

**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: 31 DE OCTUBRE DE 2014
4. Número del proceso: 11001600253200680008 N.I. 1821
5. Identificación de las partes: Fiscalía Dirección de Justicia Transicional
6. Postulados: Salvatore Mancuso Gómez, José Bernardo Lozada Artuz, Jorge Iván Laverde Zapata, Isaías Montes Hernández, Juan Ramón de las Aguas Ospino, Jimmy Viloria Velásquez y Lenin Geovanny Palma Bermúdez
7. Magistrada ponente: Dra. Alexandra Valencia Molina

**PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ-DEBER DE LOS JUECES DE APLICAR LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES**

“ La operancia de estas dos grandes categorías de crímenes graves contra la comunidad internacional, a saber, los crímenes de guerra o infracciones graves al derecho internacional humanitario y los crímenes de lesa humanidad, ponen de presente el deber de *observancia a la normatividad internacional en la jurisdicción especial de justicia y paz*, situación de *iure* que asume relevancia, cuando se entiende la necesidad de orientar esta justicia transicional a un escenario que permita visualizar la historia de un conflicto, producto de la edificación de un grupo criminal que paralizó y perpetró la legitimidad de un Estado.

De esta manera, la observancia de la normatividad internacional, dista de ser una iniciativa para revestir un componente estructural dentro de un proceso que pretende, no solo judicializar a los actores del conflicto, sino aún más reivindicar el papel de las víctimas como protagonistas del post conflicto, víctimas que responden a un carácter individual y colectivo en el entendido de que fue una sociedad la que declinó su esperanza para ver cómo su historia menguaba con los propósitos de paz que fueron plasmados en la Constitución Política de 1991 como un derecho y un deber constitucional.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha señalado: “La dinámica procesal consagrada en la Ley de Justicia y Paz reclama de los funcionarios judiciales la plena observancia de normas constitucionales y de **instrumentos internacionales**, en orden a que eviten incurrir en irregularidades que impidan avanzar en este proceso de reconciliación”.<sup>1</sup>

**CONTROL DE CONVENCIONALIDAD-CONCEPTO/ CONTROL DE CONVENCIONALIDAD/ LO DEBEN EJERCER TODOS LOS JUECES QUE CONFORMAN LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA/ CONTROL DE CONVENCIONALIDAD-IMPlica QUE TAMBIEN DEBE EJERCERSE CON FUNDAMENTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO**

“ Así las cosas, se debe mencionar que el control de convencionalidad predica una especie de control de constitucionalidad dirigido a la Convención Americana de Derechos Humanos y a la interpretación que de ella se hace, es decir, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>2</sup>.

Respecto de este concepto, surgen para la Sala dos cuestionamientos: (i) ¿Qué autoridad está obligada a realizar el control de convencionalidad? (ii) ¿Con qué instrumentos internacionales se debe dar ese enfrentamiento normativo? Para resolver el primer interrogante, esta Sala debe remitirse al pronunciamiento que sobre el particular ha tenido la Corte IDH:

“Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 31539, 31 de julio de 2009, M. P. Augusto José Ibáñez Guzmán

<sup>2</sup> Para analizar tema del Control de Convencionalidad. Ver: Ernesto Rey Canto, *Control de Convencionalidad de las leyes y Derechos Humanos*, Editorial Porrúa, Biblioteca Porrúa, Derecho Procesal Constitucional, p. 46.

sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. El Poder Judicial debe ejercer un control de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”<sup>3</sup>.

Y posteriormente, complementa:

“Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.<sup>4</sup>

En ese sentido, la Corte IDH ha avanzado en su jurisprudencia al ampliar el campo de acción del control de convencionalidad, advirtiendo que no solo resulta aplicable a los jueces, sino de igual manera a los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles. En consecuencia resulta del todo certero hacer hincapié en este pronunciamiento señalado por la Corte IDH, pues basta mencionar que la Sala de Justicia y Paz al hacer parte de la Rama Judicial, se encuentra obligada a realizar el control de convencionalidad en su jurisprudencia.

En relación con el segundo cuestionamiento, es preciso retomar la jurisprudencia de la Corte IDH para dar claridad sobre el particular. Inicialmente y como ya fue mencionado, la figura del control de convencionalidad fue prevista para la confrontación entre una norma interna y la Convención Americana (junto con la interpretación que de ella se hace). Sin embargo, el Tribunal Interamericano, en un desarrollo conceptual de la noción del control de convencionalidad ha ampliado este aspecto y ha estudiado la compatibilidad de una norma de orden interno con instrumentos internacionales propios del DIH.

En este sentido la Corte ha mencionado:

“Ya ha sido expuesto y desarrollado ampliamente en los casos *Gomes Lund Vs. Brasil* y *Gelman Vs. Uruguay* resueltos por esta Corte (...) sobre la

<sup>3</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr., 124, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, *supra nota 30*, párr. 219, y Caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, *supra nota 30*, párr. 202, Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, Párrafo 225, Corte IDH. Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, Párrafo 164 y otros.

<sup>4</sup> Corte IDH. Caso *Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C No. 246, Párrafo 303

*incompatibilidad de las leyes de amnistía relativas a graves violaciones de derechos humanos con el derecho internacional y las obligaciones internacionales de los Estados.*

*Sin embargo y a diferencia de los casos abordados anteriormente por este Tribunal, en el presente caso se trata de una ley de amnistía general que se refiere a hechos cometidos en el contexto de un conflicto armado interno. Por ello, la Corte estima pertinente, al realizar el análisis de la compatibilidad de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz con las obligaciones internacionales derivadas de la Convención Americana y su aplicación al caso de las Masacres de El Mozote y lugares aledaños, hacerlo también a la luz de lo establecido en el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 así como de los términos específicos en que se acordó el cese de las hostilidades que puso fin al conflicto en El Salvador y, en particular, del Capítulo I ("Fuerza Armada"), punto 5 ("Superación de la Impunidad"), del Acuerdo de Paz de 16 de enero de 1992.<sup>5</sup> (Subrayado de la Sala)*

Por tanto, es válido precisar que por desarrollo jurisprudencial se debe entender que el control de convencionalidad, cuando la situación fáctica lo exige –caso del conflicto armado interno– también implica el estudio de compatibilidad entre una disposición interna, así como la jurisprudencia, y los instrumentos internacionales del Derecho Internacional Humanitario."

#### **CRIMENES DE LESA HUMANIDAD-ANTECEDENTES HISTORICOS DE SU EXISTENCIA/ CRIMENES DE LESA HUMANIDAD-SU OCURRENCIA SE PUEDE DAR EN ESCENARIOS DE GUERRA O DE PAZ/ CRIMENES DE LESA HUMANIDAD-ELEMENTOS PARA SU CONFIGURACION**

" Históricamente el concepto de "lesa humanidad", ha mutado en diferentes instrumentos que de una u otra forma han apropiado la congruencia de un conflicto y en esa lógica han diseñado una alternativa que permita contrarrestar o magnificar unos hechos reveladores de una maquinaria que alteró los estándares comunes de una sociedad, *verbi gratia* el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg de 1945, la ley del Consejo de Control Nº 10, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona, los cuales han diseñado diferentes definiciones o elementos en relación con la categoría de "Les Humanidad"<sup>6</sup> que independientemente de su divergencia han

<sup>5</sup> Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, Párr. 284.

<sup>6</sup> "En Núremberg, por ejemplo, se estableció que dichos crímenes debían cometerse "contra población civil antes de la guerra o durante la misma", de lo cual se infiere que solo podían configurarse dichas conductas contra la población civil y en relación con la guerra, aunque no exclusivamente durante el desarrollo de la misma. En sentido semejante, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia entiende que los "Crímenes contra la humanidad" son aquellos que han "sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil". Dicho estatuto recogió los elementos del contexto –conflicto armado– y el tipo de víctimas –población civil– para la configuración de tales conductas. Sin embargo, en esta definición no se establecieron los requisitos de sistematicidad o generalidad para esta clase de crímenes. No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha desarrollado una especial noción de *crimen de lesa humanidad* y se ha apartado en cierta medida de lo descrito en el estatuto de la misma corporación, principalmente en relación con el requisito de existencia de un conflicto para que se configure la referida conducta, así como en lo atinente a los requisitos de sistematicidad o generalidad. En este sentido,

sido antecedentes para la concertación de unos elementos necesarios que se concretaron en el artículo 7º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional:

*"Artículo 7. Crímenes de lesa humanidad:*

*1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes [...] cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque"*

En razón de esta definición, es preciso abordar los elementos definitivos de los crímenes de Lesa Humanidad, que se pueden concretar de la siguiente manera:

- a) La ausencia del requisito de la conexión con un conflicto armado.
- b) La existencia de un ataque.

en la sentencia de apelación en el asunto *Prosecutor v. Tadic*, el Tribunal para la ex Yugoslavia estableció que "(...) el derecho internacional consuetudinario ya no requería como condición la existencia de un lazo entre los crímenes contra la humanidad y un conflicto armado internacional; por consiguiente este puede cometerse en tiempos de paz. Por lo demás, ya en la Convención de 1968 sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, se hacía referencia en su artículo 1º b), a los crímenes de lesa humanidad "cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg del ocho de agosto de 1945(...)" . Por su parte, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda establece que esta corporación será competente para conocer de crímenes de lesa humanidad si estos "han sido cometidos en el curso de un ataque generalizado y sistemático, y dirigidos contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso". En este caso se incluyen los requisitos de generalidad, sistematicidad y dirección de la conducta en relación con un grupo específico, sin consideración alguna a la existencia de un conflicto armado. El artículo 7 del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional establece que se entenderá por "crímenes de lesa humanidad" aquellos del listado "que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque". Además señala que las acciones judiciales previstas para su persecución así como las sanciones correspondientes serán imprescriptibles. Por su parte, el artículo 2 del Estatuto para la Corte Especial para Sierra Leona considera "crimen contra la humanidad" todo ataque sistemático o generalizado contra la población civil, mientras que el artículo 9 del Estatuto para las Cámaras Extraordinarias de Camboya se refiere expresamente a la definición de "crímenes contra la humanidad" prevista en el Estatuto de Roma." Ver. *Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia*. Págs. 14, 15 y 16. Autores por ProFis Andreas Forer y Claudia López Díaz. GTZ, 2010.

<sup>7</sup> Se hace referencia a los delitos de 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 o cualquier otra forma de violencia sexual 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 o física.

- c) La generalidad o sistematicidad.
- d) La población civil.
- e) Del conocimiento que se debe tener del ataque.

#### **5.1.1.1. La ausencia de requisito de “conexión con un conflicto armado”.**

Sobre el particular, es preciso mencionar que la noción acogida por el Estatuto de Roma respecto de los crímenes de Lesa Humanidad, implica que la ocurrencia de los mismos se puede dar en escenarios de “guerra o de paz”.

No obstante, esta noción inicialmente no se contemplaba con la figura de los delitos de lesa humanidad, así, *verbi gratia*, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional de la ex Yugoslavia exigía la existencia de un conflicto armado y la participación de agentes estatales<sup>8</sup> para la configuración de este crimen internacional. De esta manera lo señalaba el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, al puntualizar:

*“Artículo 5: El Tribunal Internacional tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado, interno o internacional”*<sup>9</sup>.

Posteriormente, el Tribunal para la ex Yugoslavia en la sentencia de apelación en el asunto Prosecutor vs. Tadic se apartó de dicho requerimiento, señalando:

*“(… ) el derecho internacional consuetudinario ya no requería como condición la existencia de un lazo entre los crímenes contra la humanidad y un conflicto armado internacional; por consiguiente este puede cometerse en tiempos de paz. Por lo demás, ya en la Convención de 1968 sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, se hacía referencia en su artículo 1º b), a los crímenes de lesa humanidad ‘cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg del ocho de agosto de 1945(… )”*<sup>10</sup>.

En conclusión, prescindir de este requerimiento, reviste particular importancia, por cuanto (i) extiende la competencia material de la Corte Penal Internacional, en el entendido de que permite que resulten imputables hechos que no encajan dentro de los crímenes de guerra, como figuras que requieren un mayor grado de especialidad<sup>11</sup> y (ii) - en nuestro escenario - excluye la necesidad de acreditar la existencia de un conflicto

armado, como una condición para declarar la existencia de un crimen de lesa humanidad<sup>12</sup>.

(...)

#### **5.1.1.2. Del ataque.**

El Estatuto de Roma en el Art. 7.2 establece:

##### **“2. A los efectos del párrafo 1:**

*Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política”.*

Sea lo primero anotar que el término de ataque refiere a la naturaleza de la acción dirigida en contra de cualquier población civil<sup>13</sup>. Con relación a la forma de consecución de este ataque, se precisa que no está dirigido exclusivamente a un ataque de orden militar sino a cualquier campaña u operación<sup>14</sup>, pero siempre deben estar dirigidos contra la población civil, de ahí que precisamente, no toda operación militar, a menos que se dirija contra la población civil, es un ataque, en el entendido de los crímenes de lesa humanidad.<sup>15</sup>

Posición que fue mencionada por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en el caso Kunarac, al señalar:

*“(… ) en materia de crímenes de lesa humanidad, el ataque no se limita a las hostilidades, sino que también puede comprender situaciones donde malos tratos son infringidos a personas que no participan directamente en las hostilidades, personas detenidas, por ejemplo”*<sup>16</sup>.

Esta noción se recoge de lo mencionado por primera vez en el juicio “Akayesu”<sup>17</sup>, donde se establece que un ataque no necesariamente debe ser violento en atención a su naturaleza.

Sin embargo, es preciso aducir, que la existencia del elemento del ataque implica de suyo que la comisión del acto individual, debe ser cometido como parte de un ataque generalizado y sistemático, de tal manera que los actos individuales *per se* no poseen el mismo fundamento o característica<sup>18</sup>.

Sobre este punto es necesario resaltar tres cuestiones: el aspecto cualitativo, cuantitativo y la calidad del agente de quien ejecuta el ataque.

En razón del aspecto cualitativo es preciso determinar, cuales son las conductas que insinúa el concepto del ataque. El Estatuto de Roma señala de manera explícita los actos que conllevan a la consecución de los crímenes de Lesa Humanidad (Asesinato, Exterminio; Esclavitud; Deportación o

<sup>8</sup>“Esta es una de las características del Tribunal Internacional para Yugoslavia, que recogió la definición empleada en el artículo 6 c) del Estatuto del Tribunal de Núremberg. Las dificultades para probar la existencia de un conflicto armado fueron resueltas finalmente en el caso Fiscal v. Tadic, No. IT-94-1-A, 238-72 (ICTY, Sala de Apelaciones, Julio 15, 1999, donde el Tribunal señaló que bastaba mostrar que existía un enfrentamiento armado, sin necesidad de cualificar si se trataba de un conflicto con o sin carácter internacional.” Corte Constitucional, sentencia C- 578 de 200, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>9</sup> Esta conducta está incluida en los Estatutos de los Tribunales de Yugoslavia (artículo 5(g)) y Ruanda (artículo 3(g), pero no fue incluida en el Estatuto del Tribunal de Núremberg.

<sup>10</sup> Estatuto del tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia, 25 de mayo de 1993.

<sup>11</sup> TPIY, Sala de Primera Instancia, Caso Dusko Tadic - alias Dule. Sentencia del 7 de mayo de 1997. Cita tomada de *Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia*, pág 15.

<sup>12</sup> Ibídem

<sup>13</sup> Ob cit. La Corte Penal Internacional, Justicia versus Impunidad, pp. 120

<sup>14</sup> Ob. Cit. Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia. Pág. 183

<sup>15</sup> Corte Penal Internacional. Caso Jean Pierre Bemba Gombo. 15 of June of 2009

<sup>16</sup> Cfr. METRAUX, P. 246. Cita tomada de ob. Cit Temas de Derecho Penal Internacional y europeo.

<sup>17</sup> TPIR. “Prosecutor v. Akayesu”, supra nota 64, par. 581

<sup>18</sup> Ob. Cit. Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo, p. 184

traslado forzoso de población; entre otras)<sup>19</sup>, conductas sobre los cuales no existe duda respecto de su aplicación, es decir, la ocurrencia de alguna de estas conductas, satisface el elemento cualitativo del ataque.

La pregunta en ese sentido no deriva, de los actos que se encuentran taxativamente señalados en el Estatuto de Roma, sino de aquellos que aun cuando fuesen cometidos generalizada y sistemáticamente y ostentando la calidad de violación de derechos humanos, no se encuentren en el listado que ofrece el Estatuto de Roma.

La respuesta o el origen de esta inquietud se suscita en la sección 5.2 de la Regulación 15 / 2000, puesto que allí se omite la definición del ataque que contempla el Estatuto de Roma, situación que en principio permitiría la inclusión de aquellos actos violatorios de derechos humanos que no se señalan en el mismo. Sin embargo, siguiendo a KAI AMBOS, esa omisión no puede sustentar la inclusión de actos no comprendidos entre los actos inhumanos enumerados en la definición de ataque del Estatuto de Roma, en consecuencia, la violación de derechos humanos como la denegación de un proceso justo o la trasgresión de la propiedad no se constituye como parte de un ataque<sup>20</sup>.

En relación con este aspecto, la Sala desea precisar que si bien el Estatuto de Roma ha señalado unas conductas específicas en relación con los crímenes de Lesa Humanidad, las mismas no resultan excluyentes respecto de otras que acrediten los parámetros que el mismo Estatuto dispone en el Art. 7.1 literal k: (i) actos inhumanos, (ii) de carácter similar a los señalados en el Estatuto, (iii) que causen intencionalmente grandes sufrimientos, (v) o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física, cumpliendo el designio esencial de los crímenes de lesa humanidad.

