



Libertad y Orden

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

La protección de los derechos humanos a través de la jurisprudencia penal

Corte Suprema de
Justicia de Colombia



2008



Libertad y Orden

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

La protección de los derechos humanos a través de la jurisprudencia penal

Corte Suprema de
Justicia de Colombia



2008



centro internacional para la
JUSTICIA
TRANSICIONAL



Konrad
Adenauer
Stiftung

© 2008 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.
© CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.
Klingelhöferstr. 23
D-10785 Berlín
República Federal de Alemania
Tel.: (#49-30) 269 96 453 - Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER, A.C.
OFICINA MEXICO
Río Gadiana No.3 Col. Cuauhtémoc México, DF.
C.P. 06500 México
Tel. +52 55 5566 4511 - Fax +52 55 5566 4455
derecho@kasmex.org.mx
www.kasmex.org.mx www.kas.de

CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL
Oficina Bogotá, D.C., Colombia
Carrera 5 No. 67-01
Telefax: +571 3450046
www.ictj.org

Coordinación editorial:
Camilo Ernesto Bernal Sarmiento.

Comité editorial:
Camilo Ernesto Bernal Sarmiento, María Cristina Rivera Ochoa, Rodrigo
Alonso Echeverry Jiménez.

Relator: Nelson Andrés León Ruiz.

ISBN: 978-958-98737-1-7
Diciembre de 2008
Impreso en Colombia.

Imágenes de capítulos: César Padilla Beltrán. Miradas Internas. Bogotá:
Permoda S.A., 2007. padillabeltran@gmail.com

Producción gráfica e impresión:
Opciones Gráficas Editores Ltda.

Esta publicación se distribuye sin fines de lucro, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer. Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

Este documento fue desarrollado con el apoyo de la oficina regional México del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL
2008

Presidente: Dr. Sigifredo de Jesús Espinosa Pérez

Dr. Alfredo Gómez Quintero

Dr. Augusto José Ibáñez Guzmán

Dr. Javier de Jesús Zapata Ortiz

Dr. Jorge Luís Quintero Milanés

Dr. José Leonidas Bustos Martínez

Dr. Julio Enrique Socha Salamanca

Dra. María del Rosario González de Lemos

Dr. Yesid Ramírez Bastidas

Tabla de contenido

Presentación

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y su compromiso con la protección de los derechos humanos	17
--	----

Sigifredo Espinosa Pérez

Prólogo

Derechos humanos, justicia penal y democracia: los desafíos de su protección judicial	21
--	----

Rudolf Huber y Camilo Ernesto Bernal Sarmiento

CAPÍTULO I

Casos de violaciones de los derechos humanos y control constitucional

Extracto 1. Caso municipio Tacueyó (Cauca)	29
---	----

1. Derecho de defensa técnica: *su desconocimiento no se demuestra por la diversidad de criterios estratégicos ni por la ausencia de visitas del apoderado al procesado privado de la libertad*

2. Aceptación de cargos: *presunto estado de anormalidad psicológica*

Extracto 2. Caso fincas “Las Tangas” y “Jaraguay”. Municipio de Turbo (Antioquia)	33
--	----

- Coautoría impropia: jefe de inteligencia los integrantes de la organización criminal responden como autores (grupos paramilitares)*

Extracto 3. Caso municipio Segovia (Antioquia). Año 1988	38
--	----

- Terrorismo: alcance de la expresión “causar terror”*

Extracto 4. Caso municipio Caloto (Cauca)	43
--	----

1. Coautoría impropia: *realización mancomunada de un hecho delictivo*

2. Coparticipación criminal: *uso de las reglas de la sana crítica para establecer la calidad de determinante*

Extracto 5. Caso Municipio Yacopí (Cundinamarca)	47
<i>Acción de revisión: contundencia del hecho y/o prueba nueva para desvanecer los efectos de la cosa juzgada y establecer la inocencia del condenado. (prosperidad de la causal)</i>	48
Extracto 6. Caso Municipio Riofrío (Valle)	52
1. <i>Recurso extraordinario de casación: el juicio de legalidad de la sentencia lleva implícito la verificación de los vicios que puedan afectar derechos fundamentales</i>	53
2. <i>Nulidad: - Falta de competencia por el juez que dictó la sentencia.</i>	
<i>- Restauración del ordenamiento jurídico para el acatamiento de los tratados internacionales en la investigación de delitos de lesa humanidad.</i>	
<i>- Justicia Penal Militar: delitos cometidos con ocasión del servicio y en connivencia con grupos paramilitares..</i>	56
Extracto 7. Caso municipio Segovia (Antioquia). Año 1996 ..	61
1. <i>Derecho de defensa: derecho del sindicado a conocer la imputación fáctica en la indagatoria, independiente de su denominación jurídica</i>	61
2. <i>Debido proceso: garantía constitucional que no se afecta por la ruptura de la unidad procesal como consecuencia del cierre parcial de la investigación. Non bis in idem</i>	63
Extracto 8. Caso municipio Chinú (Córdoba)	
- Comunidad Indígena Zenú	68
<i>Testigo con identidad reservada: limitación constitucional de las declaraciones de testigos con reserva de identidad</i>	69
Extracto 9. Caso municipio Dabeiba (Antioquia)	71
1. <i>Justicia penal militar: noción de veredicto contradictorio, inexistente, contraevidente y ambiguo ...</i>	72
2. <i>Justicia penal militar: Veredicto ambiguo: no se patenta a los vocales para plasmar temas ajenos al juicio</i>	74
3. <i>Justicia penal militar: incongruencia de la sentencia</i>	76
Extracto 10. Caso municipio Chigorodó (Antioquia)	79
<i>Derecho a la defensa técnica: distinción entre vigilancia racional y abandono de la defensa</i>	79

Extracto 11. Caso municipio Choachí (Cundinamarca) ..	84
1. Testigo con identidad reservada: <i>su consideración probatoria resulta violatoria de los principios de publicidad del proceso, de la imparcialidad del juez y de la contradicción de la prueba</i>	86
2. Delito de rebelión: <i>el derrocamiento del gobierno nacional o la supresión del régimen constitucional vigente comportan permanencia en la actividad rebelde. Delito permanente</i>	88
3. Dosificación punitiva: <i>personalidad del agente excluido como criterio para la tasación punitiva</i>	89
4. Prescripción de la acción penal: <i>delitos permanentes (salvamento parcial de voto)</i>	89
Extracto 12. Caso municipio Apartadó (Antioquia)	
- Barrio de invasión “La Chinita”	99
1. Prescripción de la acción penal: <i>delitos de ejecución permanente</i>	99
2. Delito de rebelión. <i>Prescripción de la acción penal: situaciones que acontecen cuando se presenta la captura del procesado. Extinción de la acción penal</i> ..	101
3. Derecho de defensa material: <i>afectación cuando se impide al procesado conocer la prueba que milita en su contra</i>	105
4. Derecho de defensa: <i>ponderación entre los derechos de la sociedad a la convivencia pacífica, al orden justo y a la represión de toda expresión delictiva y los derechos de los procesados a ser tratados con dignidad</i>	106
5. Derecho de defensa técnica: <i>prohibición de designar como defensor a un servidor público en indagatoria</i> ..	108
Extracto 13. Caso municipio Colombia (Huila)	110
Coautoría impropia: <i>coadyuvancia en la consolidación del resultado integral de la acción cumplida por la empresa criminal. (grupo guerrillero)</i>	111
Extracto 14. Caso municipio Segovia (Antioquia)	
- Corregimiento Machuca. Año 1998	114
Dolo eventual: <i>“Los directivos del ELN estaban en plena posibilidad de prever los resultados de los riesgos</i>	

<i>que crearon en Machuca, por la experiencia previa de ese grupo subversivo en otros atentados, que también arrojaron consecuencias funestas”</i>	115
Extracto 15. Caso municipio Mapiripán (Meta)	119
1. Derecho de defensa técnica: <i>cuando se alega mejor condición profesional o estrategia defensiva- Actitud pasiva del defensor</i>	122
2. Concierto para delinquir - <i>Financiamiento del terrorismo: expedición de la Ley 1121 de 2006 responde a los requerimientos exigidos por los tratados internacionales</i>	124
Extracto 16. Caso Corregimiento La Gabarra (Norte de Santander)	128
1. Testimonio: <i>apreciación probatoria del testimonio de la víctima</i>	130
2. Bloque de constitucionalidad Respeto irrestricto a los derechos humanos Constitucionalización del derecho penal - <i>Precisiones conceptuales de dolo, dolo específico, dolo eventual, connivencia y aquiescencia</i>	134
3. Dolo eventual: <i>conceptualización en el marco del derecho penal internacional</i>	144
4. Concierto para delinquir: <i>asociación para conformar grupos de justicia privada</i>	148
Extracto 17. Caso Indigenistas Norteamericanos	156
Secuestro extorsivo. <i>Fines políticos: nacionalidad de la víctima</i>	158
Extracto 18. Caso desmovilizado organización armada ilegal	160
Extradición: <i>protección de los derechos de las víctimas</i> ...	160

CAPÍTULO II

Derecho internacional humanitario

Extracto 19. Radicado 12051. 25 de septiembre de 1996.

