

Ficha de relatoria

1. Nombre: SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA-JUSTICIA Y PAZ
2. Juez o Tribunal: SALA DE JUSTICIA Y PAZ-TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
3. Fecha: 16 DE DICIEMBRE DEL 2014
4. Número del proceso: 11001-22-52000-2014-00058-00 Rad. Interno 2358
5. Identificación de las partes: Fiscalía Dirección de Justicia Transicional
6. Postulado: ARNUBIO TRIANA MAHECHA, ADRIANO ARAGÓN TORRES, ÁLVARO SEPÚLVEDA QUINTERO, ANTONIO DE JESÚS SERNA DURANGO, DIDIER MOGOLLÓN AGUIRRE, EULISES LOZANO CORTÉS, FERNEY TULIO CASTRILLÓN MIRA, GERARDO ZULUAGA CLAVIJO, GUILLERMO DE JESÚS ACEVEDO MEJÍA, HERIBERTO SOLANO RUBIO, ISMAEL MAHECHA MAHECHA, JESÚS MEDRANO, JHON JAIRO PALOMEQUE MOSQUERA, JORGE ALZATE BETANCOURTH, JORGE ENRIQUE ANDRADE SAJONERO, JOSÉ ANSELMO MARTINEZ BERNAL, IGNACIO LEÓN CAMARGO, JOSÉ MANUEL PÉREZ TAVERA, JOSÉ RAÚL GUZMÁN NAVARRO, JUAN EVANGELISTA CADENA, LUIS ORTEGA ESPINOZA, NELSON OLARTE JARAMILLO, OMAR EGIDIO CARMONA TAMAYO, ORLANDO DE JESÚS ARBOLEDA OSPINA, ROSO SANTAMARÍA BENAVIDES, RUBÉN AVELLANEDA PÉREZ, y, WILLIAM JAVIER IGLESIAS ABRIL
7. Magistrado ponente: Dr. Eduardo Castellanos Rosso

PATRONES DE MACRO CRIMINALIDAD-EN EL PRESENTE CASO NO SE CUMPLIERON CON LOS REQUISITOS LEGALES PARA SU CONFIGURACION

La Sala no acepto los "patrones de macro-criminalidad" presentados por la Fiscalía porque considero que estos incumplían en muchas ocasiones con los lineamientos establecidos en los artículos 16 y 17 del Decreto 3011 de 2013. 847. En ese orden de ideas, se mostró como la metodología utilizada por la Fiscalía incurrió en una serie de imprecisiones tales como:

La falta un marco muestral representativo (es decir, no se puede valorar si los hechos priorizados por la Fiscalía corresponden a un conjunto significativo de casos que logren dar cuenta de un comportamiento criminal repetido en un determinado tiempo y territorio).

La discordancia entre los hechos legalizados en las audiencias concentradas y los hechos utilizados para elaborar un patrón de macro-criminalidad (es decir que a pesar de que la Fiscalía retiro varios hechos, no modifíco la muestra utilizada inicialmente, lo que refleja una inconsistencia lógica y numérica)

La falta de esclarecimiento sobre las políticas, prácticas y/o modus operandi de hechos criminales cometidos por integrantes de las ACPB (por ejemplo, se destaco como en una docena de casos, la Fiscalía afirmaba que algunos de estos

La falta de correspondencia entre la situación fáctica descrita en los hechos de victimización cometidos por integrantes de las ACPB y su clasificación dentro de un determinado patrón de macro-criminalidad (es decir, se evidencio como la mayoría de delitos cometidos por este grupo paramilitar estuvieron en concurso con otros delitos, por lo que era ilógico pretender que estos fueran clasificados a partir un tipo penal particular como el homicidio, la desaparición forzada y el reclutamiento ilícito)

La falta de criterios objetivos para clasificar los hechos cometidos por integrantes de las ACPB dentro un "patron de macro-criminalidad;" (por ejemplo, se mostró como un mismo hecho criminal fue clasificado de manera diferente por la Fiscalía en dos procesos judiciales. Esto reflejó la discrecionalidad y liberalidad con la que cada fiscal decide enmarcar los hechos dentro de cualquier "patrón de macrocriminalidad").

848. En conclusión, la Sala valorando y haciendo respetar el derecho a la verdad como un pilar del actual proceso de Justicia y Paz, se abstiene de aceptar los "patrones de macro-criminalidad" presentados por la Fiscalía por considerar que éstos no satisfacían los requisitos normativos básicos que en esta materia se han adoptado a nivel internacional las normas constitutivas del Derecho Internacional Humanitario.

**DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-
CONCEPTO/DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-
SE APLICA TANTO A LOS CONFLICTOS INTERNOS COMO
A LOS INTERNACIONALES/ DERECHO INTERNACIONAL
HUMANITARIO-DEBERES ESPECIFICOS DE LOS
ESTADOS**

“ 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”¹. 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”².

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.³ 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 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

¹ 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

² 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.

³ 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].

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. “

848. En conclusión, la Sala valorando y haciendo respetar el derecho a la verdad como un pilar del actual proceso de Justicia y Paz, se abstiene de aceptar los "patrones de macro-criminalidad" presentados por la Fiscalía por considerar que éstos no satisfacían los requisitos normativos básicos que en esta materia se han estipulado (por ejemplo, el Decreto reglamentario 3011 de 2013).