Se realiza esta precisión, por cuanto para la Sala es claro que los hechos que han tenido ocurrencia en el marco del conflicto armado en Colombia y que han sido narrados en el escenario que ofrece la Ley de Justicia y Paz, hacen parte de atmósferas que no encuentran un precedente histórico o legal, situación que permite afirmar que la reconstrucción de una verdad histórica no puede verse limitada o restringida a un listado de conductas para finalmente verificar su magnitud en los aspectos más sensibles de la humanidad. En consecuencia, esta jurisdicción entiende que las disposiciones de orden internacional que han sido producto de experiencias donde la violencia y el conflicto han tenido protagonismo, no pueden ser una limitante en el proceso de justicia y paz, contrario sensu, deben ser el instrumento que permite cumplir los propósitos del mismo.

(...)

#### ***De la generalidad o sistematicidad del ataque.***

Lo primero que se debe advertir, es que tanto el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia como el Tribunal Internacional para Ruanda, han sido enfáticos en mencionar que con la ocurrencia de la generalidad o la sistematicidad será suficiente para acreditar este elemento<sup>21</sup>, es decir no será necesario la concurrencia de ambas<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Estatuto de Roma art. 7.1

<sup>20</sup> El doctrinante KAI AMBOS argumenta esta posición conforme a la jurisprudencia de los Tribunales Ad hoc. Ob. Cit Temas de Derecho Penal Internacional y europeo, p. 184

<sup>21</sup> "Prosecutor v. Tadic" pars. 646 – 648; "Prosecutor v. Akayesu", par. 579; "Prosecutor v. Kayishema", par 123; "Prosecutor v. Rutaganda", pars 67-68; "Prosecutor v. Musema", pars. 202 -203; "Prosecutor v. Blaskic", par. 207, "Prosecutor v. Kunarac", caso núm. IT -96-23 e IT-96-23/1, juicio de 22 de febrero de 2001, par. 427, "Prosecutor v. Kordic", par 178; "Prosecutor v. Bagilishema", caso núm. CPIR – 95-1A-T, juicio de 7 de junio de 2001, par.77. Cita Tomada de

Conforme a lo anterior y en atención a que el criterio de "generalizado" se determina principalmente por la cantidad de las víctimas<sup>23</sup>, y que ha sido ampliamente verificado que las víctimas directas registradas por los 134 hechos son numerables<sup>24</sup>, esta Sala centrará su estudio en el aspecto de la sistematicidad.

##### **5.1.1.2.1. Sistematicidad**

Este criterio obedece a la existencia de un plan que ha sido minuciosamente organizado y ha seguido una pauta regular teniendo como punto de partida una política común<sup>25</sup>, en consecuencia, el ataque que se lleve a cabo debe responder a esa política o plan preconcebido<sup>26</sup>. Por tanto, la noción de sistematicidad excluye cualquier probabilidad de que los actos sean ejecutados de manera fortuita<sup>27</sup>.

Al igual que todos los elementos que han sido abordados, la sistematicidad obedece a una serie de parámetros que deben ser verificados en el contexto que nos ocupa.

Estos componentes fueron descritos en el caso "Blaskic" por la Corte Penal Internacional en la Cámara Procesal I, a saber:

- La existencia de un objetivo político, de un plan para cuyo cumplimiento se llevó a cabo el ataque, o de una *ideología*, en el sentido amplio de la palabra, esto es, destruir, perseguir o debilitar a una comunidad.
- La comisión de un acto criminal a una escala muy grande en contra de un grupo de civiles, o la perpetración repetida y continua de actos inhumanos vinculados entre sí.
- La preparación y el uso de recursos públicos y privados significativos, han de ser de tipo militar o de otro tipo.
- La participación de autoridades de alto rango político, militar o de ambos en la definición y en el establecimiento del plan metódico<sup>28</sup>.

(...)

#### **De la población civil**

Con relación a este elemento, debe indicarse que desde el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, se le otorgó una importancia preponderante, pues allí se precisó que los crímenes de lesa humanidad deben dirigirse "*directamente en*

Ob.cit Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo. P. 186.

<sup>22</sup>TPIY, Sala de Primera Instancia, Caso *Dusko Tadic - álias Dule*.

<sup>23</sup>TPIY, Cámara II de apelaciones, Caso *Kunarac, Kovac y Vukovic*. Sentencia de 12 de junio del 2002.

<sup>24</sup> De acuerdo con la presentación de los hechos aportada por la Fiscalía, las víctimas directas de los hechos que fueron objeto de control formal y material por la Sala superan el número de 330. Véase. Hechos controlados formal y materialmente por la sala.

<sup>25</sup> Cfr."Prosecutor v. Akayesu", par. 580. La misma Cámara confirma esta postura en "Prosecutor v. Rutaganda", par. 69, "Prosecutor v. Musema", par 204. Cita Tomada Temas de Derecho Penal Internacional y europeo. p 186.

<sup>26</sup> "Prosecutor v. Kayishema" par. 123.

<sup>27</sup> "Prosecutor v. Kunarac" par, 429

<sup>28</sup>"Prosecutor v. Blaskic", par 203; "Prosecutor v. Kordic", par 179. Cita tomada de Temas de Derecho Penal Internacional y europeo, p. 187.

*contra de cualquier población civil*", énfasis en que se ha insistido a la fecha<sup>29</sup>.

Para un cabal entendimiento del término población civil, se deben abordar dos criterios sobre el mismo, desde el punto de vista de un *status formal* y *material*.

En relación con el primero de ellos, el *status formal*, se dirá que responde a la necesidad de verificar la condición de la víctima durante el ataque, para lo cual deviene necesario demostrar que *no perteneció* a los grupos en conflicto<sup>30</sup>, condición *sine quanon* para adquirir la condición de población civil.

En ese entendido se visualizan acepciones como la siguiente:

*"... En el marco del derecho internacional humanitario (DIH), para que una persona sea considerada parte de la población civil debe reunir las siguientes características: (i) no pertenecer a ninguno de los grupos armados en conflicto, sin importar que en el pasado haya estado vinculado al mismo; y, (ii) no participar directa o indirectamente, bajo ninguna circunstancia en las hostilidades del conflicto..."*<sup>31</sup>.

Al respecto, es preciso anunciar que inicialmente, el concepto de "población civil" se circunscribió a la protección de las víctimas de guerras "cíviles", cuestión que no pertenece del todo al alcance de los crímenes de lesa humanidad, pues como ya se ha abordado, estos tienen un margen de aplicación más extenso que el de los delitos en contra del derecho internacional humanitario o crímenes de guerra, de tal manera que la prohibición de cometer crímenes contra la humanidad está al servicio de la protección de los derechos humanos de los civiles en general<sup>32</sup>.

Por su parte, el *status material*, se debe mencionar que, por parte del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia, la confrontación *status formal vs status material*, empezó a develarse al mencionar:

*"... No acabamos de ver por qué, según estas resoluciones (...), sólo es necesario proteger a los civiles y no también a los combatientes, por cuanto podemos afirmar que las mismas poseen un propósito y un alcance humanitario más amplios que los que prohíben los crímenes de guerra..."*<sup>33</sup>.

Indudablemente la noción de población civil en los crímenes de guerra respecto de los crímenes de lesa humanidad dista en su alcance, por los mismos propósitos trazados en cada uno de ellos. Consecuente con ello, en el caso "*Blaskic*" se adujó:

*"... Cuando se habla de crímenes contra la humanidad no significa que se trate de actos cometidos tan sólo en contra de civiles, en el sentido estricto del término, sino que entre ellos pueden contarse así mismo*

<sup>29</sup> TPIY. Cámara de Apelaciones. Caso Kunarac. 12 de junio del 2002. "The expression 'directed against' is an expression which 'specifies that in the context of a crime against humanity the civilian population is the primary object of the attack'. Cita Tomada de: Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia. Autores por ProFis Andreas Forer, Claudia López Díaz. Colaboradores: Jorge Errandonea, Juan Pablo Cardon, Diego González. Pp 21

<sup>30</sup> Ob. Cit. Tomada de Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia. Autores por ProFis Andreas Forer, Claudia López Díaz. Colaboradores: Jorge Errandonea, Juan Pablo Cardon, Diego González. Pp 21

<sup>31</sup> Ver. Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Magistrado Ponente: Eduardo Castellanos Roso. Hébert Veloza García. Pág. 317.

<sup>32</sup> Cfr. Ob cit. Temas del Derecho Penal Internacional y Europeo, pp 191.

<sup>33</sup> "Prosecutor v. Kupreskic", parr. 547.

crímenes en contra de dos categorías de personas: las que fueron miembros de un movimiento de resistencia y de combate – independientemente de que usaran o no uniforme- pero que ya no tomaban parte en las hostilidades cuando los crímenes fueron cometidos, sea porque, habían abandonado el ejército o porque ya no cargaban armas consigo o, en fin, porque habían quedado fuera de combate, sobre todo por sus heridas o por haber sido arrestados. Se sigue así mismo que la situación específica de la víctima en el momento en que se cometieron los crímenes debe tomarse más en cuenta que su condición a la hora de determinar su calidad de civil...<sup>34, 35</sup>.

Por tanto, esta Sala coincide con la idea de que, en tratándose de crímenes de guerra, la expresión *población civil* no se define de conformidad con el *status formal*, es decir, en atención a la condición de la víctima durante el ataque, para lo cual deviene necesario demostrar que *no perteneció* a los grupos en conflicto. Por el contrario, será la situación fáctica de la víctima al momento de comisión de los crímenes, más que su estatus, lo que determine la condición de población civil<sup>36</sup>.

#### 5.1.1.3. *Del conocimiento que se debe tener del ataque*

La aludida condición de conocimiento, implica un *elemento de intencionalidad especial* en los crímenes de lesa humanidad, que ha sido destacado por el TPIY, al referir que estos crímenes, contienen una naturaleza especial a los que se atribuye un mayor nivel de gravedad moral (*moral turpitudine*). Este elemento de connotación subjetiva se identifica con la *intención* de cometer el crimen y el *conocimiento* del contexto particular de ataque a una población civil en el que esté se lleva a cabo<sup>37</sup>.

Sobre el particular, existen dos corrientes que explican el alcance de este elemento.

La primera de ellas, hace referencia al texto del artículo 30 del Estatuto de Roma que establece:

*"... Elemento de intencionalidad:*

<sup>34</sup> "Prosecutor v. Blaskic", par. 214.

<sup>35</sup> <Crimes against humanity therefore do not mean only acts committed against civilians in the strict sense of the term but include also crimes against two categories of people: those who were members os a resistancemovement and former combatants- regardless of whether they wore a uniform or not – but who were no longer taking part in hostilities when the crimes were perpetrated because they had either left the army or were no longer bearing arms or, ultimately, had been placed hors the combat, in particular, due to their wounds or their being detained. It also follows that the specific situationof the victim at the moment the crimes were committed, rather than his status, must be taken into account in determining his standing as a civilian" Cita tomada. ob cit. Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo, p. 193

<sup>36</sup> TPIY. Judgement. *The Prosecutor Vs. Tihomir Blaskic*. 3 de marzo de 2000. "The factual situation of the victim at the moment the crimes are committed, rather than his or her actual status, must be considered in determining standing as a civilian. Finally, the presence of soldiers within an intentionally targeted civilian population does not alter the civilian nature of the population". Cita Tomada de Ob. Cit. Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia. Pp. 22. Sobre este tema, ver en la calificación de los actos individuales, el acápite de "Homicidio en persona protegida", en el cual se valorara los hechos que se enmarcan en el patrón de macrocriminalidad Nº 10, que refiere a "Casos que se convirtieron en práctica de matar o desparecer personas integrantes del propio grupo armado ilegal por indisciplina y a sus colaboradores por incumplimiento de convenios"

<sup>37</sup> Cfr. Ob. Cit. La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad. Pág. 123

*A los efectos del presente artículo, por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras “a sabiendas” y “con conocimiento” se entenderán en el mismo sentido.<sup>38</sup>*

En desarrollo de lo anterior, valedero resulta indicar que la ilustración del elemento del conocimiento implica la certeza de un acontecimiento verificable en la ocurrencia posterior al acontecimiento inicial, en ese sentido el *conocimiento* va dirigido al *hecho - consecuencia*, más no al *hecho - origen*.

Frente a esa posición, sostiene esta Sala que si bien el elemento de estudio responde al “*conocimiento*”, este no se puede analizar de una manera aislada, principalmente si se entiende que la acepción de los crímenes de lesa humanidad refiere al “*conocimiento de dicho ataque*”<sup>39</sup>, premisa que no solo sugiere, sino intima a una noción contextual de los crímenes de lesa humanidad.

Sobre el particular, es conveniente citar el criterio que frente al tema, esbozó el tratadista KAI AMBOS, al mencionar:

*“... Es evidente que el criterio mental de la sección 18 {definición del conocimiento que se relaciona con la del Art. 30 del Estatuto de Roma} ha sido reemplazado por el requisito más específico de la sección 5.1, a saber el <conocimiento de ataque> (Art. 7 del Estatuto de Roma)....<sup>40</sup>*

Dicha interpretación coincide con el criterio de esta Sala, máxime si se atiende a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, donde se establece la regla general de interpretación de los Tratados Internacionales, que al respecto dispone:

*“... Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin....”*

Es preciso recordar que conforme al artículo 7º del Estatuto de Roma, se establece el conocimiento respecto del ataque, y se debe entender en este sentido pues es la interpretación que los términos de la disposición establecen.

La segunda corriente, ha sido acogida por los tribunales *ad hoc* y es desarrollada por el Derecho Consuetudinario Internacional. Según esta corriente para acreditar este elemento “solamente se exige conciencia del riesgo de que la conducta forma parte, objetivamente, de un ataque más amplio”<sup>41</sup>, lo que implica admitir, que el sujeto debe saber, que si la conducta fuese ejercida por fuera del contexto del “ataque” no sería tan grave.

En tal sentido, la persona debe tener conocimiento tanto del ataque como del vínculo que hace que el acto penal individual forme parte del ataque<sup>42</sup>, sin implicar que se deba tener

<sup>38</sup> Estatuto de Roma. Art. 30

<sup>39</sup> El Estatuto de Roma, señala en relación con los crímenes de Lesa Humanidad lo siguiente: “se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:”

<sup>40</sup> Como fundamento a “lex specialis derogat legi generali”. Cfr. Ob. Cit. Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo. Pág. 210.

<sup>41</sup> “Prosecutor v. Blaskic”, par. 254. Cita tomada de ob.cit. Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo. Pág. 211

<sup>42</sup> “Prosecutor v. Tadic”, par. 659, “Prosecutor v. Kayishema”, par. 133; “Prosecutor v. Rutaganda”. par. 171, “Prosecutor v. Kayishema”. par. 557, “Prosecutor v. Musema”, par. 206”, “Prosecutor v. Blaskic”, par.244, “Prosecutor v. Ruggiu”, par.20; “Prosecutor v. Kunarac”, par. 434, “Prosecutor v. Kordic”, par. 185. Cita Tomada de Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo. Pág. 211

conocimiento de los detalles del mismo<sup>43</sup> o de la política o plan preconcebido, en el entendido de que el elemento de la política sea diferente al del ataque.

Acogiendo esta postura y en relación con la acreditación que ello merece en el *sub lite*, se debe mencionar que tal y como fue expuesto en el “Contexto” del BLOQUE CATATUMBO, este obedecía a una estructura de mando, que involucraba aspectos tales como: (i) el desconocimiento de máximos comandantes de varios actos criminales cometidos por los patrulleros del Bloque, cuestión que significó la aceptación de cargos del postulado Salvatore Mancuso respecto de tales hechos como máximo comandante del Bloque Catatumbo, y (ii) el desconocimiento de los patrulleros de los detalles o pormenores de la política que había sido trazada por la cúpula de las AUC, puesto que ellos recibían órdenes dadas por los superiores y las cumplían. Sin embargo, conforme ha sido expuesto en este acápite, ninguna de estas dos variantes impide la acreditación del elemento del ataque, puesto que ha sido ampliamente verificado por la Sala, que independientemente del *status* que los autores de los hechos criminales ocuparan dentro de la estructura del BLOQUE CATATUMBO, se tenía conocimiento del riesgo de que existía un ataque (línea de conducta que implique la *comisión múltiple de actos*)<sup>44</sup>, puesto que cada acto criminal develaba un temor público en la comunidad; no en vano, una de las características que identificaron los actos criminales cometidos por este grupo criminal fue el público reconocimiento de que ellos eran los autores de los hechos. Así este elemento resulta acreditado por la Sala de Justicia y Paz.

De esta manera la Sala concluye y acredita el análisis de los elementos que componen los crímenes de Lesa Humanidad de acuerdo con el contexto del BLOQUE CATATUMBO.<sup>45</sup>

#### **CRIMENES DE GUERRA-CONCEPTO/CRIMENES DE GUERRA-IMPlica LA VULNERACIÓN DE LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO, COMPRENDIDAS EN LOS CUATRO CONVENIOS DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949/ CRIMENES DE GUERRA-LAS REGLAS JURÍDICAS QUE LO CONFORMAN SON IUS COGENS/ CRIMENES DE GUERRA- LA SOLA CONDUCTA DE QUE SE PRODUJO EN EL SENO DE UN CONFLICTO ARMADO NO ES SUFFICIENTE PARA CALIFICAR EL DELITO COMO VIOLATORIO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO**

Con relación a esta clasificación de crímenes, se debe precisar que son aquellos que se caracterizan por ser realizados con ocasión, durante o como consecuencia de un conflicto armado, es decir, en nuestro caso, de la lucha o confrontación entre actores armados llámense paramilitares, fuerzas militares institucionales<sup>46</sup> o guerrilla.

<sup>43</sup> Cfr. “Prosecutor v. Kunarac”, par. 434. En el mismo sentido ver. Elements of crimes, introducción a los Elementos del art. 7.2

<sup>44</sup> Ver el desarrollo del concepto del “ataque” en el Bloque Catatumbo expuesto en esta sentencia.