1. Derecho Internacional Humanitario: *“su objeto son las víctimas de los conflictos armados y la humanización de los métodos y medios usados por los combatientes”* .. 181

2. Delito Político: <i>extinción de la acción penal y de la pena: Alcance de la ley 104 de 1993</i>	
- <i>Actos de ferocidad y barbarie: noción</i>	184
Extracto 20. Radicado 12661. 27 de mayo de 1999	
Derecho Internacional Humanitario: <i>actos de ferocidad y barbarie</i>	
- <i>Utilización de artefactos explosivos</i>	
- <i>Delitos cometidos en combate</i>	187
Extracto 21. Radicado 13433. 27 de agosto de 1999	
Derecho Internacional Humanitario: <i>no tipifica los delitos ni señala las sanciones</i>	
- <i>Homicidio cometido fuera de combate</i>	191
Extracto 22. Radicado 14538. 21 de julio de 2004	
Derecho Internacional Humanitario: <i>el secuestro de civiles se encuentra proscrito en el derecho internacional humanitario como método de guerra</i>	196
Extracto 23. Radicado 24310. 18 de octubre de 2005	
Derecho Internacional Humanitario: <i>involucra conflicto armado internacional o interno. Delito Político. Concurso entre los punibles de rebelión y concierto para delinquir ..</i>	198
Extracto 24. Radicado 23893. 26 de enero de 2006	
Delito de rebelión: <i>concepto. Efectos de la declaratoria de inexequibilidad del artículo 127 del Decreto 100 de 1980-Delitos cometidos en combate</i>	202
Extracto 25. Radicado 26945. 11 de julio de 2007	
1. Delito de sedición: <i>los delitos cometidos por personas vinculadas a grupos paramilitares no pueden ser asimilados al concepto delito político</i>	210
2. Delito político. <i>Difiere del delito de concierto para delinquir: fundamentación desde la teoría del delito</i>	212

CAPÍTULO III

Acción de revisión. Artículo 192.4 Ley 906/04

Extracto 26. Caso barrio Patio Bonito

- Muerte de una menor de edad	219
1. Procuraduría General de la Nación - <i>Legitimidad del Ministerio Público: autorizado constitucionalmente</i>	

<i>para cumplir con las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</i>	220
2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos: <i>incorporación del Estado colombiano</i>	222
3. Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: <i>naturaleza y alcance en el ordenamiento interno</i>	224
4. Procesos por violaciones de los derechos humanos o infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario: <i>admisibilidad de la causal 4ª del artículo 192 de la Ley 906 de 2004</i>	230
5. Víctimas: -Concepto - <i>Protección por los estándares internacionales y el ordenamiento interno</i> - <i>Derecho a la verdad, justicia y reparación patrimonial</i>	233
6. Prescripción: <i>inoperancia del término prescriptivo cuando se acude a la acción de revisión</i>	239
Extracto 27. Caso militantes del M-19 - Asalto a un camión transportador de leche	242
1. Acción de revisión: <i>Naturaleza de la acción</i> - <i>Diferente al recurso extraordinario de casación</i>	243
2. Procuraduría General de la Nación - <i>Legitimidad del Ministerio Público: autorizado constitucionalmente para cumplir con las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - Legitimidad del Procurador judicial comisionado</i>	244
3. Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: <i>naturaleza y alcance en el ordenamiento interno</i>	248
4. Procesos por violaciones de los derechos humanos o infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario: - <i>admisibilidad de la causal 4ª del artículo 192 de la Ley 906 de 2004</i> - <i>Aplicación retroactiva de la causal por hechos acaecidos en el año de 1985</i>	248

5. Acción de revisión: <i>efectos en relación con la cesación de procedimiento</i> - <i>Causal 4ª del artículo 192 de la Ley 906 de 2004</i>	251
6. Nulidad: <i>momento desde el cual se declara la invalidez de lo actuado</i>	255
7. Análisis probatorio en revisión	260
Extracto 28. Caso de los 19 comerciantes	262
1. Procesos por violaciones de los derechos humanos o infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario: <i>Admisibilidad de la causal 3ª del artículo 220 de la Ley 600 de 2000</i> - <i>Exequibilidad de la norma (sentencia C-004/03)</i>	264
2. Corte Interamericana de Derechos Humanos: <i>cumplimiento obligatorio de sus fallos por parte del Estado colombiano</i>	267
3. Corte Interamericana de Derechos Humanos: <i>intangibilidad e inobjetabilidad de sus fallos</i>	269

CAPÍTULO IV

Justicia penal militar: competencia, fuero militar y conductas relacionadas con el servicio

Extracto 29. Radicado 18499. 25 de octubre de 2001	275
1. Justicia Penal Militar: <i>incompetencia funcional para el juzgamiento de civiles</i>	275
2. Justicia Penal Militar. <i>competencia: delito relacionado con el servicio</i>	276
Extracto 30. Radicado 17550. 6 de marzo de 2003	278
Colisión de competencia: - <i>Precisión y alcance del concepto “ley del proceso”. Excepcionalidad que permite variar la competencia ante la aparición de nuevos hechos, ello en preservación del principio constitucional de juez natural</i>	278
Extracto 31. Radicado 13813. 2 de junio de 2004	283
1. Fuero militar: <i>delito cometido “con ocasión del servicio” diferente al perpetrado “en relación con la función constitucional de las fuerzas militares”</i> - <i>Acogimiento de la sentencia C-358/97</i>	283

Extracto 32. Radicado 25627. 13 de julio de 2006	288
1. Justicia Penal Militar: <i>grado jurisdiccional de consulta en relación con la decisión que dispone cesar procedimiento</i>	288
2. Justicia Penal Militar: <i>fases del proceso penal militar - Competencia del Fiscal Penal Militar para imponer medida de aseguramiento</i>	289
Extracto 33. Radicado 25630. 11 de abril de 2007	295
Fuero militar. <i>Nulidad: incompetencia por errada interpretación del fuero militar</i>	295
Extracto 34. Radicado 26077. 1 de noviembre de 2007	300
1. Fuero militar: <i>Conductas relacionadas con el servicio. Interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>	300
2. Justicia Penal Militar. <i>Nulidad: la actuación de la justicia penal militar en asuntos ajenos a su competencia vulnera el debido proceso y el principio de juez natural</i>	308
Extracto 35. Radicado 24587. 6 de noviembre de 2007	313
Justicia Penal Militar. <i>Competencia: delitos típicamente militares y comunes</i>	313
Extracto 36. Radicado 27041. 23 de enero de 2008	316
Justicia Penal Militar. <i>Juez natural: Código Penal Militar se ajusta a la política estatal de protección de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario</i>	316
Extracto 37. Radicado 26703. 6 de marzo de 2008	322
1. Fuero militar: <i>Conductas relacionadas con el servicio. Interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>	322
2. Justicia Penal Militar. <i>Nulidad: la actuación de la justicia penal militar en asuntos ajenos a su competencia vulnera el debido proceso y el principio de juez natural</i>	331

CAPÍTULO V

Régimen de participación criminal y responsabilidad del superior (posición de garante)

Extracto 38. Radicado 23825. 7 de marzo de 2007 337

1. Coautoría impropia: *desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales*
 - *Organización criminal: sus directivos responden como coautores*
 - *Crimen organizado: se gesta un conocimiento y voluntad común. (grupo guerrillero) 337*
2. Autoría mediata: *noción 339*

Extracto 39. Radicado 25889. 26 de abril de 2007 341

1. Delitos de omisión impropia - *Miembros de las Fuerzas Militares: garantes de protección frente a los eventuales transgresores de los derechos fundamentales de las personas 341*
2. Coautoría impropia: *Noción (miembros de las Fuerzas Militares)..... 342*
3. Delitos de omisión impropia: *delitos de concierto para delinquir y terrorismo 344*

Extracto 40. Radicado 25974. 8 de agosto de 2007 349

1. Autor: *Noción 349*
2. Coautoría: *Diferencia entre coautoría material propia e impropia.*
 - *La determinación y la autoría directa respecto de las conductas delictivas cometidas por integrantes de una organización criminal.*
 - *Responsabilidad de quien da la orden como de quien la acata a la luz del Código Penal vigente 349*
3. Tentativa: *Diferencia entre actos preparatorios y principio de ejecución.*
 - *Teorías subjetivas, objetivas y mixtas.*
 - *Clases de tentativa: acabada, inacabada, imposible o inidónea y la desistida 356*

Extracto 41. Radicado 24448. 12 de septiembre de 2007 ...	316
1. Posición de garante o deber de garantía	362
2. Coautoría impropia. <i>Crimen organizado: se gesta un conocimiento y voluntad comunes (Paramilitarismo) ..</i>	366
Extracto 42. Radicado 23898. 30 de enero 2008	369
Coautoría y participación: <i>Teorías - Autoría mediata y coautoría</i>	369
Índice temático	377

Presentación

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y su compromiso con la protección de los derechos humanos

En Colombia, parafraseando a Albert Camus, parece que no se administrase justicia en el más injusto de los mundos sino en el más violento de los países; a juzgar por nuestra historia signada por el conflicto que modernamente, con la Guerra de los Mil Días, marcó la transición entre los siglos XIX y XX.