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-CONCEPTO/DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-SE APLICA TANTO A LOS CONFLICTOS INTERNOS COMO A LOS INTERNACIONALES/ DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-DEBERES ESPECIFICOS DE LOS ESTADOS

"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"⁴. 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"⁵.

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.⁶ Ahora bien en la medida en que el DIH hace parte del Derecho Internacional, la obligación general de respetar y hacer respetar el derecho

⁴ 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

⁵ 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.

⁶ 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].

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 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. "

TIPOS PENALES CONTRA EL DIH-ALCANCE

"Según el Código Penal colombiano, el sujeto activo requerido para la comisión de alguno de los delitos sobre infracciones al DIH, es indeterminado y amplio: abarca a todo aquel que "con ocasión y en desarrollo de conflicto armado" cometa alguna de las conductas punibles consagradas en el Código Penal como violatorias del derecho internacional humanitario. Por su parte, el sujeto pasivo del delito debe ser una persona protegida por el DIH. Según el parágrafo del artículo 135 del Código Penal: "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. "La lista de personas protegidas por la normatividad penal no sólo obedece a lo establecido por el derecho internacional humanitario en su conjunto, sino que remite expresamente a esa normatividad tanto presente como futura. "

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-PRINCIPIO DE DISTINCION/DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

"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 enemigo⁷. 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

⁷ 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"

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. “

TERMINO “COMBATIENTES EN EL DIH-ALCANCE

“ El término "combatientes" en Derecho Internacional Humanitario tiene un sentido genérico, y un sentido específico. En su sentido genérico, el término "combatientes" hace referencia a las personas que, por formar parte de las fuerzas armadas y los grupos armados irregulares, o tomar parte en las hostilidades, no gozan de las protecciones contra los ataques asignadas a los civiles. En su sentido específico, el término "combatientes" se utiliza únicamente en el ámbito de los conflictos armados internacionales para hacer referencia a un status especial, el "status de combatiente", que implica no solamente el derecho a tomar parte en las hostilidades y la posibilidad de ser considerado como un objetivo militar legítimo, sino también la facultad de enfrentar a otros combatientes o individuos que participan en las hostilidades, y el derecho a recibir trato especial cuando ha sido puesto fuera de combate por rendición, captura o lesión – en particular el status conexo o secundario de "prisionero de guerra".

TERMINO “CIVIL” EN EL DIH-ALCANCE

Para los efectos del principio de distinción en su aplicación a los conflictos armados internos, el término "civil" se refiere a las personas que reúnen las dos condiciones de: (i) no ser miembros de las fuerzas armadas u organizaciones armadas irregulares enfrentadas y (ii) no tomar parte en las hostilidades, sea de manera individual como "personas civiles" o "individuos civiles", o de manera colectiva en tanto "población civil". La definición de "personas civiles" y de "población civil" es similar para los distintos propósitos que tiene en el Derecho Internacional Humanitario en su aplicación a los conflictos armados internos – por ejemplo, se ha aplicado jurisprudencialmente la misma definición de "civil" para efectos de caracterizar una determinada conducta, en casos concretos, como un crimen de guerra o como un crimen de lesa humanidad⁸.”

CRIMENES DE LESA HUMANIDAD-CONCEPTO/ CRIMENES DE LESA HUMANIDAD-ACTOS INHUMANOS QUE LO CONSTITUYEN/ CRIMENES DE LESA HUMANIDAD-ELEMENTOS PROBATORIOS PARA SU CONFIGURACION CON FUNDAMENTO EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES AD-HOC

“ 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.⁹ Esta

⁸ Ver, por ejemplo, el caso del Fiscal vs. StanislavGalic, sentencia del 5 de diciembre de 2003.

⁹ 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

definición fue el producto de las discusiones y de los acuerdos a los que se llegaron durante la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional¹⁰.

870. 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. “

(...)

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.¹¹

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.¹²

apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental

¹⁰ “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

¹¹ Mettraux, Guénael. International crimes and the ad hoc tribunals. Oxford University Press, 2006. pp. 155 y ss.

¹² 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

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.¹³ 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 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.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD-NO ES ABSOLUTO

De otro lado, pese a que el actual Código Penal favorece la armonización del derecho interno con el derecho penal internacional en tanto tipifica conductas que hacen parte del catálogo de crímenes de lesa humanidad, tratándose de hechos que fueron cometidos antes de que estas conductas fueran tipificadas, la situación resulta más problemática. Piénsese por ejemplo en el delito de desaparición forzada que solo vino a ser tipificado en el 2000. ¿Qué sucede entonces con las Desapariciones cometidas antes de esa época? ¿Podrían ser tipificadas como tales y, de cumplirse los requisitos de generalidad y/o sistematicidad, ser llegadas a considerar como crímenes de lesa humanidad?