<sup>45</sup> La jurisprudencia de la Corte Interamericana recoge, así, los elementos del crimen contra la humanidad que se señalaron en el punto anterior. Esto es, se está ante un crimen contra la humanidad según la Corte Interamericana cuando: i) se comete un acto inhumano en su naturaleza y carácter; ii) cuando ese acto se comete como parte de un ataque sistemático o generalizado; iii) cuando este ataque responde a una política que no necesariamente debe haber sido adoptada de manera formal; y iv) cuando el ataque está dirigido contra población civil. Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia contra Hebert Veloza García, 30 de octubre de 2013, M. P. Eduardo Castellanos Roso

<sup>46</sup> Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Decisión de control de legalidad de cargos contra José Rubén Peña Tobón y otros, radicado 2008 83194, 2007 83070, 12 de agosto de 2011, M. P. Lester María González Romero.

De igual manera, se debe resaltar que su configuración, implica la vulneración de las normas del derecho internacional humanitario, compendiadas en los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949: el primero para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña; el segundo, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; el tercero, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y el cuarto, referido a la protección debida a las personas en tiempo de guerra. Instrumentos internacionales que están adicionados por el Protocolo I que alude a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, y el Protocolo II, dirigido a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales<sup>47</sup>.

(...)

J” En pretérita oportunidad ha sido advertido que independientemente de la adhesión a tales instrumentos internacionales, operó -en Colombia- una incorporación automática del derecho internacional humanitario al ordenamiento interno nacional, lo cual es congruente con el carácter imperativo que caracteriza sus principios axiológicos, que hacen que este cuerpo normativo integre el *ius cogens*, según lo explicó la Corte Constitucional en la sentencia C-574/92:

“[...] *El derecho internacional humanitario es, ante todo, un catálogo axiológico cuya validez absoluta y universal no depende de su consagración en el ordenamiento positivo*”. (...)

*En ese sentido, es obligación del Estado colombiano garantizar que las violaciones graves al derecho internacional humanitario sean castigadas como lo que son, esto es, como atentados que no sólo afectan la vida, la integridad física, la dignidad, la libertad de las personas, entre otros bienes relevantes, sino que atentan contra valores fundamentales reconocidos por la humanidad entera y compilados en el conjunto de normas que conforman el llamado derecho internacional humanitario.* (...)

Ahora bien, para la aplicación de los delitos tipificados en el Título II de la parte especial del Código Penal de 2000, se requiere, en primer lugar, la concurrencia de un elemento normativo especial, a saber, la existencia de una situación que pueda ser calificada como “conflicto armado” no internacional, porque todos los tipos penales allí consagrados requieren que la conducta se ejecute en desarrollo o con ocasión del mismo<sup>48</sup>.

En este sentido, la verificación judicial de que ciertos comportamientos se encuentran vinculados con el conflicto armado, se halla legitimada en el contexto de la Ley 975 de 2005, precisamente porque el acto político ya ha sido consignado expresamente dentro de los fundamentos de la norma, en particular, cuando allí se establecen como fines de la misma la consecución de la paz y la reconciliación nacional, significando de entrada que la desmovilización que allí se consagra opera respecto de miembros de grupos armados al margen de la ley, cuyo accionar no podría desvincularse del DIH. “

Pero la sola constatación de que la conducta se produjo en el seno de un conflicto armado no es suficiente para calificar el

delito como violatorio del derecho internacional humanitario, sino que probatoriamente tiene que acreditarse que la misma está vinculada con el conflicto, porque su existencia juega un papel sustancial en la decisión del autor de realizar la conducta prohibida, en su capacidad de llevarla a cabo o en la manera de ejecutarla<sup>49</sup>, requisito que se deriva de la concepción de los crímenes de guerra como infracciones graves de las normas que regulan el comportamiento de las partes contendientes durante los conflictos armados<sup>50</sup>. “

En ese entendido se concluye que “el derecho internacional humanitario es un imperativo constitucional de obligatorio cumplimiento en Colombia, cuya aplicación o alcance se entiende más allá del tiempo y lugar de los combates y/o las hostilidades<sup>51</sup>.

#### CONFLICTO ARMADO-EXISTENCIA EN COLOMBIA/ CONFLICTO ARMADO-CRITERIOS PARA DIFERENCIARLO DE BANDOLERISMO, DE INSURRECCIONES DESORGANIZADAS Y DE CORTA DURACIÓN

“ Aunque para establecer su existencia no se requiere pronunciamiento alguno, el conflicto armado en Colombia, ha sido una cuestión que ha sido ampliamente confirmada por la magistratura, basta mencionar lo aducido por la Sala en la sentencia en contra de los postulados EDGAR IGNACIO FIERRO FLÓREZ y ANDRÉS MAURICIO TORRES LEÓN, donde se puntualizó:

“... La existencia de un conflicto armado de carácter no internacional en Colombia, se predica no solamente del reconocimiento hecho por sus autoridades nacionales o su consideración como hecho notario, sino por la comprobación de los elementos consagrados en las disposiciones de Derecho Internacional que lo regulan<sup>52</sup>. En el caso colombiano, se ha demostrado y determinado la existencia de grupos armados organizados, los cuales han protagonizado junto con las fuerzas del Estado enfrentamientos de carácter violento<sup>53</sup>, que se fueron degradando en perjuicio de la sociedad civil...<sup>54</sup>”<sup>55</sup>

<sup>49</sup> Cfr. Héctor Olasolo Alonso, *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, p. 541

<sup>50</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 32022, 21 de septiembre de 2009, M. P. Sigifredo Espinosa Pérez

<sup>51</sup> Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia contra Hebert Veloza García, 30 de octubre de 2013, M. P. Eduardo Castellanos Roso, pár. 879. En el mismo sentido la Corte Constitucional ha mencionado: La obligación constitucional de respetar en los estados de guerra y de conmoción interior (art. 214 numeral 2) el derecho internacional humanitario, deriva en el deber del Estado colombiano de asegurar que, en todo conflicto bélico o interno, tales normas se apliquen. Corte Constitucional, sentencia C-328 de 2000, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, fundamento 10.

<sup>52</sup>Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional II de 1977:

<sup>53</sup>Artículo 1. El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. (...), se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.” (subrayas fuera de texto).

<sup>54</sup>Con relación a las normas de DIH, han sido múltiples los criterios aportados por la jurisprudencia de los tribunales internacionales ad-hoc para establecer la existencia de un

<sup>47</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 32022, 21 de septiembre de 2009, M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.

<sup>48</sup> Corte Constitucional, sentencia C-574 de 1992, M. P. CIRO ANGARITA BARÓN

Sin embargo, es preciso atender a los elementos que permiten diferenciar un conflicto armado del bandolerismo, de insurrecciones desorganizadas y de corta duración, a saber, la intensidad de un conflicto y la organización de las partes<sup>56</sup>.

#### 5.1.1.3.1.1. De la intensidad del conflicto

La Sala comparte la idea de que “*la determinación de la intensidad de un conflicto no internacional no depende del juicio subjetivo de las partes en el mismo, puesto que si ello fuese de esta manera, en la mayor parte de los casos habría una tendencia a que se minimizara el conflicto, a fin de que no se aplicaran los principios humanitarios*”<sup>57</sup> y en contrario sentido, se considerarán determinada situaciones como propias de un conflicto armado, con el fin de que sean aplicados los beneficios como amnistías e indultos.

Por ende, para identificar la intensidad del conflicto tan solo es necesario hacer referencia a la cantidad de víctimas que fueron registradas<sup>58</sup>, el resquebrajamiento en la legitimidad en las instituciones del país, el empoderamiento en la región del Norte de Santander, el *modus operandi* de su actuar criminal, la estructura macro criminal de su organización y finalmente la RED CRIMINAL DEL BLOQUE CATATUMBO que se construyó con la participación directa e indirecta de personas e instituciones del nivel nacional, departamental y local.<sup>59</sup>

#### 5.1.1.3.1.2. De la organización de las partes

En relación con la organización de las partes ha quedado comprobado, que el BLOQUE CATATUMBO de las Autodefensas Unidas de Colombia, disponía de una estructura “...capaz, por un lado, de planear y llevar a cabo operaciones militares ininterrumpidas y concertadas que se mantuvieran firmes continuamente y se pusieran en marcha con un plan, y por el otro, capaz de imponer una disciplina en nombre de las autoridades de facto...”<sup>60</sup>.

De igual manera, la caracterización del grupo insurgente armado o de las fuerzas armadas disidentes, se refleja en ser capaces de ejercer el control sobre una parte importante del territorio para mantener operaciones militares prolongadas, sostenidas y estar en condiciones de poner en ejecución el

---

conflicto armado, habiéndose éstos reducido a dos aspectos: intensidad y nivel de organización de los grupos que intervienen en el Conflicto. Así fue establecido en el caso *Prosecutor v. Dusko Tadic* (Sala de primera instancia, párr. 84), del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, posteriormente ratificado por varias sentencias de este organismo, acogido por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (caso *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, Sala de primera instancia, párr. 620) y presentado por la Corte Constitucional Colombiana (sentencia C-291 de 25 de abril de 2007, MP: Manuel José Cepeda Espinosa).

<sup>54</sup> Así mismo, en pronunciamientos anteriores, esta Sala identificó los elementos del conflicto armado colombiano y de contextualización que permitieron predicar su carácter de hecho notorio. Ver: Radicados No. 2006-82285 y 200680281.

<sup>55</sup> Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia contra Edgar Ignacio Flores y otro, 7 de diciembre de 2011 M. P. Lester María González Romero.

<sup>56</sup> Cfr. “*Prosecutor vs. Fatmir Limaj y otros*”

<sup>57</sup> Cfr. Ob. cit. de Temas de Derecho Penal Internacional y europeo. Pp. 327

<sup>58</sup> De acuerdo con la presentación de los hechos ofrecida por la Fiscalía, las víctimas de los hechos protagonizados por los postulados judicializados en este proceso superan las 300.

<sup>59</sup> Sobre este punto, ver la intervención de William Ortiz Jiménez en el contexto del Bloque Catatumbo, acerca de los modos de operación - Hornos crematorios.

<sup>60</sup> “*Prosecutor v. Musema*” par. 257. Sobre este tópico ver el análisis abordado por la Sala entorno a el elemento de la sistematicidad, en lo que tiene que ver con el plan u objetivo político preconcebido.

Protocolo<sup>61</sup>. Este aspecto se ha verificado por la Sala, en el acápite del “ÁREA DE INJERENCIA DEL BLOQUE CATATUMBO”<sup>62</sup>, donde se puede identificar el control que era ejercido por el BLOQUE CATATUMBO en las zonas en que ejercían su dominio, máxime si se recuerda, que el empoderamiento y control de la zona del Catatumbo correspondía al objetivo criminal que trazó la conducta de las Autodefensas de este Bloque.

Finalmente, en lo que respecta a los crímenes de guerra que resultan aplicables a los conflictos armados no internacionales o internos, esta Sala señaló:

“... al revisar el catálogo de crímenes de guerra que trae el Estatuto de Roma encontró similitudes entre aquellos que pueden ser cometidos en el marco de un conflicto armado interno o internacional. Especialmente confirmó que se trata de aquellos que la costumbre internacional ha catalogado como los más graves, en esencia se trata de actos que realizan los “agentes armados” y que están encaminados a destruir intencionalmente bienes protegidos o civiles, el empleo de medios y métodos de combate ilícitos, a violaciones al principio de proporcionalidad que orienta la relación entre ventaja militar y consideraciones de humanidad, así como a ultrajes flagrantes a la dignidad humana de los miembros de la población civil... En los conflictos armados internos, los que pueden asimilarse a los “crímenes de guerra” son aquellos cometidos contra bienes protegidos o contra personas que no participan directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o cualquier otra causa, encontrándose asimismo presente la intencionalidad y, en algunos casos, la ausencia de responsabilidad debido a la presencia de “necesidades militares imperativas”<sup>63</sup>.

### UN MISMO HECHO PUEDE CATALOGARSE A LA VEZ COMO CRIMEN DE GUERRA Y CRIMEN DE LESA HUMANIDAD-REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

“ Efectuado el análisis correspondiente a la naturaleza jurídica de los hechos que serán objeto de calificación jurídica, emerge pertinente indicar que las actuaciones delictivas desplegadas por los miembros del BLOQUE CATATUMBO presentan las características de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, doble connotación que fue objeto de reciente pronunciamiento por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al puntualizar:

“...Por lo tanto, si las operaciones ejecutadas por los grupos armados organizados se dirigen sistemáticamente contra personas y bienes que no constituyen objetivos militares, para efectos de la responsabilidad individual de sus miembros, las conductas ejecutadas en ese contexto de violencia al mismo tiempo que pueden configurar crímenes de guerra<sup>64</sup>, constituyen delitos de lesa humanidad<sup>65</sup>, genocidios<sup>66</sup>, violaciones graves de derechos

<sup>61</sup> “*Prosecutor v. Musema*” par. 258.

<sup>62</sup> Ver. Capítulo de Contexto, área de injerencia del Bloque Catatumbo

<sup>63</sup> Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia contra Hebert Veloza García, 30 de octubre de 2013, M. P. Eduardo Castellanos Roso, párr. 874-875.

<sup>64</sup> Cfr. Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 8°. Violaciones severas de las Convenciones de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

<sup>65</sup> Cfr. Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 7°.

<sup>66</sup> Cfr. Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 6°.

humanos<sup>67</sup> e incluso delitos comunes si se dan los presupuestos para ello...<sup>68</sup>

De igual manera, en la misma decisión se señaló:

“... En consecuencia, no es admisible afirmar que un hecho criminal sólo puede comportar una de las dos figuras, pues si ha sido cometido durante el desarrollo de un conflicto armado y en violación de las disposiciones del D.I.H., y además se configura como una grave violación a los derechos humanos, se entiende que el mismo acto delictual incurre en las categorías de crimen de guerra y de lesa humanidad...”

Por su parte, frente a los crímenes de las AUC, indicó:

“... las graves conductas cometidas por los paramilitares deben enmarcarse, primordialmente, dentro del contexto de crímenes de lesa humanidad, pues el ataque perpetrado contra la población civil adquirió tales dimensiones de generalidad y sistematicidad, que alteró de manera significativa el orden mínimo de cividad, implicando el desconocimiento de principios fundantes del orden social imperante...<sup>69</sup>.

**PATRONES DE MACROCRIMINALIDAD-NORMATIVIDAD QUE LO REGULA/ PATRONES DE MACROCRIMINALIDAD-POLÍTICAS Y PRACTICAS EXPUESTAS POR LA FISCALIA EN EL PRESENTE CASO/ PATRONES DE MACROCRIMINALIDAD- ESTÁNDAR PROBATORIO QUE SE CORRESPONDE EXCLUSIVAMENTE A LA VERSIÓN DE LOS POSTULADOS GENERARÍA UN EFECTO CONTRADICTORIO RESPECTO DE LOS PRÓXIMOS CASOS QUE SE ADOPTEN POR VÍA DE LA SENTENCIA ANTICIPADA EN DONDE NO SE TIENEN EN CUENTA LOS FACTORES QUE ADVIERTE EL DECRETO REGLAMENTARIO 3011 DE 2013, COMO LA ESTRUCTURA, EL MODUS OPERANDI, LAS RELACIONES QUE HICIERON POSIBLE LA OPERACIÓN DE DETERMINADO BLOQUE, ENTRE OTROS/ PATRONES DE MACROCRIMINALIDAD-VERSIÓN LIBRE DEL POSTULADO NO PUEDE SER TENIDO COMO UNICO ESTANDAR PROBATORIO PARA ACREDITAR LA EXISTENCIA DEL PATRÓN DE MACROCRIMINALIDAD/ PATRONES DE MACROCRIMINALIDAD-CRITERIO CUANTITATIVO TRABAJADO POR LA FISCALIA PARA DEVELAR LOS PATRONES DE MACROCRIMINALIDAD NO ES SUFFICIENTE. LO ANTERIOR GENERA UN DEFICIT EN EL SISTEMA DE JUSTICIA Y PAZ/ PATRONES DE MACROCRIMINALIDAD- SU CONCEPTUALIZACIÓN DEBE SER UNA CONSTRUCCIÓN QUE SE ALIMENTE POR LOS DIVERSOS ENTES Y/O INSTITUCIONES QUE INTEGRAN EL SISTEMA DE JUSTICIA Y PAZ, Y QUE SE FUNDAMENTE EN LA DIALÉCTICA PROPIA QUE ARROJA LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN UN ESCENARIO PROPICIO PARA EL MISMO, QUE ES COADYUVADO CON OTROS CONCEPTOS, COMO LAS POLÍTICAS DE PRIORIZACIÓN.**

En sesiones de audiencia concentrada del presente asunto, el tema denominado “patrones de macrocriminalidad” fue objeto de debate por parte de la Sala, por cuanto, en principio, no se tenía claridad por parte de la Fiscalía de las implicaciones que aquella tenía y los efectos que para eventuales sentencias anticipadas generaba. Lo anterior, con ocasión a que la Sala se encontraba en el desarrollo de las audiencias de control de

<sup>67</sup> Caracterizados por no constituir un ataque generalizado y sistemático, y por ello su diferenciación respecto de los crímenes de lesa humanidad.

<sup>68</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 32022, 21 de septiembre de 2009, M. P. Sigifredo Espinoza Pérez

<sup>69</sup> Ibid.

legalidad formal y material de cargos, cuando tuvo lugar la promulgación de la ley 1592 de 2012.

Para desarrollar este acápite es preciso hacer referencia a los siguientes tópicos:

**Tránsito legislativo de la Ley 975 de 2005 a la ley 1592 de 2012.**

El instituto de los patrones de macrocriminalidad en el sistema de Justicia y Paz tiene fundamento legal en (i) la ley 1592 de 2012 que reformó la ley 975 de 2005 y (ii) el Decreto Reglamentario 3011 de 2013, principalmente.