A partir de allí, una especie de destino ineluctable ha definido que a la violencia política la sucedan la del narcotráfico y la del llamado “*paramilitarismo*”, en ocasiones todas ellas combinadas, hasta generar ese monstruo de mil cabezas que agobia a la nación.

No es fácil administrar justicia en un panorama tan sombrío, y esa misma historia enseña cuán grande es el precio que se ha pagado en vidas, representado, apenas como hecho paradigmático, en el holocausto del Palacio de Justicia, cuando 95 personas, incluidas los máximos representantes del órgano jurisdiccional, perecieron de forma aleve como consecuencia de la sinrazón de la militancia subversiva y la obcecación de la respuesta estatal.

Sin embargo, no han sido suficientes las amenazas, muchas de ellas cumplidas, para doblegar el inquebrantable compromiso asumido por las instituciones judiciales, desde el juez del más remoto paraje hasta la cabeza misma de la jurisdicción ordinaria. Gracias a esto hoy puede decirse que la justicia en todos sus órdenes ha sido bastión insustituible de la pervivencia de la nación.

Muestra de ello es la prolífica jurisprudencia emanada de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que toma como base, entre

otras, la visión de Estado Social de Derecho inserta en la Carta Política de 1991. Esta jurisprudencia ha enfrentado directamente delitos de lesa humanidad e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, sentando pautas necesarias en el cometido de que la justicia no sea burlada y se atiendan los justos reclamos de las víctimas, seguros de que únicamente así se evita la repetición de actos tan repudiables como las masacres ejecutadas por grupos ilegales a todo lo ancho del territorio nacional.

De igual manera, honrando compromisos del Estado insertos dentro del llamado bloque de constitucionalidad, a través de la acción de revisión, la Sala Penal ha cumplido con los fallos y recomendaciones de las instancias internacionales, en aras de dejar sin efectos decisiones ejecutoriadas que dan pábulo a la impunidad respecto de delitos graves que directa o indirectamente atentan contra los derechos humanos.

Y de otro lado, vinculados ya en el concepto de justicia global, la Sala Penal ha adoptado estándares dogmáticos adecuados, con plena vigencia respecto de hechos puntuales sometidos a su conocimiento, teniendo en cuenta que las organizaciones criminales y grupos ilegales no sólo obedecen a una estructura jerarquizada compleja, sino que han adoptado un *modus operandi* transnacional.

Todo ello, empero, ha sido limitado en sus efectos, ante la carencia de medios adecuados de difusión que permitan a los operadores jurídicos nacionales y a la comunidad en general, conocer y apropiarse de esas prácticas, no sólo para que se genere la necesaria confianza del ciudadano en su justicia, sino en el cometido de que la jurisdicción se valga de un hilo conductor común.

La difusión de la jurisprudencia de la Corte respecto de los tópicos arriba reseñados constituye también un valioso insumo para quienes, en el ámbito externo, quieran hacer seguimiento de la forma como la justicia colombiana ha enfrentado estos retos y hacer

suyas algunas de sus prácticas, dentro de los institutos del derecho comparado, en torno de asuntos similares.

La jurisprudencia sobre Derechos Humanos aparecía exótica en el escenario jurídico nacional porque no se había clasificado y sistematizado. Con el presente trabajo se muestra que la Corte Suprema de Justicia ha tenido esta materia como una de sus metas y prioridades.

Es, entonces, motivo de regocijo para la Corte Suprema de Justicia y particularmente para la Sala de Casación Penal que me honro en presidir, la publicación de la obra *La protección de los derechos humanos a través de la jurisprudencia penal*, seguros de que ello contribuirá a cerrar esa brecha de difusión que aleja a la justicia del ciudadano del común.

Por último, debe hacerse un inmenso reconocimiento al Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), y a la Fundación Konrad Adenauer Stiftung (KAS), pues, sin su concurso, por lo demás consecuente con el acompañamiento y apoyo invaluable que desde tiempo atrás han brindado a las labores de la Corte Suprema de Justicia, no habría sido posible la presente publicación.

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
Presidente Sala de Casación Penal
Corte Suprema de Justicia

Prólogo

Derechos humanos, justicia penal y democracia: los desafíos de su protección judicial

La reciente conmemoración del 60 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas ha servido de reflexión a todos los países del mundo para hacer un examen a profundidad del grado de desarrollo de las políticas públicas en relación con la garantía de los derechos y las libertades de los ciudadanos.

A pesar de que pueden constatarse enormes esfuerzos por parte de los Estados latinoamericanos en su lucha contra la impunidad de las violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional cometidas en el desarrollo de dictaduras o de conflictos armados internos, la situación actual de las víctimas de estos hechos atroces puede ser caracterizada, en términos generales, por la limitada protección judicial de sus derechos.

Si bien algunos países han optado por la utilización de diferentes mecanismos de la justicia de transición para garantizar la realización de sus derechos y los de sus familiares a la verdad, a la justicia y a la reparación, tales como las comisiones de verdad, los museos y memoriales, y los programas de reparación colectiva; la investigación, el juzgamiento y la sanción de los responsables de crímenes bajo el derecho internacional ha estado ausente, hasta tiempos recientes, en las políticas públicas que deben enfrentar ese legado de atrocidades masivas.

Esta verdad incómoda que refleja la escasa utilización de la justicia penal como instrumento para enfrentar el pasado, tiene múltiples

explicaciones en el contexto político del continente. Durante buena parte del auge de los procesos de democratización de nuestros países se consideró que la justicia era un bien que debía sacrificarse en aras de la paz y la estabilización de las jóvenes democracias que apostaban por un futuro mejor y por la reconstitución de los lazos de solidaridad que habían sido fracturados por el impacto salvaje de la violencia colectiva. Sin embargo, el paso del tiempo ha demostrado que la reconciliación de las sociedades no es posible sin una alta dosis de justicia y que los reclamos de las víctimas no cesan, sino que incluso su voz se fortalece con el transcurrir de los años, reclamando del Estado y en especial de los sistemas penales, castigo efectivo para sus victimarios.

Por otra parte, los poderes judiciales de los países latinoamericanos han debido enfrentar el desafío de judicializar las distintas manifestaciones de criminalidad organizada que se presentan en la región. En medio de la crisis social provocada por los programas de ajuste económico, los sistemas penales han estado asumiendo la investigación y el juzgamiento de múltiples manifestaciones de criminalidad que, por su trascendencia, generan un alto riesgo para la institucionalidad democrática: el tráfico de drogas, el terrorismo, la corrupción política y las violaciones de los derechos humanos.

En el caso colombiano, son muchos los obstáculos que se hacen visibles cuando las autoridades judiciales, y en especial las altas cortes, han debido enfrentar el pasado de atrocidades y violaciones de los derechos humanos que se derivan del conflicto armado que sufre el país: falta de voluntad política para esclarecer las circunstancias en las que se produjeron los hechos, continuidad en las hostilidades del conflicto, estructuras y prácticas institucionales que promueven la impunidad; complejidad técnica en las investigaciones que deben ser desarrolladas; presiones indebidas de actores públicos; riesgos a la integridad y temor fundado de las víctimas a recibir represalias de los perpetradores; amenazas y en ocasiones atentados contra los funcionarios judiciales que adelantan los procesos, entre otras.

Durante los últimos años y en cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha estado promoviendo el respeto y la garantía de los derechos de los ciudadanos, especialmente al debido proceso en sentido amplio, a través de su jurisprudencia en casos de violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario; en acciones de revisión en procesos ya fallados por instancias del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, lo mismo que en los procesos tramitados ante la jurisdicción penal militar. Estas decisiones, que reflejan de manera precisa los desafíos de la protección judicial de los derechos humanos y la democracia a través de la justicia penal, han permitido, entre otras cosas, identificar y sancionar a los jefes de complejas estructuras criminales organizadas, incluyendo varios grupos armados al margen de la ley, así como a algunos servidores públicos que han promovido, tolerado o cometido graves atentados contra la vida, la integridad y la dignidad humana de los colombianos.

A pesar de la importancia que estas complejas decisiones judiciales tienen para promover acciones concretas en la lucha contra la impunidad y para impulsar una cultura de respeto de los derechos humanos, su contenido no había sido difundido ampliamente hasta la fecha entre los operadores jurídicos del sistema penal nacional, por falta, entre otras razones, de un mecanismo de compilación y divulgación de esa jurisprudencia.

Con el fin de aportar en esta tarea de difusión, el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), en asocio con la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y con el auspicio de la Fundación Konrad Adenauer Stiftung (KAS), presenta este trabajo de compilación jurisprudencial con la cual pretende contribuir a la difusión y al debate público de algunas decisiones transcendentales de este alto tribunal en materia de derechos humanos.

Esta publicación dirigida a abogados, jueces y funcionarios públicos, académicos y público en general en Colombia y Latinoamérica busca contribuir a la promoción de una cultura de respeto de los derechos humanos, a través de la labor que cumple el poder judicial en la consolidación de la democracia y el fortalecimiento del Estado de derecho.