877. La respuesta a estas preguntas no es sencilla pues surge un primer reparo en términos del principio de legalidad de conformidad con el cual nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al momento en que ocurrieron los hechos. Sin embargo, de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el principio de legalidad no es absoluto. Según el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito por el Estado colombiano, una persona puede ser condenada por hechos considerados delictivos de conformidad con los

¹³ Ver a este respecto los casos del Fiscal vs. Blagojevic y Jokic, sentencia del 17 de enero de 2005, y del Fiscal vs. DarioKordic y Mario Cerkez, sentencia del 26 de febrero de 2001.

principios generales del derecho internacional, incluso si para el momento de la ocurrencia no estaban tipificados como tales¹⁴. Por tanto, podrá la Sala analizar cada uno de los cargos formulados en contra de los postulados de las ACPB, y verificar el incumplimiento de los principios del DIDH y encontrar la responsabilidad de los ex paramilitares en cada caso. "

VIOLENCIA SEXUAL DENTRO DEL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO

"Algunos estudios sobre violencias de grupos armados contra la mujer concluyen que la violencia ha impactado de forma diferencial y desproporcionada en la vida de las mujeres, y ha sido inherente a contextos como el del conflicto armado o a la presencia de actores armados. Tales estudios han demostrado: (i) la violencia sexual ha sido perpetrada por todos los actores regulares e irregulares del conflicto armado, durante y con ocasión del conflicto armado, y, (ii) en algunos casos la violencia sexual no se circunscribe a hechos aislados, pues "tal como ocurre en las sociedades en paz, la violencia sexual se produce con una clara intención de sometimientos y objetivación de las mujeres. En el caso del conflicto armado colombiano, este carácter tradicional de la violencia sexual se profundiza y se retroalimenta de la lógica de erradicación del enemigo y de deshumanización del adversario".¹⁵

Para la Sala es significativo que la Corte Constitucional haya manifestado en uno de sus Autos que: "la violencia sexual es una práctica habitual, extendida, sistemática e invisible en el contexto del conflicto armado colombiano, así como lo son la explotación y el abuso sexuales (...)"¹⁶.

(...)

La Corte constitucional visibiliza los diferentes tipos de violencia que sufren las mujeres y las niñas en el marco del conflicto y que incluyen el desplazamiento forzado, la violencia sexual, prostitución forzada,¹⁷ embarazo forzado,¹⁸ aborto forzado,¹⁹ acoso sexual,²⁰ servicios domésticos forzados,²¹ los

¹⁴ 1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.// 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse,

¹⁵ Cfr. Corporación Sisma Mujer. Mujeres en Conflicto: Violencia sexual y Paramilitarismo. 2009. Página 27.

¹⁶ Corte Constitucional. Auto 092 de 2008, 14 de abril de 2008.

¹⁷ Por prostitución forzada se entiende la acción o conjunto de acciones impuestas para obtener servicios sexuales o el acceso a través de violación u otras formas de violencia sexual a cambio de las cuales la víctima o generalmente quien la controla recibe remuneración económica.

¹⁸ Por embarazo forzado se entiende la acción de control sobre una mujer embarazada, para asegurar la continuación de su embarazo o el nacimiento de su hijo, en contra de la voluntad de la madre; este embarazo puede ser el resultado de una violación pero no siempre ésta es la causa. En numerosas ocasiones, este intento de control incluye el confinamiento ilícito de la mujer embarazada.

¹⁹ Por aborto forzado se entiende el acto para interrumpir de manera inducida un embarazo contra la voluntad de la mujer en embarazo.

²⁰ Por acoso sexual se entiende cualquier presión o insinuación no deseada de la víctima y que busca la satisfacción de deseos sexuales. Puede darse a través de actos, propuestas, ofensas, gestos obscenos o comentarios sexuales.

²¹ Por servicios domésticos forzados se entiende el conjunto de acciones mediante el cual, generalmente, un grupo que detenta la fuerza obliga a una o varias personas a realizar para ellos labores domésticas que pueden trascender incluso a actos sexuales. Las personas son llevadas por los victimarios a sus cuarteles, campamentos y otros lugares, con el fin de

homicidios y señalamientos, y los homicidios precedidos de torturas y violencia sexual. El alto tribunal también encontró que hay un nivel destacado de subregistro de los hechos de violencia sexual, en especial cuando los perpetradores son actores armados, concluye la Corte que la evidencia disponible muestra una importante presencia de violencia sexual en el conflicto. La Corte Constitucional colombiana constató las siguientes manifestaciones de la violencia sexual en el conflicto armado en Colombia:

“a) actos perpetrados como parte de operaciones violentas de mayor envergadura; b) actos deliberados cometidos individualmente por los miembros de grupos armados; c) violencia sexual contra mujeres señaladas de tener relaciones familiares o afectivas (reales o presuntas) con un miembro o colaborador de alguno de los actores armados, por parte de sus enemigos; d) violencia sexual contra las mujeres y niñas que son reclutadas forzosamente por los grupos armados al margen de la ley; e) el sometimiento de las mujeres y niñas civiles a violaciones, abusos y acosos sexuales individuales o colectivos por parte de los miembros de los grupos armados con el propósito de obtener Estos su propio placer sexual, y actos de violencia sexual cometidos como retaliación contra las mujeres que se niegan o resisten; f) actos de violencia sexual, tortura, mutilaciones sexuales y desnudez pública forzosa o humillación sexual de las mujeres civiles que quebrantan con su comportamiento los códigos sociales de conducta impuestos por los grupos armados al margen de la ley; g) actos de violencia sexual contra mujeres que forman parte de organizaciones sociales, comunitarias o políticas, o que se desempeñan como líderes o promotoras de derechos humanos, o contra mujeres miembros de sus familias; h) prostitución forzada y esclavitud sexual de mujeres civiles; i) amenazas de cometer tales actos o atrocidades semejantes”²²

VIOLENCIA CONTRA LA MUJER-CONCEPTO

“ Se entiende por violencia contra la mujer como toda amenaza o todo acto de violencia, en contextos públicos y/o privados, motivado por la condición femenina de la víctima, que tiene o puede tener como objetivo causar un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, una coacción o una privación arbitraria de la libertad. La violencia contra la mujer tiene que ver con: (i) los actos de violencia física, sexual y psicológica producidos en la familia, incluidos los malos tratos y el abuso sexual de las niñas en el hogar; (ii) los actos de violencia física, sexual y psicológica perpetrados dentro de la comunidad en general; (iii) los actos de violencia física, sexual y psicológica en cuya perpetración o tolerancia tenga responsabilidad el Estado o los actores armados irregulares.