La Ley 1592 de 2012 sobre el particular mencionó:

“Artículo 18. Modifíquese el artículo 18 de la Ley 975 de 2005, el cual quedará así:

(...) Cuando los hechos por los que se impute al postulado hagan parte de un patrón de macrocriminalidad que ya haya sido esclarecido por alguna sentencia de justicia y paz de conformidad con los criterios de priorización, y siempre que ya se hayan identificado las afectaciones causadas a las víctimas por tal patrón de macrocriminalidad en la respectiva sentencia, el postulado podrá aceptar su responsabilidad por la conductas imputadas y solicitar la terminación anticipada del proceso. En tales casos el magistrado de control de garantías remitirá el expediente a la Sala de conocimiento, para que ésta proceda a proferir sentencia de conformidad con el artículo 24 de la presente Ley, en un término que no podrá exceder los quince (15) días contados a partir de la audiencia de formulación de la imputación. La terminación anticipada del proceso no supondrá, en ningún caso, el acceso a beneficios penales adicionales a la pena alternativa”

Referente a esta reforma, es dable mencionar que fue promulgada el 3 de diciembre de 2012 y que entró en vigencia a partir de esta fecha. Si bien el origen de este instituto es atribuible a la referida ley, se debe mencionar que la misma no presenta una definición sobre el naciente concepto, máxime si se entiende que esta es labor del Decreto Reglamentario que desarrolla las disposiciones que contempla la Ley.

Ese fue el fundamento del Decreto Reglamentario 3011 de 2013, promulgado el 26 de diciembre de 2013, y que en razón a los patrones de macrocriminalidad señaló:

“Artículo 16. Definición del patrón de macro-criminalidad: Es el conjunto de actividades criminales, prácticas y modos de actuación criminal que se desarrollan de manera repetida en un determinado territorio y durante un periodo de tiempo determinado, de los cuales se pueden deducir los elementos esenciales de las políticas y planes implementados por el grupo armado organizado al margen de la ley responsable de los mismos. La identificación del patrón de macrocriminalidad permite concentrar los esfuerzos de investigación en los máximos responsables del desarrollo o realización de un plan criminal y contribuye a develar la estructura y modus operandi del grupo armado organizado al margen de la ley, así como las relaciones que hicieron posible su operación.

La identificación del patrón de macro-criminalidad debe buscar el adecuado esclarecimiento de la verdad sobre lo ocurrido en el marco del conflicto armado interno, así como determinar el grado de responsabilidad de los integrantes del grupo armado organizado al margen de la ley y de sus colaboradores

Artículo 17. Elementos para la identificación del patrón de macrocriminalidad (...)

En el transcurrir del año que significó la promulgación de la ley 1592 de 2012 al Decreto Reglamentario 3011 de 2013, la Fiscalía General de la Nación expidió un MEMORANDO NUMERO 033<sup>70</sup> que tenía por asunto establecer un marco conceptual para la identificación de patrones de macrocriminalidad, prácticas y modus operandi en el marco de las investigaciones de la unidad nacional de Fiscalías para Justicia y la Paz, con el fin de establecer un “marco analítico para implementar la estrategia de priorización y develación de contextos en el Proceso Especial de Justicia y Paz”.<sup>71</sup>

Conforme a lo anterior resulta imperioso mencionar que el momento procesal en el que se encontraba el *sub judice* a partir de las reformas que contemplaron la conceptualización de los patrones de macrocriminalidad, eran las “audiencias de control de legalidad formal y material de los cargos”<sup>72</sup>.

Pese a ello, se instó a la Fiscalía para acoplarse a los propósitos que planteaba la naciente ley, y de esa manera se retomó la presentación que inicialmente presentó la Fiscalía y en el marco de una *audiencia concentrada* se instauró una nueva dinámica que se aproximará al reto que proponía la ley 1592 de 2012, pese a la naturaleza de este asunto, el cual, basta recordar, no ostenta la categoría de *caso priorizado*. “

(...)

En sesiones de audiencia concentrada del presente asunto, el tema denominado “patrones de macrocriminalidad” fue objeto de debate por parte de la Sala, por cuanto, en principio, no se tenía claridad por parte de la Fiscalía de las implicaciones que aquella tenía y los efectos que para eventuales *sentencias anticipadas* generaba. Lo anterior, con ocasión a que la Sala se encontraba en el desarrollo de las audiencias de control de legalidad formal y material de cargos, cuando tuvo lugar la promulgación de la ley 1592 de 2012.

Para desarrollar este acápite es preciso hacer referencia a los siguientes tópicos:

#### **Tránsito legislativo de la Ley 975 de 2005 a la ley 1592 de 2012.**

El instituto de los *patrones de macrocriminalidad* en el sistema de Justicia y Paz tiene fundamento legal en (i) la ley 1592 de 2012 que reformó la ley 975 de 2005 y (ii) el Decreto Reglamentario 3011 de 2013, principalmente.

La Ley 1592 de 2012 sobre el particular mencionó:

*“Artículo 18. Modifíquese el artículo 18 de la Ley 975 de 2005, el cual quedará así:*

*(...) Cuando los hechos por los que se impute al postulado hagan parte de un patrón de macro-criminalidad que ya haya sido esclarecido por alguna sentencia de justicia y paz de conformidad con los criterios de priorización, y siempre que ya se hayan identificado las afectaciones causadas a las víctimas por tal patrón de macrocriminalidad en la respectiva sentencia, el postulado podrá aceptar su responsabilidad*

<sup>70</sup> Dirigido a Fiscales Delegados ante el Tribunal Superior, Coordinadores de Sedes y grupos Satélites de investigación y demás funcionarios y servidores de la Unidad Nacional de Fiscalía de Justicia y Paz. Este Memorando tuvo como fundamento, entre otros, la Directiva No. 0001 del 4 de octubre de 2012 “por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquéllos en la Fiscalía General de la Nación”.

<sup>71</sup> MEMORANDO 033 del 21 de Agosto de 2013. Fiscalía General de la Nación. II. MARCO CONCEPTUAL.

<sup>72</sup> Ver Antecedentes procesales.

*por la conductas imputadas y solicitar la terminación anticipada del proceso. En tales casos el magistrado de control de garantías remitirá el expediente a la Sala de conocimiento, para que ésta proceda a proferir sentencia de conformidad con el artículo 24 de la presente Ley, en un término que no podrá exceder los quince (15) días contados a partir de la audiencia de formulación de la imputación. La terminación anticipada del proceso no supondrá, en ningún caso, el acceso a beneficios penales adicionales a la pena alternativa”*

Referente a esta reforma, es dable mencionar que fue promulgada el 3 de diciembre de 2012 y que entró en vigencia a partir de esta fecha. Si bien el origen de este instituto es atribuible a la referida ley, se debe mencionar que la misma no presenta una definición sobre el naciente concepto, máxime si se entiende que esta es labor del Decreto Reglamentario que desarrolla las disposiciones que contempla la Ley.

Ese fue el fundamento del Decreto Reglamentario 3011 de 2013, promulgado el 26 de diciembre de 2013, y que en razón a los patrones de macrocriminalidad señaló:

*“Artículo 16. Definición del patrón de macro-criminalidad: Es el 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 el grupo armado organizado al margen de la ley responsable de los mismos. La identificación del patrón de macrocriminalidad permite concentrar los esfuerzos de investigación en los máximos responsables del desarrollo o realización de un plan criminal y contribuye a develar la estructura y modus operandi del grupo armado organizado al margen de la ley, así como las relaciones que hicieron posible su operación.”*

*La identificación del patrón de macro-criminalidad debe buscar el adecuado esclarecimiento de la verdad sobre lo ocurrido en el marco del conflicto armado interno, así como determinar el grado de responsabilidad de los integrantes del grupo armado organizado al margen de la ley y de sus colaboradores*

*Artículo 17. Elementos para la identificación del patrón de macrocriminalidad (...)*

En el transcurrir del año que significó la promulgación de la ley 1592 de 2012 al Decreto Reglamentario 3011 de 2013, la Fiscalía General de la Nación expidió un MEMORANDO NUMERO 033<sup>73</sup> que tenía por asunto establecer un marco conceptual para la identificación de patrones de macrocriminalidad, prácticas y modus operandi en el marco de las investigaciones de la unidad nacional de Fiscalías para Justicia y la Paz, con el fin de establecer un “marco analítico para implementar la estrategia de priorización y develación de contextos en el Proceso Especial de Justicia y Paz”.<sup>74</sup>

Conforme a lo anterior resulta imperioso mencionar que el momento procesal en el que se encontraba el *sub judice* a partir de las reformas que contemplaron la conceptualización

<sup>73</sup> Dirigido a Fiscales Delegados ante el Tribunal Superior, Coordinadores de Sedes y grupos Satélites de investigación y demás funcionarios y servidores de la Unidad Nacional de Fiscalía de Justicia y Paz. Este Memorando tuvo como fundamento, entre otros, la Directiva No. 0001 del 4 de octubre de 2012 “por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquéllos en la Fiscalía General de la Nación”.

<sup>74</sup> MEMORANDO 033 del 21 de Agosto de 2013. Fiscalía General de la Nación. II. MARCO CONCEPTUAL.

de los patrones de macrocriminalidad, eran las “*audiencias de control de legalidad formal y material de los cargos*”<sup>75</sup>.

Pese a ello, se instó a la Fiscalía para acoplarse a los propósitos que planteaba la naciente ley, y de esa manera se retomó la presentación que inicialmente presentó la Fiscalía y en el marco de una *audiencia concentrada* se instauró una nueva dinámica que se aproximará al reto que proponía la ley 1592 de 2012, pese a la naturaleza de este asunto, el cual, basta recordar, no ostenta la categoría de caso priorizado.

#### **Aproximaciones de patrones de macrocriminalidad presentados por la Fiscalía.**

Para efectos de significar la dinámica asumida por la Sala respecto a los patrones de macrocriminalidad en el caso del BLOQUE CATATUMBO, se presentaron tres fases que fueron denotadas en la presentación que realizó la Fiscalía, conforme a los parámetros que fueron esbozados por esta colegiatura. A saber: (i) *Políticas de grupo y prácticas*, (ii) *Construcción de los patrones desde los frentes del Bloque Catatumbo* y (iii) *aproximación de los patrones de macrocriminalidad*.

#### **Políticas de grupo y prácticas.**

El día 10 de diciembre de 2012 la Fiscalía identificó algunas políticas de grupo y prácticas que fueron identificadas en el accionar del Bloque Catatumbo.

Las políticas de grupo presentadas fueron las siguientes:

1. Matar o desaparecer personas que según el *grupo pertenecían a la subversión o tenían vínculos con esta*. Ataque sistemático y generalizado que tuvo como objetivo a miembros de la población civil.
2. Matar o desaparecer personas que según la agrupación ilegal *pertenecían a bandas de delincuencia común o expendedores o consumidores de droga*. Igualmente fue un ataque generalizado y sistemático contra la población civil, en concreto, contra personas que ostentaban las características anteriores.
3. Matar o desaparecer personas que no compartían la ideología o políticas del grupo. Esta política se reconoce dentro de las acciones delictivas, ataques generalizados y sistemáticos.
4. Matar o desaparecer personas que según el grupo, *eran familiares de miembros de la subversión o adeptos a esta*. Asimismo, fue identificada esta política como un ataque generalizado contra miembros de la población civil.
5. Matar o desaparecer servidores públicos que no colaboraran con el grupo armado, la cual, también se produjo como política generalizada y sistematizada.
6. Matar o desaparecer servidores públicos que los persiguieran en cumplimiento de su función, lo que se constituyó en un ataque generalizado y sistematizado contra ese sector de la población civil.
7. Matar personas con el fin de congraciarse con las autoridades, mal llamados falsos positivos.

De igual manera, la Fiscalía presentó a la Sala unas “*prácticas*” que si bien no se determinaban como *políticas* que hubiesen tenido una directriz general por parte de los comandantes, si

encontraban un componente en común, pues se realizaron, ejecutaron y/o fueron toleradas por los comandantes del Bloque Catatumbo. En razón de este segundo grupo, se presentaron las siguientes prácticas por parte de la Fiscalía:

1. Violencia contra la mujer, abusos sexuales.
2. El despojo de bienes.
3. Exacciones o contribuciones arbitrarias
4. Participación en narcotráfico.
5. Despojo de ganado.
6. Retención en contra de la voluntad de las víctimas en lugares que el grupo destinó para llevarlas allí y someterlas a actos crueles.
7. La captación de bandas criminales.
8. La cooptación de instituciones estatales, (DAS, FISCALIA, etc.)
9. La cooptación a cargos de candidatos por elección popular.
10. Masacres. 105 masacres en Cúcuta y 21 masacres en la región del Catatumbo
11. Retenes ilegales.
12. Retención de las víctimas que luego fueron ultimadas o muertas, práctica reiterada que se convirtió en el pan de cada día. Por ejemplo en el municipio de Tibú el 95% de las víctimas fueron sacadas del pueblo y ejecutadas en sectores críticos.
13. La cooptación de las funerarias.
14. Práctica de matar a quien les incumplían sus convenios.
15. Matar a sus propios integrantes. Los mataban por cuento se salían de sus lineamientos o por indisciplina.

Respecto de la presentación de las *políticas de grupo* presentadas por la Fiscalía, la Sala adujo los siguientes argumentos para interpelar tal identificación:

#### **Estándar probatorio - condición de la víctima**

Se pudo verificar que el criterio determinador de las políticas de grupo que fueron presentadas fue la *condición de la víctima*. Así se puede prever en las siguientes políticas:

- \* Matar o desaparecer personas que eran de la subversión o tenían vínculos con la subversión. (En esta política se presentaron 69 hechos)
- \* Casos que se relacionan con matar o desaparecer personas que según el grupo armado pertenecían a bandas de delincuencia común, expendedores o vendedores de grupo. Mal llamada “limpieza social” (En esta política se presentaron 6 hechos)
- \* Política de matar o desaparecer personas familiares de quienes según el grupo eran familiares o adeptos a la guerrilla. (En esta política se presentó 1 hecho.)

Respecto de esta primera aproximación la Sala cuestionó el estándar probatorio que había sido fijado por el ente acusador, particularmente de la condición de la víctima en el grupo denominado “*políticas de grupo*”, puesto que el móvil que estaba determinado era el nexo de la víctima con la subversión. Sobre el particular, la Fiscalía adujo que el estándar probatorio se basaba en la versión de los postulados, sin embargo no se contaba con elementos de juicio para aseverar tal condición ya que, según mencionó la Fiscalía, se revisaron antecedentes y ninguna víctima tenía esta condición.

Sobre este punto, se debe resaltar que las audiencias concentradas son audiencias generadoras de sentencias que identifiquen patrones de macrocriminalidad, en el sentido que propone el Decreto Reglamentario 3011 del 2013<sup>76</sup>. Por tanto,

<sup>75</sup> Ver Antecedentes procesales.

<sup>76</sup> Decreto 3011 del 2013. “Artículo 16. Definición del patrón de macrocriminalidad: Es el conjunto de actividades criminales,

anunciar los patrones de macrocriminalidad es una exigencia que asume la Fiscalía y que implica distinguir aquellos de las políticas de grupo.

En esa oportunidad, la Fiscalía fijó un estándar probatorio que se correspondía **exclusivamente a la versión de los postulados**. La Sala advirtió, los efectos que generaría esta situación de *iure*:

#### **Restricción desacertada del patrón de macrocriminalidad.**

Este aspecto prevé una singular importancia en la metodología propuesta por el ente acusador, en tanto ésta consistía en agrupar hechos conforme a la condición de la víctima, que probatoriamente, estaba otorgada por la versión del postulado.

El planteamiento que propone esta metodología a la luz de los patrones de macro-criminalidad conforme a *los casos priorizados*, generaría un efecto contradictorio respecto de los próximos casos que se adopten por vía de la sentencia anticipada, por cuanto, bajo la hipótesis planteada por la Fiscalía, el “patrón” estaría sujeto principalmente a la condición de la víctima **“como aquella que hubiese tenido vínculos con la subversión”**, más no a los factores que advierte el Decreto Reglamentario 3011 de 2013, como la estructura, el modus operandi, las relaciones que hicieron posible la operación de determinado Bloque, entre otros.<sup>77</sup>

*Verbi gracia* en la política presentada como “Matar o desparecer personas que eran de la subversión o tenían vínculos con la subversión”, el factor determinante para ubicar un hecho que posteriormente sea presentado dentro de esta política, no se fundamenta en el actuar de “matar o desparecer” sino en la condición de la víctima que, conforme al patrón, se predica: “personas que eran de la subversión o tenían vínculos con la subversión”.

Al ser asumida esta hipótesis se genera una restricción desacertada del patrón de macrocriminalidad, en tanto se impiden los efectos de la sentencia anticipada en términos de celeridad y priorización que plantea la ley 1592 de 2012.

#### **Incumplimiento de “buscar el adecuado esclarecimiento de la verdad sobre lo ocurrido en el marco del conflicto armado interno”.**

Como fue anunciado, en la identificación de estas “políticas de grupo” la Fiscalía adujó como estándar probatorio exclusivamente lo referido por los postulados en las diligencias de versión libre.

Este estándar probatorio presenta un contrasentido respecto de uno de los pilares del sistema de Justicia y Paz, el cual fue objeto de análisis en esta sentencia, bajo la denominación de *verdad judicial*. Tal y como fue argüido:

*“En ese sentido, la Sala encuentra que la verdad que resulta del proceso que tiene lugar en la jurisdicción de Justicia y Paz hace parte del “universo de verdad” que insta al Estado Colombiano, en otras palabras, es la verdad judicial la que compete en sede de este Tribunal, sin que ello signifique que esta noción agote el propósito de verdad en sentido lato.*

*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 el grupo armado organizado al margen de la ley responsable de los mismos. La identificación del patrón demacro-criminalidad permite concentrar los esfuerzos de investigación en los máximos responsables del desarrollo o, realización de un plan criminal, y contribuye a develar la estructura y modus operandi del grupo armado organizado al margen de la ley, así como las relaciones que hicieron posible su operación.”*

<sup>77</sup> Ibídem.