Rudolf Huber

Director de la oficina regional en México
Programa Estado de Derecho para
Latinoamérica
Fundación Konrad Adenauer

Camilo Ernesto Bernal Sarmiento

Coordinador del Área de Justicia
Centro Internacional para la Justicia
Transicional
Programa Colombia

Nota del Relator

La preocupación latente por la ausencia de un adecuado mecanismo de divulgación de la jurisprudencia que emana de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y en especial, aquélla en que explícitamente se ha resaltado la protección de los derechos humanos con acogimiento de los estándares internacionales, se ha erigido como piedra angular para la selección de cuarenta y dos decisiones, discriminadas en cinco capítulos titulados (i) *Casos de violaciones a derechos humanos y control constitucional*, (ii) *Derecho Internacional Humanitario*, (iii) *Acción de revisión (Artículo 192.4 de la Ley 906 de 2004)*, (iv) *Justicia Penal Militar* y (v) *Régimen de participación criminal y responsabilidad del superior (posición de garante)*.

Para el primer capítulo fueron escogidas dieciocho decisiones en el lapso comprendido entre el año 2000 y abril de 2008, plasmándose en este acápite la transcripción literal de la situación fáctica de cada una de las providencias, pues se trata de hechos atroces que han despertado el repudio de la comunidad nacional e internacional y que han comprometido, en su mayoría, a las organizaciones criminales –guerrilla y paramilitarismo- dominantes en su actividad delictiva durante décadas; e incluso a miembros de las Fuerzas Armadas de Colombia.

En el segundo capítulo, se destacaron siete providencias que sin lugar a dudas demuestran la articulación del D.I.H. y el ordenamiento jurídico interno para judicializar las conductas punibles relacionadas con el delito político y aquéllas que escapan de la actividad rebelde, precisándose, además, la posición asumida por la Sala de Casación Penal en relación con actividad delictiva desplegada por los grupos de autodefensas, así como el carácter de ferocidad y barbarie que los hechos cometidos por estos grupos manifiestan.

En relación con el tercer capítulo, que hace alusión al acogimiento de las recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los fallos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se destacaron las tres providencias que de manera sustancial han desarrollado la causal de revisión prevista en el artículo 192-4° de la Ley 906 de 2004 y los efectos que anteriormente se desprendían del artículo 220-3° de la Ley 600 de 2000. Como elemento de particular importancia, se destaca también la transcripción literal de

los hechos que enmarcaron cada uno de los casos, identificándolos con base en el impacto que cada uno de ellos ha generado: (i) *Caso Barrio Patio Bonito – muerte de una menor de edad*, (ii) *Caso Militantes del M-19 - asalto a un camión transportador de leche* y el (iii) *Caso de los diecinueve comerciantes*.

Las restantes catorce decisiones que integran los capítulos cuarto y quinto, (*Justicia Penal Militar y Régimen de participación criminal y responsabilidad del superior (posición de garante)*), fueron introducidas igualmente en orden cronológico desde finales del año 2001. Así, en el primero de los temas, la pretensión está encaminada a ilustrar la posición de la Sala de Casación Penal acerca del conocimiento de las conductas ejecutadas por miembros de las Fuerzas Militares y en relación con el servicio, ello de cara al principio de juez natural y en acogimiento de la doctrina constitucional nacional y los criterios de interpretación diseñados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En relación con el quinto y último capítulo, se precisó destacar la responsabilidad que le asiste a quienes participan en las actividades ilícitas del crimen organizado, para lo cual se resaltaron los criterios de posición de garante o deber de garantía, coautoría impropia y autoría mediata, entre otros.

Es de precisar, además, que en cada una de las decisiones compiladas se ha extraído la información temática trascendental a la luz de los institutos procesales y sustanciales que han integrado nuestra legislación penal en los últimos años, logrando así vislumbrar la postura asumida por el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria en el transcurrir del tiempo.

Finalmente, y con el propósito de suministrarle al lector información integral, en el medio magnético adjunto se hipervincularon todas y cada una de las providencias que conforman esta publicación.

Nelson Andrés León Ruiz
Relator



CAPÍTULO I

CASOS DE VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS Y CONTROL CONSTITUCIONAL

CASO MUNICIPIO TACUEYÓ (CAUCA)

M.P. Dr. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Radicado 12297 – 22 de junio de 2000

Homicidio agravado y rebelión

HECHOS:

(...) El 13 de diciembre de 1985 fueron descubiertas en el Corregimiento de Tacueyó (Cauca) varias fosas comunes, en las cuales se hallaron restos de aproximadamente 144 personas con señales de haber sido amarradas y maltratadas con antelación a la producción de sus violentas muertes. Luego se estableció que los homicidas pertenecían a un ala disidente de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), denominada “Columna Unitaria M19 - Ricardo Franco”, dirigida por HERNANDO PIZARRO LEONGOMEZ y JOSE FEDOR REY ALVAREZ, y que el motivo de los múltiples asesinatos fue la sospecha de que se trataba de infiltrados informantes del Ejército Nacional (...).

1. DERECHO DE DEFENSA TÉCNICA

Su desconocimiento no se demuestra por la diversidad de criterios estratégicos ni por la ausencia de visitas del apoderado al procesado privado de la libertad

La falta de asistencia experta como supuesto de la violación a la defensa técnica, no se edifica exclusivamente a partir de una visión a posteriori confeccionada por un letrado con fundamento en su

orientación particular sobre aquello que habría podido ser la defensa.

En efecto, como en derecho penal puede haber estrategias diversas y razonables y no siempre existe una exclusiva y única forma de ejercer la defensa de un procesado, fácil es concluir que la simple diversidad de criterios no logra constituir fuerza suficiente para censurar un proceso con base en la ausencia de defensa técnica.

(...)

La defensa técnica no se mide ni se califica por la cantidad de visitas que el abogado haga a su defendido en un centro de reclusión, ni la falta de ellas desvanece la gestión protectora que pueda desplegar un profesional del derecho, sencillamente porque su trabajo se desarrolla esencialmente en los estrados judiciales y no en las cárceles. Que razones de táctica, humanitarias o profesionales recomienden o aconsejen las visitas al cliente, no significan que ello sea inherente a la actitud defensiva. Sin embargo si se tratara de aquellas hipótesis en que ello se estima necesario por el casacionista, le correspondería a este hacer el planteamiento concreto de la situación y demostrar su incidencia definitiva en el fallo impugnado, cosa que no hizo en este asunto el defensor.

El pacto de entrevistas, reuniones o conversaciones de un abogado con su poderdante hace parte de la autonomía profesional de aquél y por lo tanto, reprochar como falta de defensa la no realización de las mismas es motivo que no merece mayor atención.

2. ACEPTACIÓN DE CARGOS

Presunto estado de anormalidad psicológica

Esta razón no se compadece con el desarrollo que tuvo el proceso, ni con las múltiples intervenciones que efectuó dentro de la actuación el señor REY ALVAREZ. Dígase, sin embargo, de un

lado, que no se comprobó con firmeza la supuesta formulación, ingestión y afectación del sedante; y, del otro, que no se demostró la influencia del medicamento en la aceptación de los cargos para la sentencia anticipada. La observación del proceso, desde otro ángulo, permite concluir que a partir de la primera sesión de indagatoria, y después, el procesado confesó haber sido jefe del Frente Ricardo Franco, manifestó su disposición de informar a la Fiscalía todo lo relacionado con los hechos investigados, fue comunicado sobre el alcance de las figuras de terminación anticipada del proceso y se dirigió por escrito al Fiscal General de la Nación para manifestarle su anhelo de conocer las garantías procesales para la aplicación del artículo 37 del C. de. P. P., comunicación que fue avalada y allegada al proceso por el defensor de oficio.

Fuera de lo anterior, el 23 de febrero de 1995, solicitó dar trámite a la norma acabada de mencionar (fol. 147 c.3) y en su ampliación de indagatoria aceptó los cargos que la Fiscalía le imputó en la resolución de situación jurídica por los delitos “de rebelión y homicidio que concierne al proceso llamado la masacre de Tacueyó...”, y agregó: “... confieso toda mi responsabilidad y mi participación en esos hechos...” (fol. 186 c.3). Súmese a ello que, además, admitió, reconoció la comisión de múltiples hechos relacionados con ataques a puestos de policía, bases militares, toma de pueblos, carros bomba, etc. Finalmente indicó que no quería dar ninguna justificación, pues fue responsable de lo que se llamó la masacre de Tacueyó (fol. 192 c.3).

Por si la relación anterior fuera insuficiente, en la diligencia del 11 de abril de 1995 continuó con la confesión de hechos vinculados con tomas guerrilleras a municipios y con el juzgamiento de los miembros del Frente Ricardo Franco que fueron considerados como infiltrados del Ejército, y en la ampliación del 21 de junio de 1995 expresó su voluntad de acogerse a la sentencia anticipada.

El significado de lo expresado es claro: prácticamente desde su aprehensión, el señor REY ALVAREZ enseñó inequívocamente

su interés por confesar y admitir los hechos. Decir ahora que asintió las imputaciones, que las reconoció bajo los efectos de un sedante que trastornaba su psicología, no es más que una muestra de desconocimiento total del expediente.