No obstante que las mujeres tienen todos los derechos reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos, la comunidad internacional ha considerado que son insuficientes para responder adecuadamente a la diversidad, especificidad y complejidad de las problemáticas de la mujer. En aras de hacer efectiva o cierta una sociedad igualitaria fue necesario crear unos instrumentos internacional especiales para las mujeres porque: (i) están expuestas a una mayor vulnerabilidad, tanto en el ámbito público como privado; (ii) tienen necesidades particulares que requieren de una acción especial de los Estados; (iii) son objeto de inequidades históricas; y (iv) son objeto de injusticias estructurales por el único hecho de ser mujer. “

INSTRUMENTOS INTERNACIONES QUE TIENEN COMO FIN PROTEGER A LA MUJER

Algunos de los instrumentos internacionales relacionados con la protección de las mujeres son:

que se conviertan en su personal de servicio doméstico.

²² Corte Constitucional. Auto 092 de 2008, 14 de abril de 2008.

□ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer²³ y Comité para supervisar el cumplimiento y la aplicación concreta por los Estados Partes de dicha Convención.

□ Protocolo facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.²⁴

□ Relatoría Especial sobre la violencia contra la mujer. Creada por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas para el estudio de la problemática, el seguimiento de la evolución de la situación y la formulación de recomendaciones para responder a problemas generales o hechos puntuales.

□ Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.²⁵ Convención de Belém do Pará”

□ Convención sobre los derechos políticos de la mujer.²⁶

□ Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado.²⁷

- Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.²⁸
- Declaración de la UNESCO sobre la contribución de las mujeres a una cultura de paz La violencia contra las mujeres, las niñas, los hombres y los niños en el Estatuto de Roma.²⁹
- Resolución 1325/2000 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. S/RES/1325/2000.413
- Resolución 1994/45 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas mediante la cual se nombra una Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer. E/CN. 4/RES/1994/45.

LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN EL ESTATUTO DE ROMA-CONSTITUYE CRIMEN DE GUERRA Y DE LESA HUMANIDAD

“Como ya lo ha manifestado la Sala en otras oportunidades, especialmente en la sentencia en la que se condenó a Fredy Rendón Herrera, alias “El Alemán”, la violencia sexual está referida y reconocida en el Estatuto de Roma como uno de los crímenes de lesa humanidad y crimen de guerra: la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia

²³ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981. Entrada en vigor para Colombia: 19 de febrero de 1982, en virtud de la Ley 51 de 1981.

²⁴ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución A/54/4, de 6 de octubre de 1999. Entrada en vigor: 22 de diciembre de 2000

²⁵ Adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994. Entrada en vigor el 5 de marzo de 1995. Entrada en vigor para Colombia: 15 de diciembre de 1996, en virtud de la Ley 248 de 1995.

²⁶ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 640 (VII), de 20 de diciembre de 1952. Entrada en vigor: 7 de julio de 1954. Entrada en vigor para Colombia: 5 de noviembre de 1986, en virtud de la Ley 35 de 1986.

²⁷ Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 3318 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974.

²⁸ Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 48/104, de 20 de diciembre de 1993.

²⁹ Adoptada por la Cuarta Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer, Beijing, del 4 al 15 de septiembre de 1995.

sexual de gravedad comparable.³⁰ Sin duda, varios de estos crímenes pueden ser aplicados para los casos de violencia contra los hombres, especialmente la violencia sexual.

Con fundamento en el Estatuto, la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada u otros abusos sexuales que constituyen también graves infracciones de los Convenios de Ginebra (conflictos armados internacionales)³¹ o graves violaciones del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra (conflictos armados que no son internacionales)³² son crímenes de guerra. De igual manera, el Estatuto incluye entre los crímenes de lesa humanidad, la tortura y la “violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable” cuando se cometen como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.³³

PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA-MARCO FUNDAMENTAL PARA EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS APLICABLE A LAS PERSONAS LGBTI

“ Los Principios de Yogyakarta son un conjunto de principios elaborados con fundamento en el derecho internacional de los derechos humanos, para ser aplicados a las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género (LGBTI); fueron acordados durante una reunión de expertos en Yogyakarta, Indonesia, promovida por la ONU.³⁴ En el año 2006, aproximadamente 54 Estados partes de la ONU solicitaron adelantar acciones para responder a las graves y crecientes violaciones a los derechos humanos de las personas LGBTI. Los Principios fueron presentados el 26 de marzo de 2007 en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, en Ginebra, y posteriormente fueron ratificados por la Comisión Internacional de Juristas.

1012. Resulta necesario precisar que los Principios no definen, ni reconocen nuevos derechos, sino que son la enunciación de derechos ya existentes en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. Por tanto, los Principios precisan las obligaciones que los Estados deben acatar para garantizar el pleno goce de los derechos de las personas LGBTI, en condiciones de igualdad y no discriminación en la sociedad.