*El propósito de verdad que se propende en esta jurisdicción, implica un mandato para el juez de Justicia y Paz, el cual se traduce en una serie de imperativos que se señalan a continuación:*

*El juez no se debe limitar a los hechos particularmente considerados, sino debe revertir en un contexto que acoge los factores del conflicto armado en la sociedad colombiana, en el que se revelen las circunstancias y los motivos que llevaron a un período de violencia.*

*No se debe perder de vista que el propósito de la verdad en Justicia y Paz se legitima en tanto se persiga la reconciliación del país, por lo tanto, la verdad que debe procurar construir el juez de justicia y paz insta a que la información suministrada por el postulado debe estar acompañada de muestras de arrepentimiento y peticiones de perdón.*

*La labor que corresponde al juez de esta justicia transicional en la búsqueda de la verdad judicial, exige desplegar las labores que sean pertinentes en pro de un acercamiento a la verdad real<sup>78</sup>, entendida como las causas y los motivos de la violencia originada por las “Autodefensas Unidas de Colombia”, de acuerdo con lo argumentado en líneas anteriores<sup>79</sup>.*

Es preciso anunciar, que si bien la versión de los postulados se presenta en el escenario de Justicia y Paz con un fuerte peso probatorio, ello no debe desbordar en hipotéticos como el que fue planteado inicialmente por la Fiscalía, de modo que aquel se tenga como único estándar probatorio para establecer un patrón de macrocriminalidad que finalmente verificará los modos de operación de un Bloque de las Autodefensas.

Siguiendo el mismo patrón avizorado anteriormente “Matar o desparecer personas que eran de la subversión o tenían vínculos con la subversión”, se denota la situación planteada, por cuanto si este patrón fuera respaldado por la Magistratura, en el entendido de verdad judicial que comprende una sentencia en Justicia y Paz, quedaría registrado como tal-verdad- una condición de la víctima que en la dinámica que ofrece la práctica judicial ha sido desvirtuada cuando los familiares de las víctimas niegan que sus dolientes tuvieran la condición que les es impuesta por el o los postulados.

Ahora bien, este planteamiento no debe entenderse bajo el supuesto de que el estándar probatorio obedece a lo ofrecido exclusivamente por la víctima directa y/o indirecta. Es preciso señalar que la prueba que verifica la identificación de un patrón de macrocriminalidad no consiste en una balanza que oscila entre la versión del postulado o la víctima, tal planteamiento resulta insuficiente en este escenario puesto que en muchas ocasiones la identificación del patrón obedece a lo revelado a lo largo del proceso, es decir, se construye a partir de los mismos hechos y las circunstancias de los mismos.

#### **a) Déficit en el sistema de Justicia y Paz.**

Otro de los efectos que se generaría por la aceptación de la primera aproximación de patrones de macrocriminalidad presentada por la Fiscalía bajo la denominación de *“políticas de grupo y prácticas”* sería un déficit en el sistema de Justicia y Paz.

<sup>78</sup> Al respecto el art. 15 de la Ley 975 de 2005 modificado por la Ley 1592 de 2012 establece: *“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 (...) y se pueda develar los contextos, las causas y los motivos del mismo”.*

<sup>79</sup> Ver. Capítulo: DEL CONTEXTO (VERDAD JUDICIAL)

El *effet utile*<sup>80</sup> de los patrones de macrocriminalidad, se vigoriza entre otras, en la invención de la *sentencia anticipada*<sup>81</sup>, que requiere de la existencia de un patrón de macrocriminalidad establecido anteriormente en una sentencia.

Por tanto, el no cumplimiento de los criterios de macro-criminalidad implica un déficit que necesariamente debe complementarse en audiencia posterior. En ese sentido, para evitar tal supuesto, en el Salvamento Parcial de Voto de la sentencia del Bloque Cundinamarca se advirtió:

*"(...) por modo, que si en este evento se llegó a considerar el incumplimiento de tal obligación- patrones de macrocriminalidad- los correctivos llamados a solventar la situación han debido implementarse en este mismo escenario"*<sup>82</sup>

Bajo estos lineamientos, referente a la determinación de las políticas de grupo, la Sala precisó que el propósito de la ley 1592 de 2012, en torno a los patrones de macrocriminalidad, comprende una obligación a la Fiscalía, de develar el contexto y especialmente los patrones de macrocriminalidad, por medio de un ejercicio dialéctico porque de otra forma el espíritu de la ley 1592 sería letra muerta.

Por otro lado, respecto de la agrupación de hechos denominada “prácticas”, el criterio que mencionó la Fiscalía fue cuantitativo, es decir el carácter reiterativo de esas conductas *verbi gracia*:

- a. *"Matar a quienes se les incumplían sus convenios (cuando hacían con particulares, por ejemplo venta de armas)*
- b. *Matar integrantes de su propio grupo que se salieran de sus lineamientos o cometieran actos de indisciplina."*

Se debe advertir que si bien, el criterio cuantitativo reviste una especial importancia en la determinación de criterios de patrones de macrocriminalidad esta no resulta suficiente, más si se presenta como un elemento para la identificación de un patrón de macrocriminalidad.

El Decreto Reglamentario 3011 de 2013, lo presenta de la siguiente manera:

*"Artículo 17. Elementos para la identificación del patrón de macro-criminalidad. La constatación de la, existencia de un patrón de macro-criminalidad deberá contar, entre otros, con los siguientes elementos:*  
(...)

<sup>80</sup> Conocido como *principio de la efectividad*. Ver. Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Juana María Ibáñez Rivas. [www.anuariocdh.uchile.cl](http://www.anuariocdh.uchile.cl)

<sup>81</sup> Ley 1592 de 2012. Art 18: *"Cuando uno de los hechos por los que se impute al postulado hagan parte de un patrón de macrocriminalidad que ya haya sido esclarecido por alguna sentencia de conformidad con los criterios de priorización, y siempre que ya se hayan identificado las afectaciones causadas a las víctimas por tal patrón de macrocriminalidad en la respectiva sentencia, el postulado podrá aceptar su responsabilidad por las conductas imputadas y solicitar la terminación anticipada del proceso.* (...)"

<sup>82</sup> Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia contra Luis Eduardo Cifuentes Galindo y otros, 1 de septiembre de 2014. M. P. Eduardo Castellanos Roso. Salvamento de voto, M. Léster María González.

La documentación de la *dimensión cuantitativa* de la naturaleza y número de las actividades ilegales cometidas bajo el patrón de macro-criminalidad. Se utilizarán medios estadísticos en la medida de lo posible.”

La verificación de este asunto también se presentó en el caso Mack Chang. V. Guatemala:

*"A través de la práctica sistemática de la ejecución arbitraria, "agentes del Estado eliminaron físicamente a sus opositores, buscando a la vez reprimir, silenciar y controlar a la población en su conjunto, a través del terror, tanto en las áreas urbanas como en las rurales"*  
(...)

*De lo expuesto y de acuerdo con los hechos probados, la Corte ha tenido por demostrado que en la época de los hechos existía en Guatemala un patrón de ejecuciones extrajudiciales selectivas impulsado y tolerado por el propio Estado [de manera que] (...) incurrió reiterada y sistemáticamente en (...) ejecuciones extrajudiciales"*<sup>83</sup>

De tal forma, se debe entender que la “práctica” es un insumo que permite identificar un patrón de macrocriminalidad, que si bien no es excluyente tampoco resulta suficiente para los criterios de macrocriminalidad.

Conforme a estos argumentos la Sala solicitó a la Fiscalía anunciar si la presentación de las *políticas de grupo y prácticas* con el estándar probatorio anunciado, iba a ser el criterio asumido por parte del ente acusador, pues de ser así, debía ser puesto en conocimiento de los sujetos procesales, para presentar la respectiva contra argumentación. Al respecto la Fiscalía mencionó que las políticas de grupo que habían sido presentadas no habían verificado los criterios de los patrones de macrocriminalidad, puesto que respondieron a la identificación de unos casos selectivos conforme a una política de priorización de comandantes. La directriz general de la política de grupo asumida fue “combatir al enemigo” y si bien la versión de los postulados refería a los diferentes sectores de la población civil, la Fiscalía admitió que no existía evidencia respecto de la condición de la víctima.

(...)

En concepto de la Sala, la conceptualización de los patrones de macrocriminalidad debe ser una construcción que se alimente por los diversos entes y/o instituciones que integran el sistema de justicia y paz, y que se fundamente en la dialéctica propia que arroja la justicia transicional en un escenario propicio para el mismo, que es coadyuvado con otros conceptos, como las políticas de priorización.

Muestra de ello, es el reciente pronunciamiento de esta Corporación referente a los patrones de macrocriminalidad, en el cual se desarrolla este concepto bajo las experiencias propias de un caso priorizado como lo es el del BLOQUE CUNDINAMARCA. Puntualmente se refirió:

*"(...) 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:*

- a. *Un patrón debe ser de fácil reconocimiento, lo que significa, que debe contar con las fuentes de información y las herramientas de procesamiento*

<sup>83</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, pár. 134.10 y 151. Cita tomada del Memorando Número 033 de la Fiscalía General de la Nación.

de datos que permitan verificar empíricamente su existencia.

b. 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 aislada.

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 existencia.<sup>84</sup>

No se trata, entonces, en este asunto, de analizar el instituto de los patrones de macrocriminalidad, como un requisito de procedibilidad que se sustenta por se cómo un condicionamiento que permite avanzar u obstaculizar en este momento histórico, y que deba obtener como producto una aceptación o negación por parte de la magistratura. Por el contrario, el ejercicio que se llevó a cabo por parte de la Fiscalía debe valorarse como una *aproximación a los patrones de macrocriminalidad*, entendiendo que pulula como un aporte al perfeccionamiento de ese concepto, y advirtiendo que la aceptación o no de los mismos, no tendría efectos a la luz de la *sentencia anticipada*, por cuanto bajo el mismo asunto "BLOQUE CATATUMBO" actualmente se sigue un caso denominado "priorizado"<sup>85</sup>, que por su naturaleza contempla los parámetros de los patrones de macrocriminalidad con los efectos que ello exige.

(...)

Más allá de una agrupación de hechos presentada por la Fiscalía, con base en la comisión de crímenes con similares características para identificar patrones de macrocriminalidad, lo que se esperaba era un análisis del ente investigador en cuanto a la ocurrencia de esa macrocriminalidad que caracterizó el fenómeno del paramilitarismo. La criminalidad de los grupos de autodefensas caracterizada por la ejecución de los denominados crímenes de sistema<sup>86</sup>, hace necesario el

<sup>84</sup> Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y paz, sentencia de 1 de septiembre de 2014, M. P. Eduardo Castellanos Roso.

<sup>85</sup> El conocimiento de este proceso fue asumido por la H. Magistrada Lester María González Romero bajo el radicado 2014-00027.

<sup>86</sup> *Iniciativas de persecución penal*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, traducción no oficial, en *Judicialización de crímenes de sistema*, Serie de Justicia Transicional, Michael Reed Hurtado, (editor) Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), 2008, p. 13 - 77

establecimiento con toda claridad de los patrones bajo los cuales se ejecutaron aquellos crímenes atroces.

En este sentido la Sala considera que pudieron tomarse en cuenta, conforme la información contenida en esta decisión, la relación de las masacres perpetradas por los grupos de autodefensa principalmente en el norte del país (Pichilín, Macayepo, Salado, etc.) así como las incursiones armadas de carácter masivo y general realizadas en las tres regiones del país relacionadas (suroccidente, oriente y nororiente); las cuales se basaron en el propósito de consolidación y expansión territorial por parte de los grupos paramilitares en el país."

#### HOMICIDIO AGRAVADO CON FINES TERRORISTAS-ALCANCE/HOMICIDIO AGRAVADO CON FINES TERRORISTAS-ELEMENTOS PARA SU CONFIGURACION/HOMICIDIO AGRAVADO CON FINES TERRORISTAS-REPERCUTE TANTO EN LO PARTICULAR (AFECTA BIENES JURÍDICOS INDIVIDUALES FUNDAMENTALES) COMO EN LO COLECTIVO (ALTERA LAS CONDICIONES DE LA VIDA SOCIAL HASTA EL PUNTO DE PONER EN PELIGRO LA PROPIA ESTABILIDAD DEL ESTADO

##### 6.2.1. Homicidio Agravado con Fines Terroristas

Respecto de este delito, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha mencionado:

"aquel que se comete con la **finalidad**, directamente querida o por lo menos necesariamente vinculada a los medios seleccionados por el autor para lograr su cometido criminal, de provocar o mantener en estado de zozobra a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos.

*El homicidio con fines terroristas implica entonces, además del atentado contra la vida, la puesta en peligro efectivo de otros bienes jurídicos como la seguridad y la tranquilidad públicas, que el sujeto agente amenaza utilizando artefactos con capacidad para producir daños de considerable magnitud, siempre que las circunstancias temporo-espaciales y modales de realización de la conducta criminal representen peligro común o general para las personas o sus bienes.*<sup>87</sup>

Lo anterior supone descifrar varios elementos:

- a. Intención del sujeto activo en el acto homicida: Esto implica una finalidad. El homicidio en estricto sentido no configura la adecuación del delito de homicidio con fines terroristas; es necesario que detrás de este homicidio se encuentre todo un propósito de provocar o mantener en estado de zozobra a la población o a un sector de ella.
- b. Actos que pongan en peligro otros bienes jurídicos: Este elemento implica que además de la vulneración del derecho a la vida, (bien jurídico vulnerado por el homicidio), se vulnere o por lo menos se ponga en peligro la seguridad y la tranquilidad pública.
- c. Uso de medios idóneos para provocar daños de considerable magnitud: Elemento que implica la utilización de medios que sean proporcionales al daño que exige el delito – considerado en los elementos anteriores -. La selección de estos medios

<sup>87</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 17365, 28 de septiembre de 2000, M. P. Fernando E. Arboleda Ripoll; radicado 19444, 21 de mayo de 2002, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

- d. Circunstancias de tiempo, modo y lugar: Evidentemente este delito involucra todo un escenario sin el cual los hechos no producirían tales efectos. De tal manera, al no existir este escenario de violencia y conflicto, estos hechos toman la categoría de “actos aislados o frecuentes acciones de individuos, bandas o grupos armados”<sup>88</sup> que no resultan suficientes para tipificar esta conducta.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia precisó:

*(...) surge evidente que los homicidios cometidos por un grupo de hombres armados, a quienes se ha llamado en el expediente "paramilitares", en las circunstancias de tiempo, modo y lugar como ocurrieron tienen la entidad suficiente para provocar estado de zozobra y terror en la población afectada*<sup>89</sup>

En consecuencia, este delito repercute tanto en lo particular (afecta bienes jurídicos individuales fundamentales) como en lo colectivo (altera las condiciones de la vida social hasta el punto de poner en peligro la propia estabilidad del Estado<sup>90</sup>.

Atendiendo a lo anterior, la Sala debe precisar que el delito de homicidio agravado con fines terroristas tiene lugar siempre y cuando (i) el acto sujeto a legalización comprenda los cuatro elementos referidos y (ii) *“la persona sobre la cual recaiga el acto no se trate de las personas protegidas por el DIH”*<sup>91</sup>

Este último aspecto reviste especial importancia, por cuanto, la mayoría de los hechos que fueron legalizados bajo el tipo penal de *homicidio agravado con fines terroristas*, se presentaron bajo el concepto de la mal llamada “limpieza social”, término que vale decir, se encuentra proscrito en el discurso judicial, máxime en esta jurisdicción especial de justicia y paz, por tanto, la aceptación de dicha denominación implicaría revertir la condición de determinada comunidad, proceder que resulta del todo inviable.

En consecuencia, respecto de los cargos que la Fiscalía tipificó como delito de HOMICIDIO AGRAVADO CON FINES TERRORISTAS, la Sala se apartará de dicha interpretación y *contrario sensu* entenderá que todas las víctimas de homicidio en el *sub lite*, ostentaban la condición de persona protegida por el DIH y en ese sentido se legalizaran como **HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA.**“

#### **ABORTO SIN CONSENTIMIENTO-CONCEPTO/ ABORTO SIN CONSENTIMIENTO-ALCANCE**

Se describe en el Código Penal de la siguiente manera:

*“... Artículo 123. ABORTO SIN CONSENTIMIENTO. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer, incurrá en prisión (...).”*

<sup>88</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 17700, 19 de diciembre de 2000, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

<sup>89</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 18353, 9 de abril de 2002, M. P. Edgar Lombana Trujillo.

<sup>90</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 31761, 31 de agosto de 2011, M. P. José Luis Barceló Camacho.

<sup>91</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 18358, 9 de abril de 2002, M. P. Edgar Lombana Trujillo.

La conducta del *aborto* en sí misma, ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial, para determinar las implicaciones y alcances que tiene, respecto de la mujer como del *nasciturus*.

En ese entendido la Corte Constitucional se ha ocupado de analizar los presupuestos normativos de dicha conducta, al puntualizar.