**CASO FINCAS “LAS TANGAS” Y “JARAGUAY”
MUNICIPIO DE TURBO (ANTIOQUIA)**

M.P. Dr. CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE

Radicado 14851 – 8 de marzo de 2001

*Homicidio, secuestro, incendio, infracción al D.1194/89 y
utilización ilegal de uniformes de uso privativo de las fuerzas
militares.*

HECHOS:

(...) Estos tuvieron ocurrencia hacia las diez y media de la noche del 14 de enero de 1990, cuando un grupo conformado por 56 sujetos pertenecientes a la organización paramilitar creada por Fidel Castaño Gil, llegó hasta el corregimiento de Pueblo Bello, en el Municipio de Turbo (Ant.), aprehendiendo a 43 de sus habitantes, todos hombres, a quienes, luego de amarrarlos y amordazarlos, y una vez incendiaron dos inmuebles, uno de ellos destinado al comercio, procedieron a transportarlos en dos camiones hasta las fincas “Las Tangas” y “Jaraguay”, donde en la madrugada y parte del día siguiente, luego de interrogarlas y torturarlas, les dieron muerte violenta, enterrando en predios de las mismas sus cadáveres, de los cuales solo se lograron desenterrar 24 e identificar a 6 de ellos.

Estos atroces acontecimientos se encontraban en la impunidad, hasta cuando el individuo Rogelio de Jesús Escobar Mejía (a. relámpago), quien manifestó haber pertenecido a dicha organización paramilitar, habiéndose retirado por las amenazas de muerte de

que había sido víctima, se hizo presente en las instalaciones del D.A.S. de esta ciudad, con el fin de poner en conocimiento de las autoridades, al igual que lo hizo en sus diferentes intervenciones en este proceso, algunos de los hechos que habían cometido por órdenes del referido Castaño Gil, señalando los cuadros jerárquicos del grupo subversivo, a quienes identificó por sus nombres y apodos, precisando, entre otras de las acciones delictivas que ejecutaron, la que terminó con los secuestros y muertes de los 43 moradores de Pueblo Bello (...).

COAUTORÍA IMPROPIA

Jefe de inteligencia: los integrantes de la organización criminal responden como autores (grupos paramilitares)

Es cierto que el testigo en mención, en el cual está sustentado el fallo condenatorio, al referirse al ahora recurrente, afirmó que “se desempeñaba como jefe de inteligencia, alias cinco, participó en lo de Pueblo Bello, ayudó en el secuestro, no en la ejecución, al menos no me consta, yo lo conocí como Hernán Villamil Ogaza” y que -como se dijo- era a quien le correspondió individualizar a las personas simpatizantes o relacionadas con los grupos guerrilleros, pero igualmente corresponde a lo afirmado por este declarante, que los delictivos hechos objeto de su delación, entre los que se cuenta la toma de Puerto Bello, no fueron ejecutados por individuos que actuaran en forma separada, sino, por el contrario, que actuaron como miembros de un grupo paramilitar debidamente jerarquizado, con un jefe, con específicas finalidades y con planes previa y debidamente preestablecidos, en el que para su ejecución las actividades a desarrollar se encontraban debidamente asignadas a cada uno de ellos, sin que esta división de trabajo signifique que jurídicamente pueda discendirse frente al resultado obtenido con las acciones individualmente cumplidas, pues trátase de una real unidad delictiva en la que cada uno de los

integrantes de la organización intervinieron en lo necesario para lograr el fin común propuesto, admitiendo como suyas no exclusivamente las acciones previamente planeadas sino, igualmente, las que dentro de la complejidad del objetivo propuesto debían ejecutarse, ya porque así estuviese previsto o porque en su desarrollo a ello había que recurrir para asegurar el objetivo propuesto.

(...)

En efecto, como ya es sabido, el referido testigo Escobar Mejía refiriendo a OGAZZA PANTOJA, en punto de la toma de Pueblo Bello, afirmó que éste había actuado como jefe de inteligencia estableciendo los nombres de las personas que tenían algún vínculo o simpatía con la guerrilla, pero desconocía este individuo había participado en su ejecución. A esta manifestación testifical el Tribunal le dio credibilidad, compendiándola en todo su contexto, esto es, no valorando frases sueltas de la exposición, distantes del ámbito y circunstancias en que sucedieron los hechos, su ámbito de acción, teniendo en cuenta, como en efecto fue corroborado, que no era fruto de la fantasía sino que lo narrado correspondía a las propias vivencias del testigo, como miembro que había sido del grupo paramilitar comandado por Castaño Gil, lo cual precisamente le permitió explicar la estructura jerárquica de la organización, los nombres de varios de sus mandos, los hechos delictivos realizados, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se habían desenvuelto estas acciones, hasta llegar a precisar el sitio donde habían enterrado a algunas de las víctimas secuestradas en la toma de Pueblo Bello, conforme lo corroboraron las autoridades respectivas.

Entonces, es bajo este contexto que el ad quem procedió a valorar las afirmaciones de Escobar Mejía en relación con la sindicación que le hizo a (...), apreciando en su plena extensión su contenido, sin desconocerlo sino ubicándolo y dimensionándolo dentro del complejo fáctico reseñado por el mismo testigo, esto es, bajo el entendimiento de que se trataba de una organización criminal, la

cual entre sus diversas actividades planeó debidamente la toma a Pueblo Bello con un fin determinado, como fue la de darle muerte a todas aquellas personas que creyeran estaban vinculadas con la guerrilla, y es dentro de ese específico objetivo que el delator señaló a (...) como “el jefe de inteligencia”, a quien le correspondió establecer quiénes eran esos pobladores, procediéndose, seguidamente, a aprehender a esas personas, secuestrarlas, amordazarlas, llevarlas hasta las orillas del río Sinú a uno de las propiedades de su jefe Castaño, torturarlas, darles muerte y posteriormente sepultarlas en ocultos sitios para que no fueran descubiertos sus cuerpos y por ende, dejar todo en la impunidad.

Así, el hecho de que hubiese sido “patecumbia” quien materializó el hecho de aprehender a las personas previamente señaladas por (...), en nada elimina su participación en el plan delictivo, en el que la “labor de inteligencia” fue, sin lugar a dudas, la tarea inicial básica, clave, para su ejecución, como que sin ella su materialización no se hubiese podido adelantar, ya que de no saberse cuáles eran las personas a que iban a matar, es apenas obvio, que el plan delictivo carecía de objeto, o si se quiere, la conducta ideada no podía ni siquiera llegar a la etapa de la preparación, menos a la ejecución y desde luego, a su consumación, en últimas, perdía la posibilidad de ser exteriorizada.

De esta magnitud fue la intervención de (...) en la realización de los hechos de Pueblo Bello, así la entendió el Tribunal, lejos de una simple ayuda en términos de un cómplice, sino como un coautor en el que por la clara división de trabajo incuestionable frente a la función que le fue asignada; de ahí que extraño resulte cuestionar la apreciación probatoria que hizo el ad quem de este testimonio de cargo atribuyéndole un presunta distorsión en contenido material, pues nada tiene que ver con el hecho de que (...) no haya estado presente en la toma ni que Mejía Escobar lo excluya como “ejecutor” para que no le sea imputable ese grado de participación criminal. Muy por el contrario, con pleno respeto a ella, es que el ad quem la valoró, sin que pueda confundirse su contenido fáctico

con la relevancia jurídica que en punto de la interpretación de las normas sustantivas del ordenamiento penal le corresponda. Que era el jefe de inteligencia del grupo paramilitar, en ningún momento se ha desconocido, como tampoco que en cumplimiento de esa función fue quien determinó cuáles de los habitantes de Pueblo Bello eran los que debían aprehender en el operativo; cosa distinta es que para el demandante esta actividad delictiva carezca de trascendencia frente a la autoría, en la medida en que el concepto que predica como único en el derecho penal, es el de la autoría material aún para aquellos eventos, como el presente, en que los sujetos activos intervinientes en el proceso delictual sean múltiples y bajo un plan previamente fijado se distribuyan las tareas para cumplir con el fin propuesto.

CASO MUNICIPIO SEGOVIA (ANTIOQUIA)
Año 1988

M.P. Dr. NILSON PINILLA PINILLA

Radicado 18499 – 25 de octubre de 2001

Homicidio agravado, concierto para delinquir y terrorismo

HECHOS:

(...) Según se consignó en las decisiones de instancia, en los últimos meses de 1988 vino a manifestarse una posición de beligerancia de miembros de la fuerza pública destacados en Segovia (Antioquia), hacia la administración de ese municipio, particularmente la alcaldesa y concejales pertenecientes al partido político denominado Unión Patriótica (U.P.), que empezó a crear un clima de zozobra frente a la deteriorada situación de orden público de la zona, recordándose las masacres cometidas en la finca “Honduras” (3 de marzo de 1988), “La Negra” (el mismo día) y “La Mejor Esquina” (3 de abril de 1988), que hicieron intuir a esas autoridades locales que correrían igual suerte, provocando misivas de los concejales al entonces Procurador General de la Nación, la segunda de ellas fechada el 29 de octubre de tal año, luego del paro nacional celebrado el 27 de ese mes, denunciando hostigamientos a la alcaldesa, a los concejales de la UP y del PCC, al igual que a la población civil, de parte del Ejército y el grupo que se denominaba “M. R. N”. (“Muerte a Revolucionarios del Nordeste”), a través de boletines amenazantes (f. 46 cd. Trib).