Los Principios de Yogyakarta se sustentan en dos principios fundamentales para la protección de los derechos de las personas LGBTI:³⁵ (i) todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género diversas, tienen el derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos; (ii) la aplicación de los derechos humanos reconocidos debería tener en cuenta las situaciones y experiencias específicas de personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género. Para comprender los límites y alcances que tienen los referidos principios en el cumplimiento del deber de protección de los derechos humanos en cabeza de los Estados, se hace

³⁰ El Estatuto precisa que el concepto “género” se refiere a “los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad”. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 7, párr. 3.

³¹ *Ibid.*, art. 8, párr. 2 b), xxii).

³² *Ibid.*, art. 8, párr. 2 e), vi).

³³ *Ibid.*, art. 7, párr. 1 y 1 g).

³⁴ Los principios fueron elaborados a petición de Louise Arbour, ex Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2004-2008). Fueron redactados en noviembre de 2006 en la ciudad de Yogyakarta, Indonesia, por un grupo de 29 expertos en Derechos Humanos y derecho internacional de varios países. Entre ellos se encontraban Mary Robinson, ex Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, expertos independientes de la ONU, Manfred Nowak, Wan Yanhai, integrantes de los órganos de la ONU que hacen seguimiento a los tratados, jueces, académicos y activistas de los Derechos Humanos.

³⁵ Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género.

necesario estudiar los conceptos de orientación sexual e identidad de género.

1014. La introducción a los Principios de Yogyakarta indican que la orientación sexual (...) se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.”

DEPORTACIÓN, EXPULSIÓN, TRASLADO O DESPLAZAMIENTO FORZADO DE POBLACIÓN CIVIL- CONCEPTO/ DEPORTACIÓN, EXPULSIÓN, TRASLADO O DESPLAZAMIENTO FORZADO DE POBLACIÓN CIVIL- ALCANCE/ DEPORTACIÓN, EXPULSIÓN, TRASLADO O DESPLAZAMIENTO FORZADO DE POBLACIÓN CIVIL- IMPLICA MÚLTIPLES VIOLACIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

“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”³⁶, 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, deporta, expulsa, 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”.

(...)

“El desplazamiento forzado vulnera y amenaza más derechos humanos que cualquier otra forma de desconocimiento a la dignidad humana y las libertades fundamentales de las personas, siendo una calamidad pública de incalculables dimensiones humanitarias. En este problema social confluyen sucesiva o simultáneamente, violaciones sistemáticas a los derechos humanos, irreparables infracciones al derecho internacional humanitario, diversas prácticas de violencia social y política, y expresiones de intolerancia. Diversos autores definen el desplazamiento como el traslado, voluntario o involuntario, de una o varias personas de su lugar habitual de residencia a otro lugar, determinado o indeterminado, dentro de un territorio nacional.³⁷ Así, en la realidad de esta problemática social, encontramos que los desplazamientos pueden darse individual, familiar y masivamente. Las causas del desplazamiento obedecen a diversas circunstancias que de todas maneras afectan negativa y considerablemente la vida y subsistencia de las personas, familias y comunidades.”

(...)

Resulta una afirmación claramente objetiva el afirmar que el desplazamiento forzado conlleva un número amplio de violaciones a los derechos humanos. Tal y como lo ha manifestado la Corte Constitucional, “El desplazamiento forzado es un fenómeno social que da lugar a la vulneración múltiple, masiva y continua de los derechos fundamentales de los colombianos obligados a emigrar internamente.”³⁸ No solo afecta a las personas en su derecho a permanecer en el sitio

³⁶ APONTE Cardona, Alejandro. “El desplazamiento forzado como crimen internacional en Colombia”.

³⁷ Cabe aclarar que algunos autores establecen una diferencia conceptual entre migración y desplazamiento. Para estos autores, la migración es el traslado de personas de un territorio nacional a otro, mientras que el desplazamiento es el traslado en el interior de un territorio nacional.

³⁸ Corte constitucional. Sentencia SU-1150 de 2000.

escogido para vivir y el derecho a circular libremente por el territorio nacional, sino también una serie de derechos de carácter fundamental. Tal como lo expresó la Corte Constitucional:

“No existe discusión acerca de que el desplazamiento forzado apareja una violación múltiple, masiva y continua de los derechos de las personas obligadas a migrar. Por una parte, es claro que estas personas tienen que abandonar su domicilio en razón del riesgo que observan para su vida e integridad personal, peligro que se deriva de las amenazas directas que les son formuladas o de la percepción que desarrollan por los múltiples actos de violencia que tienen lugar en sus sitios de residencia.

El desplazamiento forzado comporta obviamente una vulneración del derecho de los nacionales a escoger su lugar de domicilio, al igual que de su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Asimismo, dado el ambiente intimidatorio que precede a los desplazamientos, estas personas ven conculcados sus derechos de expresión y de asociación.

De igual manera, en razón de las precarias condiciones que deben afrontar las personas que son obligadas a desplazarse, se presenta un atropello de los derechos de los niños, de las mujeres cabeza de familia, de los discapacitados y de las personas de la tercera edad.

