o sustituibilidad de los ejecutores directos. Este es el factor decisivo para determinar el dominio de la voluntad en virtud de un aparato organizado de poder. Se refiere a la posibilidad de sustituir al ejecutor de la orden delictiva, y si éste decide no cumplirla esto no impediría la realización del curso causal delictivo, sino tan sólo se sustraería su contribución personal al mismo. Como recuerda el profesor 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”.⁷² 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”,⁷³ 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. “

⁷² Ibídem.

⁷³ Ibídem.