En similar sentido y en la misma fecha, la Inspectora de Policía de Segovia también dirigió comunicación al Procurador, destacando que “el ambiente de amenazas, el boleteo en sufragios, en boletines que circulan amenazando a toda la administración de Segovia y Remedios, deja ver a las claras, que elementos terroristas están sembrando el caos aquí, y que los encargados de preservar el orden, la vida, bienes y honra ciudadana, hacen todo lo contrario” (f. 82 cd. anexo 1).

También fueron allegados al expediente panfletos que llevan títulos de “Guerra Sucia”, “Carta Abierta”, “Muerte a Revolucionarios del Nordeste, M. R. N”. y “Los Reales”, que se dice fueron editados y repartidos con intervención de militares, quienes días antes de noviembre de 1988, se habían dedicado a amedrentar a la población efectuando disparos al aire, escribiendo avisos murales amenazantes contra la población de Segovia, tales como “SEGOVIA TE PACIFICAREMOS... UP ASESINOS... AYER MRN, HOY REALISTAS, PORQUE DIOS AMO A SEGOVIA OS HA ENVIADO EL MRN” (f. 3 cd. 14).

A pesar de las prevenciones sobre la participación en el paro nacional del 27 de octubre de 1988, éste se llevó a cabo y en su desarrollo habitantes de Segovia fueron retenidos por patrullas del Ejército y de la Policía, que luego de interrogarlos los dejaban en libertad, advirtiéndoles que serían “levantados a plomo” de sus casas muy pronto; el 30 de octubre, cuando se realizaba un acto cultural en el Parque de los Próceres, celebrando el día de los niños, se presentaron integrantes del Batallón Bomboná haciendo disparos al aire, dando lugar a la terminación de esa celebración, situación que se repitió esa misma noche, aduciendo que habían sido atacados, pero los pobladores no vieron a nadie distinto a miembros de la fuerza pública.

Todo ese hostigamiento se recrudeció con el ingreso al casco urbano de Segovia, aproximadamente a las 6:30 de la tarde del viernes 11 de noviembre de 1988, día de pago en la empresa “Frontino Gold Mines”, de un grupo de facinerosos en varios vehículos, quienes se dedicaron a disparar de manera indiscriminada contra personas, vehículos, casas, bares, etc., ocasionando la muerte de cuarenta y tres seres humanos, entre hombres, mujeres y niños, y lesionando a muchos otros, en número indeterminado.

Se acreditó que durante casi una hora, mientras los malhechores permanecieron en Segovia, ningún miembro del Ejército o de la Policía, que debían prestar servicio a la población, acudió a tratar de impedir o repeler, como era su deber, la masiva agresión, y sólo aparecieron cuando aquéllos se habían ido de la cabecera municipal (...).

TERRORISMO

Alcance de la expresión “causar terror”

El delito de terrorismo fue definido por el artículo 187 del decreto 100 de 1980, modificado por el 1º del decreto 180 de 1988, adoptado como legislación permanente por el 4º del decreto 2266 de 1991, así:

“Terrorismo.- El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices valiéndose de medios capaces de causar estragos incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos mensuales, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con este hecho.

Si el estado de zozobra o terror es provocado mediante llamada telefónica, cinta magnetofónica, video casete, o escrito anónimo, la pena será de dos (2) a cinco (5) años y multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales”.

Circunstancias de agravación punitiva.- Las penas señaladas en el artículo anterior, serán de quince a veinticinco (25) años de prisión y una multa de veinte a ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales, cuando:

(...)

d) El autor o partícipe hubiese sido miembro de las fuerzas militares, Policía Nacional u organismos de seguridad del Estado”.

Tales conductas ilícitas fueron reproducidas por los artículos 343 y 344 de la ley 599 de 2000, incluyendo todos los verbos rectores previstos en el anterior Código Penal, aunque con variaciones en la pena máxima para las conductas previstas en el inciso 1º del artículo 343 (10 a 15 años de prisión) y en las de las circunstancias de agravación referidas al mismo (12 a 20 años de prisión), al igual que en la multa.

Así lo analizó esta Sala en providencia de fecha 29 de marzo del año en curso, siendo ponente el Magistrado Jorge Aníbal Gómez Gallego, radicación 17.264, en relación con esta ilicitud, al definir una colisión de competencias:

“Luego entonces, causar terror no significa cosa distinta a infundir miedo muy grande e intenso -como semánticamente definido se tiene dicho vocablo- a través de actos que quepan catalogarse de terroristas, calificación ésta que necesariamente dice relación con las circunstancias modales y témporo-espaciales empleadas en la ejecución del hecho”.

(...)

“Se concluye que este cargo también carece de fundamento, pues no existió aplicación indebida del inciso 1º del artículo 1º de decreto 180 de 1988, ni falta de aplicación del inciso 2º ibídem, ni interpretación errónea, porque tal como analizó fundadamente el Tribunal, los miembros de la Fuerza Pública no se limitaron a la elaboración y distribución de los panfletos, de los sufragios a los miembros del Concejo y a otras autoridades municipales, y de escritos murales anónimos, que podrían ser encuadrados en el inciso 2º. También ejecutaron actos amenazantes directos contra la población en general y contra algunos de sus miembros en particular, por ejemplo la personera municipal, (...) y los estudiantes del INEM, en buena parte el 27 de octubre de 1988, cuando se realizó un paro nacional organizado por las centrales obreras.

Con estas conductas indiscutiblemente se produjo temor, inseguridad, intranquilidad e inestabilidad social, todo generado con la finalidad de causar pánico e intimidar a los habitantes de Segovia, luego de lo cual se quitó la vida a 43 personas, entre ellas mujeres y niños, y muchas otras fueron lesionadas. También se causó daños materiales, con utilización de poderosas armas de fuego y granadas de fragmentación, ocasionando muy graves estragos.

CASO MUNICIPIO CALOTO (CAUCA)

M.P. Dr. CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR

Radicado 13608 – 14 de febrero de 2002

Homicidio agravado, tentativa de homicidio, porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas, daño en bien ajeno e incendio

HECHOS:

(...) Tuvieron ocurrencia el 16 de diciembre de 1991 en las horas de la noche, cuando en la Hacienda el Nilo, corregimiento El Palo, Municipio de Caloto (Cauca), hizo presencia un grupo de hombres fuertemente armados quienes, luego de incendiar las humildes viviendas, procedieron de manera indiscriminada a dar muerte a veinte (20) indígenas de la comunidad Guataba, acción que también intentaron contra otro aborígen que logró huir (...).

1. COAUTORÍA IMPROPIA

Realización mancomunada de un hecho delictivo

Para el libelista no es posible que se atribuya ninguna responsabilidad a su representado a título de coautor ni de cómplice, si los verdaderos autores estaban dentro de la hacienda, en el sitio real de los hechos y (...) en un lugar distante, cuidando los vehículos y desconociendo lo que estaba ocurriendo. Que, entonces, por las características del dolo de ímpetu y la no comunicabilidad de circunstancias es imposible la existencia de responsabilidad por parte de su patrocinado.

El argumento así propuesto, no solamente evade a toda costa los argumentos del fallo de instancia, sino que es totalmente extraño a

lo que en derecho penal implica la figura de la participación criminal. De manera amplia los juzgadores han dedicado muchos argumentos a explicar cómo, por las circunstancias que rodearon los hechos y la actividad desplegada por cada procesado, es que se está en presencia de este fenómeno.

Resulta apenas lógico que la realización mancomunada de un hecho delictivo compromete la responsabilidad de los partícipes como si cada uno hubiese realizado la totalidad del hecho y no por la parte que le correspondió ejecutar y que debió ser indispensable para la realización del plan previamente acordado.

2. COPARTICIPACIÓN CRIMINAL

Uso de las reglas de la sana crítica para establecer la calidad de determinador

Pero lo cierto, y para referirnos en concreto a la situación del procesado BERNAL SEIJAS, es que el análisis en conjunto de las pruebas recopiladas a lo largo de la investigación fue lo que llevó al juzgador a deducirle responsabilidad en los hechos delictivos a título de determinador. Muy seguramente cada prueba tomada individualmente, por sí sola, no tendría la capacidad de otorgar la certeza que se requiere para condenar; pero sí, y eso fue lo que ocurrió, el conjunto probatorio analizado con buen juicio y a la luz de las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia.

De ahí que sea necesario precisar varios aspectos que pudieron establecerse a lo largo del proceso, conforme se plasmó en los fallos de instancia y que de haberlos tenido en cuenta la casacionista, no habría lanzado los cuestionamientos con los que pretendió fundamentar las diferentes censuras.

1.- El procesado BERNAL SEIJAS era el directamente interesado en el desalojo de los indígenas por haber adquirido mediante escritura No 5901 del 6 de diciembre de 1991 la propiedad de la

Hacienda “El Nilo” a través de la sociedad “Agropecuaria Piedra Blanca” de la cual es socio.