Además, todas las personas forzadas a abandonar sus lugares de origen sufren un detrimento en sus ya de por sí muy afectados derechos económicos, sociales y culturales, y frecuentemente son sometidos a la dispersión de sus familias”.³⁹

CONCIERTO PARA DELINQUIR-PARA SU CONFIGURACION BASTA PERTENECER AL GRUPO ARMADO ORGANIZADO AL MARGEN DE LA LEY/ CONCIERTO PARA DELINQUIR- SE CONFIGURA CON EL SIMPLE ACUERDO DE VOLUNTADES ENTRE QUIEN INGRESA Y QUIEN TIENE LA FACULTAD DE INCORPORAR AL GRUPO ARMADO IRREGULAR.

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.⁴⁰ 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.”⁴¹

CONCIERTO PARA DELINQUIR SUBSUME EL DELITO 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

³⁹ *ibid.*

⁴⁰ 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.

⁴¹ CSJ, Sentencia de segunda instancia del 31 de julio de 2009, rad. 31539, M.P. Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

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.

“El concierto para delinquir cargado en contra de los postulados al trámite y beneficios de la Ley 975 del 2004, (sic) parte del presupuesto necesario de la conformación o pertenencia a **grupos armados** ilegales.

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

En esas condiciones, no admite discusión que la persona se encuentra vinculada al trámite de justicia y paz, en razón de que necesariamente hizo parte de un **grupo armado ilegal**. Por tanto, el empleo de armas de fuego se convierte en un elemento de los tipos penales imputables, desde donde surge que tal conducta no puede ser cargada de manera independiente, pues ella se subsume dentro de aquellas que hicieron viable la vinculación al procedimiento de la Ley 975 del 2005.”⁴²

DE LA 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. “

DE LA 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. “

DEL ENTRENAMIENTO PARA ACTIVIDADES ILÍCITAS-CONCEPTO

ARTICULO 341. Entrenamiento para actividades ilícitas. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente: El que organice, instruya, entrene o equipe a personas en tácticas, técnicas o procedimientos militares para el desarrollo de actividades terroristas, de escuadrones de la muerte, grupos de justicia privada o bandas de sicarios, o los contrate, incurrirá en prisión de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses y en multa de mil trescientos treinta y tres punto treinta y tres (1.333.33) a treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

RECLUTAMIENTO ILICITO- INSTRUMENTOS CONVENCIONALES APLICABLES A LOS MENORES MIEMBROS DE GRUPOS ARMADOS/ RECLUTAMIENTO ILICITO-ALCANCE

“ En el informe de 2010 del Secretario General de las Naciones Unidas “Los niños y el conflicto armado”, el funcionario señala los instrumentos convencionales aplicables a los menores

⁴² Segunda instancia rad. 36563 del 3 de agosto de 2011, M.P. Dr. José Luis Barceló Camacho. Posición fue ratificada por el alto Tribunal en decisión el 31 de agosto de 2011, rad. 36125 M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez.

miembros de grupos armados y se citan como “derecho internacional aplicable a los derechos y la protección de los niños en conflictos armados, en particular, los Convenios de Ginebra de 1949 y las obligaciones aplicables en virtud de sus Protocolos Adicionales de 1977, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, su Protocolo facultativo de 25 de mayo de 2000 y el Protocolo II; el Convenio número 182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, de 1997, y la Convención sobre Municiones en Racimo de 2008.”⁴³

(...)

La Corte Suprema de Justicia ha declarado frente al reclutamiento ilícito de menores que:

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

(...)

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

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

Su reclutamiento conduce a la desaparición de los futuros agricultores y al nacimiento de guerreros baratos, apasionados y no deliberantes, para quienes la única normalidad es la obediencia y la guerra; pero además, interrumpe la evolución cultural y económica del entorno social, sustituye la esperanza del bienestar colectivo por la convicción de que la intervención violenta facilita el cumplimiento de objetivos estratégicos de la máquina de muerte a la que sirven, también alienta la opción de la guerra como alternativa laboral posible para otros niños que enfrentan su evolución psicológica a la rebeldía de su orden, sustituye la inocencia por la sed de muerte, les roba sus sueños, acalla al campo, a la familia y a la sociedad en un mismo silencio, ya que la alegría y la felicidad huyen del tableteo de metralla.”⁴⁴

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.

⁴³ Informe 2010 del Secretario General de las Naciones Unidas: Los niños y el conflicto armado, en: Human Rights Watch, “Colombia - Grupos armados envían niños a la guerra,” 22 de febrero de 2010; UNICEF, Panorama: Colombia, <http://www.unicef.org> (consultado el 24 de agosto de 2012).

⁴⁴ CSJ, decisión del 24 de febrero de 2010, radicado 32889.

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

DE LOS ACTOS SEXUALES VIOLENTOS EN PERSONA PROTEGIDA-CONCEPTO

“El que con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice acto sexual diverso a acceso carnal, por medio de violencia en persona protegida, incurrirá en prisión de cuatro (4) a nueve (9) años y multa de cien (100) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

DESAPARICION FORZADA-ELEMENTOS PARA SU CONFIGURACION/DESAPARICION FORZADA- SE TRATA DE UN DELITO VIGENTE MIENTRAS NO SE ESTABLEZCA EL DESTINO O PARADERO DE LA PERSONA DESAPARECIDA

“ La Sala coincide con lo expresado en numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos⁴⁵, la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁴⁶ 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.⁴⁷

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

“La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar. [...] El deber de investigar

⁴⁵ 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.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ 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

hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance.”⁴⁸

TENTATIVA-CONCEPTO

“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...”