*“(...) El ordenamiento constitucional colombiano le confiere protección al valor de la vida y al derecho a la vida, pero esta protección no tiene el mismo fundamento ontológico. Existe una protección general de la vida que engloba el valor de la vida del nasciturus. De ahí que la ley pueda diseñar los mecanismos para protegerla de la manera más óptima posible. Puede, incluso, diseñarse una política pública de punición penal para esos efectos.*

*... No puede esa protección infringir el derecho de la mujer gestante al respeto por su dignidad; debe garantizar su derecho a la libertad, en general, y a la posibilidad de la mujer para autodeterminarse y para configurar su propia identidad, según el derecho al libre desarrollo de su personalidad; tampoco puede implicar una afectación grave del derecho de la mujer gestante a preservar su salud integral – física y mental – y ha de enfocarse a proteger su vida.*

*... Conferir un amparo absoluto al valor de la vida del nasciturus hasta el punto de penalizar el aborto en caso de conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, así como de incesto, o cuando está en peligro la vida y la salud integral de la mujer gestante, equivale a permitir una intromisión estatal de magnitud desmesurada que se aparta por entero del mandato de proporcionalidad y razonabilidad, como han sido desarrollados estos principios por la jurisprudencia constitucional y desconoce las garantías que se desprenden a partir de la protección que se le confiere a los derechos de la mujer en el ámbito internacional de los derechos humanos (... )”*<sup>92</sup>

Traído a colación el planteamiento jurisprudencial sobre el punible que atenta contra el bien jurídico de la vida y la integridad personal, es pertinente indicar que cobra especial relevancia la autodeterminación que recae sobre la mujer, para revestir, forjar y confirmar su libre desarrollo de la personalidad.

De otro lado, debe indicar que si bien existen una serie de excepciones al delito de aborto<sup>93</sup>, cada una de ellas presenta un elemento de carácter objetivo que excepcionalmente justifica la exoneración de este injusto penal, pero que de ningún modo, desbordan en mutar la decisión de la mujer a otro quien, por medio del dominio y el poder decide coartar la vida de un nuevo ser.

El aborto sin consentimiento, es una conducta reprochable en un Estado que abandera los derechos fundamentales en su complejidad y que legitima valores como la *libertad e igualdad* en sus asociados. El libre desarrollo de la personalidad y la autodeterminación no se deben ver doblegados sino por

<sup>92</sup> Corte Constitucional, sentencia T-388 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>93</sup> Corte Constitucional, sentencia C- 355 de 2006, M. P. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández. *“(i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas o de incesto”.*

causas excepcionales que contrapesan, fundamentan y garantizan otro valor de la misma importancia

#### **CONSTREÑIMIENTO A APOYO BELICO-CONCEPTO/ CONSTREÑIMIENTO A APOYO BELICO-ELEMENTOS PARA SU CONFIGURACION**

Esta conducta ilícita se encuentra descrita en el Código Penal en los siguientes términos:

*“... Artículo 150: **Constreñimiento a apoyo bélico.** El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, **constríña a persona protegida a servir de cualquier forma en las fuerzas armadas de la parte adversa incurrirá (...)***”

La tipificación de esta conducta implica:

- a. *La existencia de un conflicto armado.* Como un delito propio del DIH, es necesario evidenciar el contexto de un conflicto armado. El derecho internacional humanitario se aplica desde la iniciación de tales conflictos armados, y se extiende más allá de la cesación de hostilidades hasta que se haya logrado una conclusión general de la paz; o en caso de conflictos internos, cuando se logre un arreglo pacífico<sup>94</sup>.
- b. *Persona protegida.* El principio de distinción en este tipo penal exige que la persona que sea constreñida debe ostentar la calidad de persona protegida.
- c. *Determinación de un propósito.* El agente de esta conducta debe buscar una finalidad en el apremio y/o obligación que genera en el sujeto pasivo. Este propósito se debe enmarcar en el servicio que determinada persona puede prestar en el escenario bélico; es y debe ser, en cierta medida, un instrumento que potencialice los propósitos de la guerra.
- d. *Meta en la parte adversa.* No solo es necesario verificar un propósito bélico en la conducta. Este querer bélico se reduce en buscar que la persona protegida sirva de cualquier forma en las fuerzas armadas de la parte adversa. La utilidad de este constreñimiento se verifica en el interés o provecho que se tenga en la parte adversa.

#### **CONCIERTO PARA DELINQUIR-CONCEPTO/ CONCIERTO PARA DELINQUIR- IMPORTANCIA DENTRO DEL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ**

*“... El concierto para delinquir en términos generales se define como la celebración, por parte de dos o más personas de un convenio, de un pacto, cuya finalidad trasciende el mero acuerdo para la comisión de un determinado delito, se trata de la organización de dichas personas en una societas sceleris, con el objeto de asumir con proyección hacia el futuro la actividad delictiva como su negocio, como su empresa (...) no existe acuerdo previo entre sus miembros sobre los delitos específicos que cometerán, como tampoco sobre el momento, el lugar o las personas o bienes que se afectarán, si sobre lo que será su actividad principal: **delinquir (...)** La organización delictiva se establece con ánimo de permanencia...”<sup>95</sup>* (Resaltado de la Sala)

#### **ACTOS DE TERRORISMO- CONCEPTO/ ACTOS DE TERRORISMO-ELEMENTOS PARA SU CONFIGURACION**

Dicho comportamiento se encuentra descrito y sancionado en el artículo 144 del Código Penal, en los siguientes términos:

*“Art. 144 Actos de terrorismo. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice u ordene llevar a cabo ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias, actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla (...).”*

De otra parte, frente a los ingredientes normativos del tipo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

*...Es así como esta conducta punible instantánea, de resultado objetivo, también es de peligro real, pues demanda el empleo de esos medios potencialmente dañinos a fin de obtener la finalidad propuesta, esta es, causar pánico en la comunidad, a condición de que los actos desplegados generen peligro a las personas o bienes mencionados en el tipo”.<sup>96</sup>*

#### **HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA-CONCEPTO/ HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA-PRINCIPIO DE DISTINCION EN EL DIH**

El artículo 135 del Código Penal contempla la conducta ilícita de homicidio en persona protegida en los siguientes términos:

*“El que con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, ocasione la muerte de persona protegida conforme a los convenios internacionales sobre derecho humanitario ratificados por Colombia (...).”*

Sobre el particular, en pretérita oportunidad esta Corporación consignó:

*“...Los cuatro Convenios de Ginebra<sup>97</sup>, son una fuente para interpretar las conductas criminales (...) Colombia aprobó los cuatro Convenios mediante la Ley 5 de 1960, vigente desde el 8 de mayo de 1962. Los Convenios de Ginebra de 1949 fueron adicionados con dos Protocolos en 1977<sup>98</sup>, especialmente se*

<sup>96</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del catorce (14) de agosto de dos mil trece (2013) Magistrado Ponente Luis Guillermo Salazar Otero

<sup>97</sup> Los cuatro convenios son: el primero para proteger los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I); el segundo para proteger los heridos, enfermos y los náufragos de las fuerzas en el mar (Convenio II); el tercero protege a los prisioneros de guerra (Convenio III); y el cuarto sobre la protección a las personas civiles en el tiempo de guerra (Convenio IV).

<sup>98</sup> El Protocolo I protege a las víctimas de los conflictos armados internacionales; fue aprobado por Colombia en virtud de la Ley 11 de 1992 y entró en vigor el 1 de marzo de 1994. El Protocolo II protege a las víctimas de los conflictos armados no internacionales; fue aprobado mediante la Ley 171 de 1994 y entró en vigor el 15 de febrero de 1996.

<sup>94</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 35099, 23 de marzo de 2011, M. P. Augusto José Ibáñez Guzmán.

<sup>95</sup> Corte Constitucional, sentencia C- 241 de 1997, M. P. Fabio Moró Díaz.

debe tener en cuenta el artículo 3º común a los Protocolos de 1977, por ser la primera norma internacional aplicable a los conflictos armados no internacionales...<sup>99</sup><sup>100</sup>.

Así las cosas, conforme a los cargos que son objeto de legalización, se vislumbra un concepto que es preciso abordar, a saber; la noción de persona protegida en estricto sentido, advirtiendo que en el acápite de la calificación del contexto, se hizo mención del término de la población civil, en tratándose de los crímenes de lesa humanidad, pero que conforme a la individualización que este ítem requiere, resulta preciso abordar los detalles del mismo.

#### 6.3.2.2.1. Persona protegida – Principio de Distinción

Es necesario indicar que en desarrollo del principio de distinción, debe establecerse la definición de persona protegida y bajo esa óptica, se deben analizar tres categorías: "combatientes", "población civil" y "civiles", que conjuntamente han permitido sistematizar algunas normas consuetudinarias como:

1. Todos los miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto son combatientes, excepto el personal sanitario y religioso.
2. Las Fuerzas Armadas de una parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, agrupaciones y unidades armadas y organizadas que estén bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa parte.
3. Son personas civiles quienes no son miembros de las Fuerzas Armadas; la población civil comprende a todas las personas civiles.
4. Las personas civiles gozan de protección contra los ataques, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación<sup>101</sup>.

Es preciso mencionar, que la condición de persona protegida se fundamenta en el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra, cuyo objetivo es disponer de ciertas normas legales mínimas que se puedan aplicar en el curso de las hostilidades para proteger a las personas que *no* tomaron, o que *ya no* toman parte directa o activa en las hostilidades<sup>102</sup>.

Bajo este entendido, se debe razonar que el principio de distinción, en su categoría más amplia cobija no solamente a las personas civiles, sino también a los no combatientes, es decir, a las personas que habiendo participado en las hostilidades, han sido **puestas fuera de combate**<sup>103</sup>.

### TENTATIVA-CONCEPTO

<sup>99</sup> Según ha precisado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), las garantías mínimas establecidas en el artículo 3º común se aplican, en el contexto de los conflictos armados internos, a quienes no toman parte directa o activa en las hostilidades, incluida la población civil y las personas puestas fuera de combate por rendición, captura u otras causas

<sup>100</sup> Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz Magistrado Ponente: Eduardo Castellanos Roso. Sentencia de 30 de octubre de 2013 en contra de Hebert Veloza García. Párr. 871.

<sup>101</sup> TPIY, Sala de Primera Instancia, asunto "Fiscalía vs. ZoranKupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Drago Josipovic, Dragan Papic, Vladimir Santic, alias Vlado, providencia del 14 de enero de 2000" Cita Tomada de Ob. Cit. Jurisprudencia Penal Internacional aplicable en Colombia.

<sup>102</sup> Ob. Cit . Jurisprudencia Penal Internacional aplicable a Colombia. Pp. 187.

<sup>103</sup> Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

"La tentativa, como dispositivo amplificador del tipo, se encuentra regulada en el artículo 22 del Decreto Ley 100 de 1980, en los siguientes términos:

**"Artículo 22. Tentativa. El que iniciare la ejecución del hecho punible, mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo, ni mayor a las tres cuartas partes del máximo de la señalada para el delito consumado."**

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.<sup>104</sup><sup>105</sup>

### TORTURA EN PERSONA PROTEGIDA-CONCEPTO-TORTURA EN PERSONA PROTEGIDA-ALCANCE/TORTURA EN PERSONA PROTEGIDA-ELEMENTOS PARA SU TIPIFICACION

El Código Penal colombiano describe esta conducta de la siguiente manera:

*"Art. 137. TORTURA EN PERSONA PROTEGIDA. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, infilja a una persona dolores o sufrimientos graves<sup>106</sup>, 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. (...)"*

En relación con el análisis de este tipo penal, Corte Constitucional ha señalado que:

*"la descripción típica acogida por el legislador en esta conducta ,proviene de la definición dada en la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, por cuanto ésta - en criterio de la Corte aborda a la tortura de la manera más avanzada y le resta importancia a la gravedad del sufrimiento o a la ausencia del mismo, para acentuar el reproche en la anulación de la personalidad o en la disminución de la capacidad física o mental, con el fin de obtener información o confesión o para intimidar o castigar a la persona<sup>107</sup>."*

Este aspecto denota una singular importancia en la ontología que propone este tipo penal, y que debe ser la sugerida en el marco de un conflicto armado.

La Sala desea reiterar que el elemento que versa sobre el sufrimiento *per se* y la gravedad del mismo, no compromete la conducta esencial que tipifica el delito de "tortura en persona protegida". No en vano, este aparte, fue declarado inexequible por la Corte Constitucional en la descripción típica descrita por el legislador en el Código penal, a pesar de que instrumentos internacionales como el Estatuto de Roma la contempla dentro de su definición<sup>108</sup>.

<sup>104</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 25974, 8 de agosto de 2007, M. P. María del Rosario González de Lemos.

<sup>105</sup> Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz, sentencia contra Hebert Veloza García, 30 de octubre de 2013, M. P. Eduardo Castellanos Roso.

<sup>106</sup> Declarado inexequible por la Corte constitucional mediante la sentencia C-148 de 2005, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>107</sup> Corte Constitucional, sentencia C-1076 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>108</sup> El Estatuto de Roma se menciona en el art. 7 numeral 2 literal e: "Por "tortura" se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una

En términos de la Corte Constitucional:

*"Téngase en cuenta al respecto que dicha Convención [Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes] no solamente es el texto que mayor protección ofrece a los derechos de las personas víctimas de tortura sino que los demás instrumentos internacionales a que se ha hecho referencia dejan claramente a salvo la aplicabilidad de la referida Convención Interamericana. (...) Es decir que el hecho de que en dicho estatuto -cuya aprobación por Colombia es la más reciente- figure una disposición que no es coincidente con la definición de tortura establecida en la Convención Interamericana, en nada impide que se tome en cuenta el contenido más garantista que se establece en la referida Convención en cuanto al delito de tortura."*<sup>109</sup>

Así las cosas, resulta claro que la anulación de la personalidad o en la disminución de la capacidad física o mental es el elemento rector que esta Sala ha de tener en cuenta para la configuración del delito de tortura en persona protegida, máxime si se tiene en cuenta que asumirlas consecuencias del conflicto armado *per se* es un sufrimiento grave para la tranquilidad de un ser humano.

En relación con la adecuación típica de una conducta, el tipo penal exige una finalidad, que se concreta de manera alternativa en las siguientes: (i) obtener de ella o de un tercero información o confesión, (ii) castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido (iii) intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación.

De manera similar el TPI, en el caso *Kunarac* mencionó que en relación con la configuración del delito de tortura, los siguientes propósitos han llegado a formar parte del Derecho consuetudinario internacional: a) la obtención de información o una confesión; b) castigar, intimidar o ejercer coerción sobre la víctima o una tercera persona; c) la discriminación, con base en cualquier fundamento, en contra de la víctima o de un tercero"<sup>110</sup><sup>111</sup>.

#### TOMA DE REHENES-CONCEPTO/TOMA DE REHENES-ALCANCE

El Código Penal tipifica esta conducta de la siguiente manera:

*"ART. 148. TOMA DE REHENES. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, prive a una persona de su libertad condicionando ésta o su seguridad a la satisfacción de exigencias formuladas a*

---

persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas"

<sup>109</sup> Corte Constitucional, sentencia C-148 de 2005, M. P. Álvaro Tafur Galvis

<sup>110</sup> "Prosecutor v. Kunarac et al" párr. 485.

<sup>111</sup> Sobre esta lista de propósitos el doctrinante KAI AMBOS menciona que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* no es clara con respecto a si esta lista de propósitos es exhaustiva o potencialmente ilimitada. Menciona por ejemplo el caso "Celebi" donde se afirmó: "el uso de las palabras para tales propósitos en la definición consuetudinaria de la tortura indica que la lista de los propósitos enumerados no constituye una lista exhaustiva y debería ser considerada simplemente representativa". Postura confirmada por la Cámara Procesal en el caso "Kvocka", que concuerda que la lista no es exhaustiva. Al respecto ver. TEMAS DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y EUROPEO. KAI AMBOS. Pág. 240.

*"la otra parte"*<sup>112</sup>, o la utilice como defensa" (Subrayado de la Sala)

Se debe mencionar que el elemento identificador de este tipo penal, respecto de otros punibles, como la privación ilegal o el secuestro extorsivo, se abrevia en (i) que como crimen de guerra proscrito por el DIH, se debe configurar en contextos en *conflicto armado*, internacional o no internacional y (ii) que ostenta triple naturaleza de ser una norma convencional, consuetudinaria y de *ius cogens*.<sup>113</sup>

Por su parte, el TPIY en el asunto de Dario Kordic y Mario Cerkez, consideró que para que se configurara una toma de rehenes durante un conflicto armado, un individuo debía "amenazar a personas que se encuentren ilegalmente detenidas con infijirles tratamientos inhumanos o la muerte, y que esas amenazas constituyen un medio para alcanzar una determinada ventaja sobre la otra parte"<sup>114</sup><sup>115</sup>

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

Este delito se tipifica en el Código Penal colombiano de la siguiente manera:

*"Art. 154. DESTRUCCIÓN Y APROPIACIÓN DE BIENES PROTEGIDOS. El que, con ocasión y en desarrollo de 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 (...)"*

Sea lo primero mencionar que esta conducta, entendida como un crimen de guerra de acuerdo con el Estatuto de la Corte Penal Internacional<sup>116</sup> encuentra su base legal en las disposiciones de los Convenios I, II y IV que disponen: "*La destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente" son infracciones graves a las Convenios de Ginebra de 1949.*"<sup>117</sup>

Esta definición ha sido desarrollada por el TPIY al aducir en el caso "Blaskic": "[*la destrucción o apropiación de bienes no justificada por necesidades militares sea ejecutada en gran escala*]", ha de apreciarse en las circunstancias del caso, de manera que un único hecho, como la destrucción de un hospital, podría ser suficiente para la comisión de una infracción grave<sup>118</sup>.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha hecho hincapié en la especificidad que requiere esta conducta para su tipificación; en ese sentido ha pronunciado:

---

<sup>112</sup> Declarado inexequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-291 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>113</sup> Cfr. Ibid.

<sup>114</sup> Respecto de la frase "otra parte", esta sala acoge la postura de la Corte Constitucional, y entiende que en una interpretación *pro homine* esta no se configura como elemento estructural de la conducta descrita en el tipo penal de TOMA DE REHENES. Cfr. Ibid.

<sup>115</sup> Corte Constitucional, sentencia C- 405 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>116</sup> Estatuto de la Corte Penal Internacional. Art. 8 (2) (a) (iv)

<sup>117</sup> Ver. Convenio de Ginebra I, Art. 50; Convenio de Ginebra II, Art. 51; Convenio de Ginebra IV, Art. 147.