2.- Al día siguiente, 7 de diciembre, se hicieron presentes varios trabajadores de las fincas “La Josefina” y “La Loma”, dependientes laborales de dicho procesado, quienes exhibiendo armamento de gran dañosidad, procedieron a destruir las viviendas de los indígenas a efectos de que desalojaran los predios.

3.- En la misma fecha, la antigua propietaria del predio les comunicó a los aborígenes sobre la venta de la Hacienda “El Nilo”. La acompañaban el abogado Gilberto Márquez en representación de los nuevos propietarios y los trabajadores que pretendieron el desalojo. El profesional del derecho procuró el desalojo pacífico de la propiedad, ofreciéndole a los ocupantes una indemnización, lo cual resultó infructuoso. Los trabajadores, por su parte, seguían vigilando el lugar, de vez en cuando lanzaban disparos al aire e insistían en que desocuparan.

4.- El pregonado interés del desalojo por parte de BERNAL SEIJAS tuvo como respaldo probatorio los testimonios de uno de los testigos con reserva de identidad, y de los confesos Leonardo Peñafiel Correa, de Nicolás Quintero Zuluaga y de Edgar Antonio Arévalo, conforme a los cuales el desalojo se pretendió, inicialmente, con la mediación del abogado Marques y ante la negativa de los nativos en abandonar los predios, la respuesta de BERNAL SEIJAS fue *“ellos se lo buscaron, vamos a acabar con esa gente”* e inició conversaciones con Orlando Villa para proceder al desalojo, y que la primera orden que recibieron fue conseguir lazos y carbón y que el sitio de encuentro sería la hacienda “La Loma”, donde se concretaron los detalles para el plan criminal y donde se recogieron las armas con las que se ultimó a los indígenas.

Frente a esta realidad probatoria, indiferentes resultan los cuestionamientos de la libelista acerca de cuáles fueron las instrucciones que BERNAL SEIJAS dio a los demás para lograr

el desalojo, o que se queje porque a las expresiones por éste lanzadas no se les debe dar el alcance otorgado por el fallador. Totalmente desconocedor del acontecer probatorio resultan las afirmaciones de que BERNAL SEIJAS no fue el ejecutor material ni tuvo dominio de los hechos típicos, cuando el mismo fue señalado como determinador de los hechos ocurridos.

CASO MUNICIPIO YACOPÍ (CUNDINAMARCA)**M.P. Dr. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL***Radicado 13602 – 25 de julio de 2002**Homicidio agravado, tentativa de homicidio agravado, rebelión
y hurto agravado***HECHOS:**

(...) El 31 de octubre de 1987, en las horas de la mañana, una escuadra conformada por seis guerrilleros (cinco hombres y una mujer), perteneciente al Vigésimo Segundo Frente de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), interceptaron en el “ALTO DE BEJUCALES” del Municipio de Yacopí (Cundinamarca), a más de un centenar de campesinos de distintas Veredas que se dirigían en pequeños grupos a la base del Ejército Nacional ubicada en el “ALTO DE LA MESA”, a cumplir una cita con su Comandante. Al cabo de un rato empezaron a liberarlos por grupos, dejando en su poder a diez (10) personas (nueve hombres y una mujer), a quienes decidieron dar muerte, acusándolas de ser colaboradores de los militares. Las víctimas fueron maniatadas e inmovilizadas por parejas, y después atacadas a machete. En desarrollo de estos hechos murieron Rosabelia Carrillo Mahecha (fls.52, 60, 197/1), José Fabio Soto Medina (fls.53, 61, 194/1), Pablo Villamil Suavita (fls.54,62, 196/1), José Ernesto Villamil Ocaño (fls.55, 63, 195/1), Gumercindo Carrillo Mahecha (fls.56, 64, 192/1), Ramiro García (fls.57, 65, 193/1), Urbino Lugo Carrillo (fls.58, 66, 191/1) y Alvaro Rodríguez (fls.59, 67, 190/1), y

*lograron sobrevivir, no obstante las heridas recibidas,
Segundo Eliécer Villamil Ocaño (fls.96, 124, 332/1) y
Juan de Jesús Osorio Melo (fls.162, 331/1) (...).*

ACCIÓN DE REVISIÓN

*Contundencia del hecho y/o prueba nueva para desvanecer los
efectos de la cosa juzgada y establecer la inocencia del condenado
(prosperidad de la causal)*

Se fundamenta en la causal tercera del artículo 232 del Decreto 2700 de 1991 (220 de la ley 600 del 2000), que autoriza la revisión del juicio “cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado o su inimputabilidad”. Dos son, por tanto, los presupuestos básicos para la configuración de este motivo de revisión: (1) que sobrevenga una situación fáctica o probatoria ex novo no conocida en el curso del proceso, y (2) que esta nueva evidencia fáctica probatoria tenga la virtualidad de establecer la inocencia del condenado, o su inimputabilidad. Brevemente la Sala se referirá a cada uno de ellos:

Situación ex novo. Debe consistir en un hecho nuevo, o una prueba nueva. Por hecho nuevo en materia de revisión ha sido entendido, según reiterada doctrina de la Corte, todo acaecimiento o suceso fáctico vinculado al hecho punible materia de investigación, del cual no se tuvo conocimiento en ninguna de las etapas de la actuación judicial, de manera que no pudo ser controvertido. Por prueba nueva, todo mecanismo probatorio (documental, pericial o testimonial) no incorporado al proceso, que da cuenta de un evento desconocido (se demuestra por ejemplo que fue otro el autor del hecho), o de una variante sustancial de un hecho conocido en las instancias, cuyo aporte ex novo tiene la virtualidad de derruir el juicio positivo de responsabilidad que se concretó en la decisión de condena (Cfr. Revisión, diciembre 1º de 1983, Magistrado Ponente Reyes Echandía, y 15 de octubre de 1999, Magistrado Ponente Arboleda Ripoll, entre otras).

Como puede verse, se trata de conceptos distintos, pero estrechamente ligados entre sí por una relación necesaria de complementación contenido - continente: El contenido son los hechos, en cuanto deben ser objeto de prueba. El continente es el medio probatorio, en cuanto recoge el hecho y sirve de medio para su incorporación al proceso. El hecho requiere de la prueba para su demostración, y la prueba del hecho para adquirir configuración jurídica. Por eso se ha dicho, con razón, que la referencia al hecho nuevo que trae la norma resulta innecesaria, y que bastaría la exigencia de la prueba nueva.

Contenido y entidad demostrativa de la prueba ex novo: Los hechos o pruebas nuevas deben tener un contenido específico: establecer la inocencia del procesado, o su condición de inimputable. Se ha planteado, en razón a la configuración de la causal, si para la procedencia de la revisión es necesario que exista certeza de la inocencia o inimputabilidad, como pareciera derivarse de la forma como quedó formulado el precepto a partir de la reforma de 1987 (Decreto 050), o si la prueba puede ser de menor entidad demostrativa, como lo preveía el estatuto anterior (Decreto 409/71), que autorizaba la revisión cuando surgían pruebas o hechos nuevos que establecieran la inocencia del condenado, y también cuando los hechos y pruebas nuevos constituían indicios graves de ella.

Para la Corte es claro que ambos supuestos siguen latentes en la nueva configuración de la causal, y que la prueba ex novo que legitima en consecuencia la revisión del juicio no puede ser solo la que establece en grado de certeza que el procesado es inocente, o inimputable, sino también, la que contrasta de tal manera la evidencia probatoria en la cual se fundamentó la decisión de condena que ha hecho tránsito a cosa juzgada, que de haber sido conocida antes de su proferimiento, la decisión hubiese sido opuesta (de absolución), o distinta (el procesado habría sido declarado inimputable).

Esta conclusión responde a dos fundamentos, uno de contenido lógico sustancial, derivado de las finalidades de la acción, y otro

de carácter procesal: (1) Sabido es que la revisión tiene por finalidad remover los efectos de cosa juzgada de una decisión injusta, connotación que la sentencia adquiere no solo cuando logra probarse, más allá de toda duda razonable, que el sentenciado es inocente, o inimputable, sino cuando la evidencia ex novo tiene la entidad probatoria suficiente para tornar la condena en absolución, o el juicio positivo de imputabilidad en declaración de inimputabilidad. (2) De carácter procesal, porque si es aceptado que la revisión solo procede cuando logra demostrarse, en grado de certeza, que el procesado es inocente, o inimputable, el juicio rescisorio se haría innecesario, dado que ningún sentido tendría repetir la actuación para probar lo ya demostrado.

En síntesis, la causal se configura no solo cuando se obtiene conocimiento cierto de que el condenado es inocente, o que actuó en estado de inimputabilidad, hipótesis que implicaría llegar probatoriamente al extremo opuesto del que se presume debe sustentar la sentencia (acreditación, más allá de toda duda razonable que el procesado es responsable, o imputable), sino cuando dejan de cumplirse los presupuestos sustanciales requeridos para proferir el fallo de condena, esto es, cuando la nueva evidencia probatoria torna discutible la declaración de verdad contenida en el fallo, haciendo que no pueda jurídicamente mantenerse.