1256. 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.”⁴⁹

DELITOS DE EXACCIONES O CONTRIBUCIONES ARBITRARIAS-CONCEPTO/ DELITOS DE EXACCIONES O CONTRIBUCIONES ARBITRARIAS-ELEMENTOS PARA SU CONFIGURACION

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

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

Se trata de un delito, sin precedentes en la legislación y la jurisprudencia nacional e internacional, creado a partir del delito general de apropiación de bienes civiles protegidos por el derecho internacional humanitario⁵⁰. Del Código Penal se desprende que los elementos que definen el hecho delictivo son: (i) que la conducta se haya realizado con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado, y haya estado relacionada con él; (ii) que contenga un elemento subjetivo consistente en la imposición arbitraria de una acción, y un elemento objetivo, consistente en la acción y efecto de exigir contribuciones entendidas como: impuestos, prestaciones, multas y/o deudas; (iii) que la conducta consista en la imposición de un cobro injusto y violento a la población civil que afecta el patrimonio económico y la libertad de autodeterminación de la víctima⁵⁴, en virtud de las normas de derecho internacional aplicables a los conflictos armados no internacionales; (iv) que la imposición proceda con arbitrariedad, es decir que sea contraria a las leyes y dictada sólo por la voluntad o el capricho del victimario; (v) que la contribución no sea con el consentimiento de la víctima; (vi) que la conducta se haya cometido directamente, ordenada, instigada o inducida por quien haga parte de un grupo armado ilegal con ocasión y en

⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, doc. cit., párrafos 155 y 181.

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 8 de agosto de 2007, radicado 25974, M.P. Dra. María del Rosario González de Lemos.

⁵⁰ Cfr. Estatuto de Roma, artículo 8, 2.a), iv). Cfr. El Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907, en su artículo 48 establece: “Si el ocupante recauda en el territorio ocupado los impuestos, derechos y peajes establecidos en beneficio del Estado, lo hará, en cuanto sea posible, con arreglo a la tasa y distribución de impuestos en vigencia, resultando para él la obligación de proveer a los gastos administrativos del territorio ocupado en la medida que el Gobierno legal estaba obligado a ello.”

desarrollo de un conflicto armado; (vii) también cuando el victimario pudiendo impedir tales actos, no lo haga (comisión por omisión). “

DESTRUCCIÓN Y APROPIACIÓN DE BIENES PROTEGIDOS-CONCEPTO/ DESTRUCCIÓN Y APROPIACIÓN DE BIENES PROTEGIDOS-ALCANCE

“artículo 154: El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado y fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles sancionadas con pena mayor, destruya o se apropie por medios ilegales o excesivos en relación con la ventaja militar concreta prevista, de los bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa de quinientos (500) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Parágrafo: Para los efectos de este artículo y los demás del título se entenderán como bienes protegidos conforme al derecho internacional humanitario:

1. Los de carácter civil que no sean objetivos militares.
2. Los culturales y los lugares destinados al culto.
3. Los indispensables para la supervivencia de la población civil.
4. Los elementos que integran el medio ambiente natural
5. Las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.”

Como lo ha señalado esta Sala en anteriores oportunidades “las normas que prohíben la destrucción y apropiación de bienes protegidos, desarrollan los principios de proporcionalidad y distinción, consagrados por el DIH, conforme a los cuales las partes enfrentadas no pueden elegir cualquier medio de guerra no pueden realizar u ordenar ataques indiscriminados. El principio de distinción impone la obligación a los actores del conflicto de diferenciar a los combatientes de los no combatientes y los objetivos civiles de los militares”⁵¹ Al respecto la Corte Constitucional ha señalado que:

“El principio de distinción, que es una de las piedras angulares del Derecho Internacional Humanitario, se deriva directamente del postulado según el cual se debe proteger a la población civil de los efectos de la guerra, ya que en tiempos de conflicto armado sólo es aceptable el debilitamiento del potencial militar del enemigo. Dicho principio obliga a las partes en un conflicto a esforzarse por distinguir entre objetivos militares y bienes civiles.

Los bienes civiles son aquellos bienes que no pueden ser considerados legítimamente como objetivos militares; los objetivos militares, por su parte, son aquellos bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida”⁵².

SECUESTRO SIMPLE-CONCEPTO

“ 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

⁵¹ Ver Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, decisión de control de legalidad del 4 de septiembre de 2012, postulado Miguel Ángel Mejía Múnera, M.P. Dra. Uldi Teresa Jiménez López

⁵² Corte Constitucional, C-291 del 25 de ABRIL de 2007.

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.”

TANTO EN EL DELITO DE SECUESTRO EXTORSIVO, COMO EL DE SECUESTRO SIMPLE, SE REQUIERE DE UNA FINALIDAD CONCRETA

“ 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 no es precisado el objeto 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 denuncia 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**910. (Negrilla fuera del texto).”

TORTURA EN PERSONA PROTEGIDA-CONCEPTO/ 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.

1274. El artículo 12 de nuestra Constitución Política establece la prohibición de infligir a cualquier persona tratos crueles, inhumanos o degradantes y proscribire toda forma de tortura.

1275. 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. “

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.”