<sup>118</sup> Cita tomada de: LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CIVILES EN PODER DEL ENEMIGO Y EL ESTABLECIMIENTO DE UNA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL. Artículo, Revista Internacional de la Cruz Roja, por Julio Jorge Urbina.

*"(...) la finalidad de la disposición no se enmarca exclusivamente en el hecho material de destruir, inutilizar o apropiarse de bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, sino que es necesario que dicho comportamiento se encamine a la destrucción o apropiación de bienes que sean aptos para alcanzar fines militares por su naturaleza, uso o destinación y por consiguiente que otorguen una ventaja militar concreta."*<sup>119</sup>

#### **EXACCIONES O CONTRIBUCIONES ARBITRARIAS-CONCEPTO-EXACCIONES O CONTRIBUCIONES ARBITRARIAS-ELEMENTOS PARA SU CONFIGURACION/EXACCIONES O CONTRIBUCIONES ARBITRARIAS-ALCANCE**

Esta conducta se tipifica en el Código Penal de la siguiente manera:

*"Art. 163. EXACCIÓN O CONTRIBUCIONES ARBITRARIAS. El que, con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado, imponga contribuciones arbitrarias (...)"*

Sobre este delito esta Sala ha señalado:

*"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 relacionado 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 víctima, en virtud de las normas de derecho internacional aplicables, a los conflictos no armados internacionales; (iv) que la imposición proceda con arbitrariedad, es decir, que sea contraria a las leyes y dictada sólo por la voluntad o el capricho del victimario; (v) que la contribución no sea con el consentimiento de la víctima; (vi) que la conducta se haya cometido directamente, ordenada, instigada o inducida, por quien haga parte de un grupo armado ilegal con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado; (vii) también cuando el victimario pudiendo evitarlo pudiendo impedir tales actos, no lo haga (comisión por omisión)"*<sup>120</sup>

Con todo la Sala debe precisar que este delito, encuentra un fundamento en particular, las contribuciones arbitrarias tienen un propósito en sí mismo, y es que el dinero cobrado en impuestos, prestaciones, multas, etc., son para el beneficio del grupo armado ilegal en general.<sup>121</sup>

#### **ACTOS DE BARBARIE-CONCEPTO/ACTOS DE BARBARIE-ALCANCE**

El Código penal Colombiano señala este delito de la siguiente manera:

*"Art. 145. ACTOS DE BARBARIE. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y fuera de los casos especialmente previstos como delitos y sancionados con pena mayor, realice actos de no dar cuartel, atacar a persona fuera de combate, de abandonar a heridos o enfermos, o realice actos dirigidos a no dejar sobrevivientes o a rematar a los heridos y enfermos u otro tipo de actos de barbarie prohibidos en tratados internacionales ratificados por Colombia (...)"*

Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha mencionado que:

*"Son actos de ferocidad o barbarie los que repreba el derecho internacional humanitario o derecho de gentes, precisamente por evidenciar crueldad innecesaria en los procedimientos y en los medios utilizados, o por comportar hostilidad, padecimientos, atemorización y exposición a daños también innecesarios a los niños, mujeres, personas débiles o impotentes, y en general a la población civil (...)"*<sup>122</sup>(Resaltado de la Sala)

En el mismo sentido consideró:

*"Es que del reconocimiento de la guerra o de los conflictos armados como una realidad y, por ende, del altruista propósito de sujetar a los combatientes a unas reglas que limiten sus métodos y medios de acción, con el fin de proteger a la persona humana, no se sigue alegremente que el derecho internacional humanitario legitima la guerra o la existencia de los conflictos armados o de grupos insurrectos o la recurrencia a formas inhumanas de ataque o a potentes instrumentos de desolación por parte de las asociaciones armadas irregulares, porque, a más de reducir los estragos de las confrontaciones bélicas, dicho ordenamiento, fruto de los pactos internacionales y de la conciencia de la humanidad, apunta estratégicamente a lo que Kant definió elocuentemente como el modo de "hacer la guerra según principios tales que sea siempre posible salir de ese estado natural y entrar en un estado jurídico"*<sup>123</sup>

#### **DEPORTACIÓN, EXPULSIÓN, TRASLADO O DESPLAZAMIENTO FORZADO DE POBLACIÓN CIVIL-CONCEPTO/DEPORTACIÓN, EXPULSIÓN, TRASLADO O DESPLAZAMIENTO FORZADO DE POBLACIÓN CIVIL-ALCANCE**

Respecto de este delito el Código Penal señala:

*"Art. 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 forzadamente de su sitio de asentamiento a la población civil (...)"*

En relación con esta conducta delictual, la Corte Constitucional ha mencionado:

<sup>119</sup> Corte Suprema De Justicia. Sala De Casación Penal.Sentencia del 14 de agosto de 2013. Magistrado Ponente. Luis Guillermo Salazar Otero

<sup>120</sup> Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, decisión de control de legalidad contra Ramón María Isaza Arango y otros, 5 de octubre de 2012, M. P. Eduardo Castellanos Roso; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión de segunda instancia sobre el control de legalidad de cargos contra Ramón María Isaza Arango y otros, 14 de octubre de 2013, M. P. Luis Guillermo Salazar Otero

<sup>121</sup> Acta de Plenaria número 22 de la sesión ordinaria del día miércoles 31 de mayo de 2000, en Gaceta del Congreso, número 194, del 9 de junio del 2000, págs. 20-22, en: Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, decisión de control de legalidad contra Ramón María Isaza Arango y otros, 5 de octubre de 2012, M. P. Eduardo Castellanos Roso

<sup>122</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Penal, 25 de septiembre de 1996, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego

<sup>123</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 27 de mayo de 1999, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

*"las personas (...) que se ven obligadas a abandonar intempestivamente su lugar de residencia y sus actividades económicas habituales, debiendo migrar a otro lugar dentro de las fronteras del territorio nacional"<sup>124</sup> para huir de la violencia generada por el conflicto armado interno y por el desconocimiento sistemático de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, quedan expuestas a un nivel mucho mayor de vulnerabilidad<sup>125</sup>, que implica una violación grave, masiva y sistemática de sus derechos fundamentales<sup>126</sup>(...)Las personas desplazadas por la violencia se encuentran en un estado de debilidad que los hace merecedores de un tratamiento especial por parte del Estado."<sup>127</sup>*

Al respecto, esta Sala ha mencionado:

*"Tanto en el derecho Internacional como en el nacional el delito de desplazamiento forzado, si bien es de carácter doloso, no exige necesariamente la particular intención de la población civil abandone su territorio, también se puede configurar bajo la modalidad de dolo eventual, en virtud de la cual es suficiente que se genere una atmósfera de miedo y opresión, de tal connotación que resultare apenas previsible la expulsión de la población"<sup>128</sup>*

En relación con el alcance que para esta jurisdicción ostenta este tipo penal, se debe tener en cuenta el móvil que llevó a la víctima a abandonar sus bienes y su lugar de domicilio, el cual no debe responder a razones personales de cualquiera de los victimarios<sup>129</sup>, sino a motivos propios del conflicto armado."

#### **VIOLACIÓN DE HABITACIÓN AJENA-CONCEPTO/ VIOLACIÓN DE HABITACIÓN AJENA-ALCANCE/ VIOLACIÓN DE HABITACIÓN AJENA-DIFERENCIAS CON EL TIPO PENAL DE VIOLACIÓN EN LUGAR DE TRABAJO**

##### **1. Respecto del delito de VIOLACIÓN DE HABITACIÓN AJENA, el Código Penal dispone:**

<sup>124</sup> Corte Constitucional, sentencia T- 1346 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil; sentencia T-268 de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, En esta decisión, se acogió la definición de desplazados que consagran los Principios Rectores del Desplazamiento Forzado Interno.

<sup>125</sup> Los motivos y las manifestaciones de esta vulnerabilidad acentuada han sido caracterizados por la Corte desde diversas perspectivas. Así, por ejemplo, en la sentencia T-602 de 2003 se precisaron los efectos nocivos de los reasentamientos que provoca el desplazamiento forzado interno dentro de los que se destacan "(i) la pérdida de la tierra y de la vivienda, (ii) el desempleo, (iii) la pérdida del hogar, (iv) la marginación, (v) el incremento de la enfermedad y de la mortalidad, (vi) la inseguridad alimentaria, (vii) la pérdida del acceso a la propiedad entre comuneros, y (viii) la desarticulación social.", así como el empobrecimiento y el deterioro acelerado de las condiciones de vida. Por otra parte, en la sentencia T-721 de 2003 (i) se señaló que la vulnerabilidad de los desplazados es reforzada por su proveniencia rural y (ii) se explicó el alcance de las repercusiones psicológicas que surte el desplazamiento y se subrayó la necesidad de incorporar una perspectiva de género en el tratamiento de este problema, por la especial fuerza con la que afecta a las mujeres.

<sup>126</sup> Ver, entre otras, las sentencias T-419 de 2003, SU-1150 de 2000.

<sup>127</sup> Corte Constitucional, sentencia T-069 de 2012, M. P. Jorge Iván Palacio

<sup>128</sup> Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, decisión de control de legalidad contra Jorge Iván Laverde Zapata, 7 de diciembre de 2009, M. P. Uldi Teresa Jiménez López.

<sup>129</sup>Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 36125, 31 de agosto de 2011, M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.

*"Artículo 189. VIOLACIÓN DE HABITACIÓN AJENA. El que se introduzca arbitraria, engañosa o clandestinamente en habitación ajena o en sus dependencias inmediatas, o que por cualquier medio indebido, escuche, observe, grabe, fotografie o filme, aspectos de la vida domiciliaria de sus ocupantes, incurirá en multa (...)"*

Es preciso anunciar que estos delitos, responden a los denominados *delitos comunes*, y en consecuencia el bien jurídico tutelado se corresponde con la autonomía personal y el daño en el bien.

Al respecto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha mencionado:

*"Esa distinción la hizo el legislador cuando tipificó por separado, en los artículos 189 y 191 del Código Penal de 2000, los delitos de violación de habitación ajena y violación en lugar de trabajo. Es más, aun cuando dichos punibles protegen el bien jurídico de la autonomía personal, la ley sanciona el primero de manera más severa<sup>130</sup>, en la medida en que con su realización, adicionalmente, se afecta el derecho a la intimidad personal y familiar."*

De igual manera, para la Sala resulta claro que el punible del daño en bien ajeno, responde a la afectación que se genera en la propiedad del bien y en ese sentido, la vulneración que pueda afectar la esfera de protección del bien como patrimonio de aquel que lo ostenta, resulta reprochado por el código penal.

#### **REPRESALIAS-CONCEPTO/REPRESALIAS-ALCANCE/ REPRESALIAS-CONSTITUYE UN CRIMEN DE GUERRA**

El Código Penal consagra este delito de la siguiente manera:

*"ARTICULO 158. REPRESALIAS. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, haga objeto de represalias o de actos de hostilidades a personas o bienes protegidos (...)"*

Las represalias y su proscripción en el derecho internacional humanitario, se fundamentan en el siguiente axioma: La situación más crítica en la que se puede encontrar el ser humano en un escenario como la guerra, es caer en poder del enemigo; máxime si se tiene en cuenta que esta situación se agudiza cuando el individuo "pertenece" a la parte en el conflicto que libra una "guerra total" y, por consiguiente, sin cuartel. Como represalia, corre entonces el riesgo de ser "castigado" en nombre de todos los prisioneros de guerra fusilados, de todos los heridos exterminados o de todos los civiles torturados, aunque sea inocente, aunque no tenga nada que ver con todos esos crímenes e, incluso, aunque, quizás, los repreube profundamente<sup>131</sup>.

No obstante de que el concepto de represalias presenta ciertas vicisitudes<sup>132</sup>, para la Sala resulta claro que la prohibición de las

<sup>130</sup> Mientras la violación de habitación ajena se sanciona con multa, si se incurre en violación en lugar de trabajo la pena se disminuye hasta en la mitad.

<sup>131</sup>La prohibición de las represalias en el Protocolo I: un logro para una mejor protección de las víctimas de la guerra. Artículo, Revista Internacional de la Cruz Roja. Konstantin Obradovic

<sup>132</sup>Interpretación diferente en lo que genéricamente se denomina como Derecho de la Haya; puesto que en este escenario las represalias, están permitidas , cumpliendo unos parámetros de proporcionalidad, humanidad y provisionalidad; advirtiendo que las partes no tienen la libertad para elegir el tipo de represalias béticas. De igual manera se aduce, que en ese contexto la limitante principal resulta en no afectar a personas y bienes protegidos en los Convenios y desarrollados en el Protocolo I de 1977, aspecto que por un lado resulta válido, pero que, por otro, no desestima las implicaciones y consecuencias que pueden generalizar la permisión de las

represalias contra personas y bienes protegidos por el DIH, se plasma en el principio de Inmunidad de los Principios Generales Básicos del Derecho Internacional Humanitario y por tanto esta práctica está absolutamente prohibida por las disposiciones expresas y comunes de los cuatro Convenios de Ginebra<sup>133</sup>,”

#### **OBSTACULIZACIÓN DE TAREAS SANITARIAS Y HUMANITARIAS-ES UN CRIMEN DE GUERRA/ OBSTACULIZACIÓN DE TAREAS SANITARIAS Y HUMANITARIAS ALCANCE**

*“Art. 153. OBSTACULIZACIÓN DE TAREAS SANITARIAS Y HUMANITARIAS. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, obstaculice o impida al personal médico, sanitario o de socorro o a la población civil la realización de las tareas sanitarias y humanitarias que de acuerdo con las normas del Derecho Internacional Humanitario pueden y deben realizarse (...)”*

Al respecto, el Art. 3.2 común de los Convenios de Ginebra (vinculante al conflicto armado no internacional) establece que “Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.”.

Por otro lado el artículo 7 del Protocolo II determina que:

*“1. Todos los heridos, enfermos y náufragos, hayan o no tomado parte en el conflicto armado, serán respetados y protegidos. 2. En toda circunstancia serán tratados humanamente y recibirán, en toda la medida de lo posible y en el plazo más breve, los cuidados médicos que exija su estado. No se hará entre ellos distinción alguna que no esté basada en criterios médicos.”*

De otra parte, el artículo 8 del Protocolo II establece:

*“Siempre que las circunstancias lo permitan, y en particular después de un combate, se tomarán sin demora todas las medidas posibles para buscar y recoger a los heridos, enfermos y náufragos...”*

Asimismo, el artículo 9 del Protocolo II establece la protección del personal sanitario y religioso y el artículo 10 del Protocolo II consagra la protección general de la misión médica.<sup>134</sup>

#### **DESPOJO EN CAMPO DE BATALLA-CONCEPTO/ DESPOJO EN CAMPO DE BATALLA-ES UN CRIMEN DE GUERRA/ DESPOJO EN CAMPO DE BATALLA-ALCANCE**

Este delito se contempla en el Código Penal de la siguiente manera:

*“ARTICULO 151. DESPOJO EN EL CAMPO DE BATALLA. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, despoje de sus efectos a un cadáver o a persona protegida (...)”*

Esta normatividad encuentra fundamento legal en el artículo 8 del Protocolo II el cual establece:

---

represalias en un contexto de guerra y los componentes que ella per se insinúa, donde los civiles ajenos al conflicto pueden resultar víctimas de este acto, denominado represalias. Para mayor información ver. CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. Araceli Mangas Martín. Ediciones Universidad de Salamanca. Pág. 131 y 132

<sup>133</sup> Ver. Convenio I , art. 46; Convenio II, art. 47; Convenio III, art. 13.3, Convenio IV, art. 33.3.

<sup>134</sup> Al respecto ver: Amalia Sanín Betancourt, *El nuevo código penal y el derecho internacional humanitario*, Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas Lecciones y Ensayos n.º 78, Gabriel Pablo Valladares (compilador), Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 503 a 532. CIC Rref. T2003.49/0003.

*“Siempre que las circunstancias lo permitan, y en particular después de un combate, se tomarán sin demora todas las medidas posibles para buscar y recoger a los heridos, enfermos y náufragos a fin de protegerlos contra el pillaje y los malos tratos y asegurarles la asistencia necesaria, y para buscar a los muertos, impedir que sean despojados y dar destino decoroso a sus restos.”*

Es preciso recordar, que la situación de la persona protegida resulta completamente vulnerable en un escenario de conflicto armado donde su voz, no tan solo se calla sino que obedece a aquél, quien por medio de las armas y la violencia se robustece de poder, generando intimidación e impotencia para quienes no hacen parte del conflicto.

En tratándose de los cadáveres que es objeto del despojo, es preciso mencionar que esta clase de víctimas, sufren una doble violación a su dignidad humana: la propia de haber sido víctima de un escenario ajeno a él como lo fue el conflicto, y ser botín de aprovechamiento para continuar los propósitos de una guerra que le ocasionaron la muerte.

#### **HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO-CONCEPTO/ HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO-ELEMENTOS PARA SU CONFIGURACION**

“Este delito se encuentra tipificado en el Código Penal de la siguiente manera:

*“Art 239. HURTO. El que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro (...)”*

*Art. 240. HURTO CALIFICADO. (...) Si el hurto se cometiere:*

1. *Con violencia sobre las cosas.*

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

*Art. 241. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA: (...)*

10. *Con destreza, o arrebatando cosas u objetos que las personas lleven consigo; o por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado para cometer el hurto.”*

Respecto de la descripción típica de este punible, es preciso recordar que resulta similar con la descrita en el tipo penal de DESTRUCCIÓN Y APROPIACIÓN DE BIENES PROTEGIDOS POR EL DIH. Sin embargo, como fue mencionado en el estudio de este último, para su configuración es necesario acreditar un propósito de *ventaja militar concreta*, de no ser así, la conducta entrará en el andamiaje de los delitos ordinarios, a saber, el HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO, junto con otros aspectos que la Sala procede a analizar.