AUTORIA-CONCEPTO

“ Es autor quien realiza por sí mismo el crimen o el hecho punible.⁵³ 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.⁵⁴

1300. 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.⁵⁵ El doctrinante ROXIN afirma que:

“(…) quien sin estar coaccionado y sin depender de otro más allá de lo que socialmente es habitual realiza de propia mano todos los elementos del tipo es autor. Tiene en todos los casos imaginables el dominio del hecho. Se trata aquí del prototipo de la autoría, de la expresión más patente de la figura central (...) No se puede determinar un hecho de forma más clara que cuando uno mismo lo hace, no se puede tener las manos nada de una forma más libre que a través de la actuación de propia mano. El legislador al describir los diferentes tipos penales caracteriza al autor individual, de ésta manera sólo quien cumple todos los presupuestos del injusto allí establecidos es autor y lo es sin excepciones cuando los realiza⁵⁶.”

COAUTORIA-ELEMENTOS PARA SU CONFIGURACION

La doctrina ha considerado que el coautor no tiene por sí solo el dominio total del hecho, pero tampoco ejerce sólo un dominio parcial, sino que el dominio completo reside en las manos de varios, de tal manera que estos sólo pueden actuar conjuntamente, teniendo así cada de ellos (sic) en sus manos el destino del hecho global.⁵⁷”

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.⁵⁸ El plan común es el elemento subjetivo, que consiste en un acuerdo mínimo entre los coautores del punible (que puede ser expreso o tácito⁵⁹), cada uno de los cuales decide integrarse al plan criminal conjunto de manera consciente y voluntaria,⁶⁰ lo cual excluye los hechos aleatorios o cometidos por uno de los coautores fuera del plan

⁵³ 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

⁵⁴ ARBOLEDA Vallejo, Mario, Manual de Derecho Penal, partes general y especial, Editorial Leyer, págs. 168 y ss.

⁵⁵ ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho, Madrid, Editorial Marcial Pons, 1998, página 150.

⁵⁶ MÁRQUEZ, Álvaro Enrique. La autoría mediata en el derecho penal, Formas de instrumentalización, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2009, página 128.

⁵⁷ ROXIN, 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

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ VELÁSQUEZ Velásquez, Fernando. Manual de Derecho Penal, Parte General. Ed. Librería Jurídica COMLIBROS, Medellín, Colombia, 2007. Pág. 452

⁶⁰ SUÁREZ SÁNCHEZ Alberto. Autoría. 3ª edición, Ed. Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2007. Pág. 190

acordado.⁶¹ 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.⁶² 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.⁶³

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 su totalidad.⁶⁴ 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.⁶⁵ 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.”

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 (...).⁶⁶

1305. 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.⁶⁷ “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

⁶¹ 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

⁶² 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

⁶³ SUÁREZ SÁNCHEZ Alberto. Autoría. 3ª edición, Ed. Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2007. Pág. 193

⁶⁴ 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)

⁶⁵ ROXIN, 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

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ 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

común.”⁶⁸ “El acuerdo común puede ser previo o concomitante y, a su vez, expreso o tácito.”⁶⁹

1306. 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.⁷⁰

Con relación a la fase objetiva, la Corte ha sostenido que ésta comprende: (i) el codominio 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 – “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.”

DETERMINADOR-CONCEPTO/ REQUISITOS PARA SU CONFIGURACION

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”.⁷¹ Para que en una conducta punible pueda ser imputable bajo esta forma de participación criminal es necesario satisfacer cinco requisitos: 584(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 alcanzar, al menos, el grado de tentativa punible; (v) el instigador debe carecer del dominio del hecho. “

AUTORIA MEDIATA-CONCEPTO

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Sentencia del 21 de agosto de 2003, radicado 19213

⁶⁹ 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

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ 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.

La doctrina ha expresado que “autor mediato es quien se sirve de otro como “instrumento” para la ejecución de la acción típica.”⁷² En ese sentido, para que pueda predicarse la existencia de esta figura, el instrumento debe ser “irresponsable del hecho que ejecuta”⁷³ y “actuar en una causal de atipicidad o de justificación y, excepcionalmente, de inculpabilidad”.⁷⁴ Ello se desprende del “principio de responsabilidad”, según el cual si el ordenamiento jurídico permite la condena del supuesto “instrumento” por la conducta cometida, entonces el presunto hombre de atrás en realidad es un determinante de la conducta, mientras que si el “instrumento” es absuelto por el ordenamiento, por considerarse que no es responsable del delito perpetrado, el presunto hombre de atrás sí lo es, pues se comprueba que era “titular del dominio de la voluntad” al momento de la comisión del acto y sólo será condenado éste en calidad de autor mediato.⁷⁵

AUTORIA MEDIATA EN ESTRUCTURAS DE PODER-REQUISITOS PARA SU CONFIGURACION

“ 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:⁷⁶

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

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

(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;

⁷² SUÁREZ SÁNCHEZ Alberto. Autoría. 3ª edición, Ed. Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2007. Pág. 275

⁷³ 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)

⁷⁴ VELÁSQUEZ Velásquez, Fernando. Manual de Derecho Penal, Parte General. Ed. Librería Jurídica COMLIBROS, Medellín, Colombia, 2007. Pág. 440 (Negrilla y subrayado fuera de texto)

⁷⁵ 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)

⁷⁶ ROXIN, Claus, Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizadall. En: Revista penal, N° 2. Madrid: La ley. (Trad. Enrique Anarte) Pág. 64.

(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”.⁷⁷ 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”,⁷⁸ 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.

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ Ibidem.

--	--