2. En un primer momento es válido mencionar que el *apoderamiento* por parte del sujeto activo de la conducta, se predica como un elemento necesario para la configuración del delito de hurto, y consecuentemente, es necesario, que el bien salga de la esfera del poder del sujeto pasivo.<sup>135</sup>

Por su parte, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha indicado:

*“Aunque el tipo penal de hurto describe la conducta de apoderarse de una cosa mueble ajena, su estructuración en manera alguna está condicionada a la ejecución de una acción única de apoderamiento”*

---

<sup>135</sup>Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-138 de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo.

desde el punto de vista físico, o a varias realizadas simultáneamente. (...)

Pero la realidad no siempre suele ser tan sencilla. Pasa a veces que el mismo sujeto actúa pluralmente contra el patrimonio económico de una misma víctima o de varias, durante un período de tiempo determinado, corto o largo. Cada acción en esta hipótesis es desde el punto de vista naturalístico susceptible de ser encuadrada como delito autónomo. Sin embargo, no es la posibilidad de separación física de cada acción y la correlativa factibilidad de adecuarlas individualmente al mismo tipo penal, el camino más adecuado para suministrar la solución del problema. Esto por la sencilla razón de que la obtención del provecho ilícito al cual orientó su voluntad el sujeto activo de la infracción puede producirse a partir de diferentes acciones de apoderamiento, definidas a manera de etapas.<sup>136</sup>

#### **SECUESTRO SIMPLE Y AGRAVADO-CONCEPTO/ SECUESTRO SIMPLE Y AGRAVADO-ELEMENTOS PARA SU CONFIGURACION/ SECUESTRO SIMPLE Y AGRAVADO-DIFERENCIAS CON EL TIPO PENAL DE SECUESTRO EXTORSIVO**

En relación con el Decreto Ley 100 de 1980 se establece:

"Art. 269 SECUESTRO SIMPLE. El que con propósitos distintos a los previstos en el artículo anterior, arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurirá en prisión de seis (6) a veinticinco (25) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos mensuales.

Respecto del Código Penal.

"Art. 168 SECUESTRO SIMPLE. El que con propósitos distintos a los previstos en el artículo siguiente [secuestro extorsivo], arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona (...)".

Para la consumación del delito basta con que se prive de la libertad a una persona. Los propósitos de esta conducta pueden ser tan variados, como agentes activos en la comisión del delito<sup>137</sup>

En ese sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia:

"(...) la diferencia existente entre el secuestro simple y el extorsivo, ciertamente no recae en el elemento objetivo, que es común para los dos, esto es, en la privación de la libertad mediante las formas descritas en las disposiciones que los tipifican, como son arrebatar, ocultar, sustraer o retener a la víctima, sino en el elemento subjetivo del tipo, pues entre tanto en el secuestro simple basta que se prive de la libertad a una persona para que se configure el delito, en el de naturaleza extorsiva el secuestrador tiene el propósito de exigir algo por la libertad de la víctima, en lo cual existe un verdadero constreñimiento. Ahora bien, este empleo de violencia moral como amenaza sería de un daño inminente o próximo, "vis compulsiva" es típico del delito de constreñimiento ilegal, el cual, a su vez, se diferencia del secuestro extorsivo en la supresión de la libertad ambulatoria que éste último requiere."<sup>138</sup>

Con todo, se concluye que el secuestro simple es un delito que afecta la libertad individual de la persona persiguiendo una finalidad de carácter indeterminada y residual<sup>139</sup>. "

#### **DESAPARICIÓN FORZADA-CONCEPTO/ DESAPARICIÓN FORZADA-ES UNA CONDUCTA PUNIBLE DE EJECUCIÓN PERMANENTE/ DESAPARICIÓN FORZADA-ALCANCE**

Este delito se encuentra tipificado en el Art. 165 del Código Penal colombiano:

"Art. 165. DESAPARICIÓN FORZADA. El particular que someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley (...)"

Es menester mencionar que la Corte Constitucional ha indicado que la definición de desaparición forzada acogida en nuestro estatuto penal figura más garantista que las dadas por instrumentos internacionales sobre la materia, como, la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, la cual hace parte del ordenamiento jurídico por vía del Bloque de constitucionalidad.<sup>140</sup>

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

"No admite discusión que la desaparición forzada es una conducta punible de ejecución permanente, esto es, que desde el acto inicial, la retención arbitraria de la víctima, el hecho continúa consumándose de manera indefinida en el tiempo, y el límite final de ejecución del delito está dado por la terminación de ese estado de privación de libertad, ya porque de alguna manera se recobra ésta (el victimario la libera, es rescatada, etc.), ya porque se ocasiona su deceso.

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

La situación es diversa cuando solamente existe un momento, esto es, sucede la privación de libertad y no existe prueba alguna respecto de que se puso punto final a ese estado; por tanto, la desaparición continúa ejecutándose de manera indefinida en el tiempo y, así, el término de prescripción de la acción penal (cuando sea viable tal instituto) no comienza a correr, pues tal sucede exclusivamente cuando cesa la privación de la libertad, o, lo que es lo mismo, cuando deja de consumarse la desaparición."<sup>141</sup>

Respecto de la consumación de la desaparición forzada ante la muerte de víctima, la Sala precisa que "la ilicitud de la conducta no acaba con la muerte de la víctima, porque la comunidad y la familia de la víctima siguen desconociendo su suerte, es decir,

<sup>136</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 368, 9 de octubre de 1997, M. P. Carlos E. Mejía Escobar.

<sup>137</sup>Cfr. Corte Constitucional, sentencia C- 599 de 1997, M. P. Jorge Arango Mejía.

<sup>138</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 15063, 31 de julio de 2003, M. P. Herman Galán Castellanos.

<sup>139</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 30862, 14 de abril de 2010, M. P. José Leónidas Bustos Martínez.

<sup>140</sup> Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-620 de 2011, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>141</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 36563, 3 de agosto de 2011, M. P. José Luis Barceló Camacho.

el daño a los bienes jurídicos tutelados continúa materializándose".<sup>142</sup>

Conforme a lo anterior, se tiene que el delito de desaparición forzada, es un delito de ejecución permanente, cuya perpetración conlleva dos momentos bien definidos:

"(i) el de la consumación, que puede ser instantánea, es decir, en el momento en que se retiene o priva de la libertad a la víctima y se incumple el deber de informar y tal situación continúa manteniéndose por parte del autor de la conducta, como sucedió en este caso donde se presenta una actividad organizada y sistemática, según lo informado por la Fiscalía en el escrito de acusación, y (ii) el del agotamiento, que corresponde a la finalización o terminación, porque cesa en su ejecución y por tanto se esclarece el delito, como cuando la víctima recupera su libertad, por ejemplo, o como [en este caso] que las víctimas aparecieron muertas, siempre y cuando esas muertes hayan sido debidamente informadas y las circunstancias de ellas, esclarecidas".<sup>143</sup>

(Subrayado de la Sala)

## SIMULACIÓN E INVESTIDURA DE CARGO-CONCEPTO

Esta conducta se establece en el Código Penal de la siguiente manera:

"Art. 426 SIMULACIÓN DE INVESTIDURA O CARGO. El que simulare investidura o cargo público o fingiere pertenecer a la fuerza pública, (...)"

La pena se duplicará si la conducta se realiza con fines terroristas o cuando se participe en grupos de delincuencia organizada".<sup>144</sup>

## NARCOTRAFICO-ALCANCE/NARCOTRAFICO-DENTRO DEL MARCO DEL PROCESO DE JUSTICIA TRANSICIONAL/ NARCOTRAFICO- NO SE EXCLUYE DE ÁMBITO DE JURISDICCIÓN DE JUSTICIA Y PAZ.

" La Corte Suprema entendió que la conducta del narcotráfico debe ostentar un análisis lógico que se corresponda tanto con el carácter individual, en tratándose de quien realiza esta actividad, como a nivel colectivo respecto del grupo que se beneficia de dicha actividad ilegal.

En tal sentido, aseveró el alto Tribunal, que resta de coherencia razonar que cuando se trata de la persona que dirige dichas actividades, el narcotráfico sea un fin en sí mismo y cuando se trate del grupo armado irregular tan solo se determine como un

<sup>142</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, radicado 40559, 17 de abril de 2013, M. P. Gustavo Enrique Malo Fernández. En esta decisión la Corte señaló que "cuando la comisión del punible inicia en vigencia de una ley y termina bajo otra posterior y más gravosa, se debe aplicar esta última norma. El principio de favorabilidad, no rige en los delitos de carácter permanente, para impedir la impunidad por la concesión de un beneficio indebido".

<sup>143</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 32680, 11 de noviembre de 2009, M. P. Javier Zapata Ortiz

<sup>144</sup> Respecto de este delito es importante mencionar que el mismo fue objeto de reforma por medio de la ley 1453 del año 2011 (junto con otros delitos) en tratándose a la finalidad terrorista de la conducta.

De acuerdo con la exposición de motivos del proyecto de ley "el fin de la reforma al código penal fue la introducción de una serie de disposiciones destinadas a reforzar el aparato judicial frente a la comisión de delitos vinculados con el terrorismo y la criminalidad organizada".

medio de consecución de la finalidad que se concreta en el interés antisubversivo.

Efectivamente, estimo la Corte:

"En estricto sentido lógico argumental, si se dice que el todo - grupo autodefensas- tiene ideales antisubversivos y utiliza el narcotráfico a título de medio para alcanzarlos, necesariamente debe concluirse que las partes de ese todo encargadas de materializar dicho medio, conserven el mismo interés, pues, también se valen del delito en cuestión para procurar la derrota del enemigo, en cuanto propósito común"

En suma, la Corte decidió CONFIRMAR el auto que excluyó a FRANCISCO JAVIER ZULUAGO LINDO, del trámite de Justicia y Paz, por cuanto se verificó que aquel ostentaba la calidad de ser un "narcotraficante puro" que se desmovilizó como financiador de la organización para obtener los beneficios de la justicia transicional. De la siguiente manera lo expuso la Corte:

"Si bien era una persona conocida dentro del paramilitarismo por virtud de su cercanía con la casa Castaño, era ajeno a cualquier tipo de vinculación orgánica a su interior (...) FRANCISCO JAVIER ZULUAGA LINDO no perteneció a la estructura orgánica de las Autodefensas y, en lugar de ellos busco camuflar en uno de sus bloques la labor que como narcotraficante puro siempre desarrolló".<sup>145</sup>

Por tanto, la Corte responde al problema jurídico planteado afirmando que lo preponderante en un estudio de exclusión de Justicia y Paz en razón de la actividad del narcotráfico, es determinar la pertenencia de un postulado al grupo armado irregular en razón de la ocurrencia de la conducta. Si se determina la pertenencia del postulado al grupo armado irregular, la actividad del narcotráfico se debe analizar dentro del universo de actividades que se desarrollan al interior del grupo, contrario sensu si no perteneció a la estructura orgánica del grupo armado y la labor del narcotráfico se desarrolló por fuera de la dinámica del grupo, resulta viable el estudio de la exclusión. "

(...)

## LEY DE JUSTICIA Y PAZ-OBJETO

Conforme al tema de estudio la Corte aclaró el espíritu y el ámbito de aplicación de la Ley de Justicia y Paz, mencionando que son objeto de conocimiento de la justicia transicional aquellos hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esas estructuras<sup>146</sup>, premisa que no hace distingo en razón de los delitos que se pudiesen generar. En los siguientes términos refirió el *Ad quem*:

"expresión que no distingue entre delitos ni excluye alguno de investigación y juzgamiento. Entonces la interpretación gramatical del texto indica que en Justicia y Paz es posible abordar cualquier conducta punible, siempre que haya sido cometida durante y con ocasión de la pertenencia del grupo".<sup>147</sup>

## JUSTICIA TRANSICIONAL-NO SE AGOTA EN LOS ATENTADOS CONTRA LOS DERECHOS HUMANOS

<sup>145</sup> Ibidem.

<sup>146</sup> Así lo señala la Ley 975 del 2005 en los artículos 2, 10, 16.1, 17 y de la Ley 1592 de 2012 los arts. 1, 12, 13.

<sup>147</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 30de abril de 2014. Radicación 42534. Magistrada Ponente. María del Rosario González Muñoz.

La Corte aborda lo correspondiente a la filosofía que nutre el proceso de Justicia y Paz, dilucidando que no se trata exclusivamente del estudio de los hechos que resultan violatorios de los derechos humanos, muestra de ello es la investigación y judicialización de *delitos comunes*, como el *concierto para delinquir* el cual es un delito base en esta justicia transicional.

En ese sentido aduce la Corte:

“(...) Segundo la normatividad citada, el objeto del proceso transicional no se agota en los graves atentados contra los derechos humanos porque se extiende a todas las conductas delictivas cometidas por grupos organizados al margen de la ley (...)”<sup>148</sup>

De igual manera la Corte refirió que conductas como el narcotráfico constituyen conductas de orden transnacional, calificación que no implica entenderlos como “más graves y lesivos” que los delitos de lesa humanidad legalizados en Justicia y Paz, tales como homicidio en persona protegida, tortura, desaparición, desplazamiento forzado, etc.<sup>149</sup>“

#### AUTORIA-CONCEPTO

“ Al respecto, sea lo primero precisar, que el artículo 29 del Código Penal, establece que es **autor** “quien realice la conducta punible por el mismo o utilizando a otro como instrumento.”

#### AUTORIA MEDIATA EN APARATOS ORGANIZADOS DE PDOER-CONCEPTO

En ese entendido, corresponde delimitar los alcances de la autoría mediata y de la coautoría impropia, para concluir si en efecto, el proceder de los desmovilizados aquí sentenciados se enmarca en alguna de esas dos formas de participación; de ahí que frente a la primera y obviamente en atención a la especial naturaleza del proceso de justicia y paz, resulta valedero traer a colación el pacífico y reiterado criterio que ha venido sosteniendo la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al señalar:

“... en materia de justicia transicional, para el caso colombiano, es viable la aplicación de la teoría de <la concurrencia de personas en el delito y los aparatos organizados de poder>, <autoría mediata en aparatos organizados de poder con instrumento fungible pero responsable> o <autor detrás del autor>. Afirmó la Sala que el fenómeno de intervención plural de personas articuladas de manera jerárquica y subordinada a una organización criminal, que mediante división de tareas realizan conductas punibles, debe comprenderse a través de la metáfora de la cadena.

... En este instrumento el que se constituye en un todo enlazado, los protagonistas que transmiten el mandato de principio a fin se relacionan a la manera de los eslabones de aquella. En esa medida, puede ocurrir que entre el dirigente máximo quien dio la orden inicial y quien finalmente la ejecuta no se conozcan.

... Así como se presenta en la cadeneta, el primer anillo o cabeza de mando principal se constituye en el hombre de atrás, y su designio delictuoso lo termina realizando a través de un autor material que se halla articulado como subordinado (con jerarquía media o sin ella) a la organización que aquél dirige.

<sup>148</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 42534, M. P. María del Rosario González Muñoz

<sup>149</sup> *Ibidem*.

... Dada la ausencia de contacto físico, verbal y de conocimiento entre el primer cabo ordenador y el último que consume la conducta punible, sucede que el mandato o propósito se traslada de manera secundaria y descendente a través de otros dependientes. Estos como eslabones articulados conocen de manera inmediata a la persona antecedente de quien escucharon la orden y de forma subsiguiente a quien se la transmiten. Todos se convierten en anillos de una cadena de condiciones de plural coautoría.

... Esta forma de intervención y concurrencia colectiva en conductas punibles es característica en organizaciones criminales claramente identificadas que consuman el delito de *concierto para delinquir con fines especiales* de que trata el artículo 340 inciso 2º de la ley 599 de 2000 o como puede ocurrir en grupos armados ilegales, independientemente de los postulados ideológicos que los convoquen pues en eventos incluso pueden carecer de ellos...”<sup>150</sup>

#### COAUTORIA IMPROPIA-COAUTORIA IMPROPIA-CONCEPTO-ALCANCE

“ Con relación a la coautoría impropia, debe indicarse que desde antaño la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha precisado:

“... Los actuales desarrollos dogmáticos jurisprudenciales se orientan por reconocer, como característica de la denominada coautoría impropia, que cada uno de los sujetos intervenientes en el hecho punible no ejecuta integral y materialmente la conducta definida en el tipo, pero sí lo hace prestando contribución objetiva a la consecución del resultado común, en la que cada cual tiene dominio funcional del hecho con división de trabajo, cumpliendo acuerdo expreso o tácito, previo o concurrente con la comisión del hecho, sin que para la atribución de responsabilidad resulte indispensable que cada interveniente lleve a cabo o ejecute la totalidad del supuesto fáctico contenido en el tipo o que sólo deba responder por el aporte realizado y desconectado del plan común, pues en tal caso, una teoría de naturaleza objetivo formal, por ende, excesivamente restrictiva, sin duda muy respetuosa de, denominado principio de legalidad estricto, no logra explicar la autoría mediata ni la coautoría, como fenómenos expresamente reconocidos en el derecho positivo actual...”<sup>151</sup>.

Por su parte, el tratadista KAI AMBOS con relación al tema de la coautoría impropia indicó:

“... La coautoría se caracteriza por una división funcional de las acciones delictivas entre los diferentes coautores, que están normalmente interrelacionados por un plan común o acuerdo. Todo coautor realiza cierta tarea que contribuye a la comisión del delito y sin la cual la comisión no sería posible. El plan común o acuerdo constituye la base de una reciproca o mutua comunidad de esfuerzos que hace a todo coautor responsable del delito en su integridad. Es casi impensable que uno de los coautores no sea criminalmente responsable...”<sup>152</sup>.

<sup>150</sup> Sala de Casación Penal, sentencias de 2 de septiembre de 2009. Rad. 29221 y 21 de septiembre de 2009. Rad. 32022. Auto del 26 de septiembre de 2012. Rad. 38250, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

<sup>151</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación 11862, 11 de junio de 2002,

<sup>152</sup> Kai Ambos. La Corte Penal Internacional.