(...)

El carácter ex novo de las pruebas allegadas para demostrar los fundamentos básicos de la causal invocada, resulta indiscutible, aunque conviene aclarar que existen dos clases de pruebas: Unas (la mayoría), que no hicieron parte del proceso cuya revisión se solicita, y dan cuenta de situaciones no conocidas por los juzgadores al momento de dictar sentencia, cuyo carácter ex novo deviene evidente. Otras (como la declaración de Leonor Camberos o Lozano, por ejemplo), que ya habían sido incorporadas, pero que contienen información adicional trascendente, desconocida también por los juzgadores al momento de dictar sentencia, situación que

hace que materialmente revistan la condición de prueba nueva, en cuanto propician una percepción diferente (nueva) de la realidad histórica (fls.81 de la Corte y 84 del Anexo No.1).

¿Qué demuestran los nuevos elementos de prueba aportados en el trámite del juicio rescindente, y cuál su incidencia en la declaración de verdad contenida en el fallo? Básicamente acreditan dos hechos: (1) Que Roberto Camberos y Roberto Julio Camberos Hernández son personas distintas, y no la misma como equivocadamente concluyeron los juzgadores de instancia. Y (2) que Roberto Julio Camberos Hernández ha desarrollado desde su infancia una vida en sociedad aparentemente normal, y que sus actividades en este campo, como en el personal, laboral y familiar, han sido públicamente conocidas, desenvolvimiento que contrasta con el que podría llevar un guerrillero de las características de los que cometieron el crimen.

CASO MUNICIPIO RIOFRÍO (VALLE)**M.P. Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS***Radicado 17550 – 6 de marzo de 2003**Homicidio, favorecimiento, falsedad ideológica en ejercicio de funciones, concusión y cohecho***HECHOS:**

(...) Ocurrieron a partir de las 5 de la mañana del 5 de octubre de 1993 en la vereda El Bosque del corregimiento Portugal de Piedras de la comprensión municipal de Riofrío (Valle), a donde llegó un grupo de hombres armados, algunos de los cuales vestían prendas de la Fuerza Pública y ocultaban su rostro mediante el uso de una capucha, quienes ingresaron violentamente a los domicilios de las familias Ladino Ramírez y Molina Solarte, de donde sacaron a Celso Mario Molina Suaza (45 años), Zenaida Ladino Ramírez (38 años), Lucely Colorado Bonilla (35 años), Frederman Molina Solarte (25 años), Hugo Cedeño Lozano (33 años), Edilia Rita Solarte (40 años), Julio César Ladino Ramírez (29 años), Edelcy Tusarma Salazar (16 años), Dora Estela Gaviria Ladino, Carmen Emilia Ladino Ramírez (34 años), Miguel Ladino (73 años), Ricardo Molina Solarte (25 años) y a Miguel Antonio Ladino Ramírez (47 años) para concentrarlos en la casa de la familia Ladino, donde fueron sometidos a torturas y algunos obligados a vestir prendas militares, para posteriormente asesinarlos, retirándose del lugar aproximadamente a las 11 de la mañana.

A esa misma hora arribó a las estribaciones de la meseta en la que está ubicada la casa, un pelotón del Ejército Nacional, adscrito al Batallón Palacé de Buga (Valle), al mando de EDUARDO DELGADO CARRILLO quien para la época ostentaba el grado de Mayor, e integrado también por el entonces Teniente Alfonso Vega Garzón, el Cabo Primero Leopoldo Moreno Rincón, el Cabo Segundo Alexánder Cañizales Núñez y 30 soldados regulares, quienes, simulando ser objeto de ataque, abrieron fuego desde su posición, inferior y sin visibilidad, en contra de la casa donde había ocurrido la masacre, “tomándose” posteriormente el inmueble (...).

1. RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN

El juicio de legalidad de la sentencia lleva implícito la verificación de los vicios que puedan afectar derechos fundamentales

El juicio de casación es, como corresponde a su origen histórico, y, como jurisprudencial y doctrinalmente se acepta de manera unánime, un medio procesal de enjuiciamiento de la legalidad de la sentencia para determinar su conformidad con la ley, en su correcta aplicación e interpretación.

Es, en principio, un problema de puro derecho, en el que se denuncian vicios de semejante estirpe, que se llaman de violación directa, por no mediar nada entre el error y la ley sustancial transgredida, ya sea por aplicarse indebidamente, o por dejarse de aplicar la que correspondía, o por entenderse erróneamente.

Eventualmente el error surge a través de la prueba, en cuanto se suponga o se omita, o se incorpore ilegal o ilícitamente, o no se permita su contradicción o se equivoque el Juez en su aprehensión material, o en la asignación del mérito, o en la fuerza probatoria, o simplemente yerre en la elaboración y expresión del proceso mental

de raciocinio, casos en los cuales el error es indirecto, por resultar siendo la equivocación sobre la prueba el medio que lleva a la vulneración de la ley sustancial.

Pero en general esos son vicios in iudicando (de juicio), que, normalmente, donde tienen incidencia es en la certeza del fallo, esto es en la correspondencia objetiva que debe existir entre sus conclusiones y las premisas fácticas y jurídicas que lo fundamentan.

Hay otras clases de yerros, que no trascienden directamente a la certeza de la decisión propiamente dicha, sino que comprometen la legalidad de la actuación, en cuanto infringen los principios procesales o las garantías debidas a los sujetos que intervienen en la actuación, es decir, afectan de manera grave el marco general de juzgamiento que no es otra cosa que el debido proceso (que incluye el principio del Juez natural y la garantía de la defensa) que corresponda a cada asunto en particular, son los denominados vicios in procedendo (de procedimiento o de actividad), cuya trascendencia es de tal naturaleza que su única solución es el desaparecimiento jurídico de lo erróneamente actuado y no se repara de otra forma que rehaciendo el proceso.

Pero, se supone que la actuación debe superar el trámite de las instancias purgada de vicios, pues para ello el proceso contiene instrumentos que facilitan la discusión de las decisiones, de modo que - teóricamente - deben corregirse todos en esas sedes. De esa manera es fácilmente comprensible que se presuma la legalidad y certeza de los fallos que componen la unidad jurídica inescindible de los producidos por los Funcionarios Judiciales de instancia que son objeto de ataque por vía de casación.

Legalidad y acierto no son entonces afirmaciones rutinarias, ni carentes de contenido, sino definitorias de la naturaleza extraordinaria de tal forma de impugnación en cuanto marcan el

poder y límite del ámbito de actuación de la Corte. Éste a los términos en que el censor “ruega” la verificación de los errores que debe demostrar en el escrito sustentatorio y aquél a la capacidad oficiosa que se le reconoce a la Corporación para el cumplimiento de los fines de la casación en la forma y términos en que se precisan éstos y aquélla en los artículos 206 y 216 del Código de Procedimiento Penal

Fines y capacidad que no pueden entenderse aislados de la decisión soberana por la que el constituyente primario optó al definir su organización de Estado como social de derecho¹, ni de la naturaleza de la Corte Suprema de Justicia erigida por la Constitución Política como “máximo Tribunal de la Jurisdicción ordinaria”, en desarrollo de lo cual le atribuyó las funciones de actuar como “Tribunal de Casación” (artículos 234 y 235), pues esas preceptivas superiores necesariamente delinean el conocimiento y decisión de un instituto que básicamente, se repite, es el enjuiciamiento de la sentencia frente al ordenamiento jurídico.

Siendo de tales características la casación, su juicio resulta comprensivo de todos los vicios que puedan afectar los derechos - fundamentales o no - de las personas que intervienen en la actuación penal, de modo que resuelto en materia penal por la Corte Suprema de Justicia el extraordinario recurso en un asunto concreto, la naturaleza de órgano de cierre de la Corporación que la decide (artículo 234 de la Constitución Política), aunada a esa capacidad de constatación y reparación de todas las vulneraciones constitucionales o legales, deja clausurado definitivamente el debate en la forma y términos de la decisión final que se haya adoptado. Esa comprensividad de la casación es la que la dota de la legitimidad, constitucionalidad y legalidad que excluye, como reiteradamente se ha señalado, la procedencia de acciones extraordinarias ex post sobre el mismo punto².

2. NULIDAD

*Falta de competencia por el juez que dictó la sentencia.
Restauración del ordenamiento jurídico para el acatamiento de
los tratados internacionales en la investigación de delitos de
lesa humanidad.*

*Justicia Penal Militar: delitos cometidos con ocasión del
servicio y en connivencia con grupos paramilitares.*

En contraposición a esas razones, el juicio de constitucionalidad excluyó de la normatividad nacional precisamente las expresiones “con ocasión del servicio”, “por causa de éste” “o de funciones inherentes a su cargo o de sus deberes oficiales”, que fueron las que le permitieron a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria la asignación de la competencia a los Jueces Penales Militares, de donde surge que lo que realmente terminó haciendo esa autoridad al desconocer la existencia de nuevas circunstancias que hacían imperativo definir el conflicto nuevamente planteado, fue, ni más ni menos, que seguir aplicándolas, incurriendo de esa manera en infracción del inciso final del artículo 243 de la Constitución Política pues:

“Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”

(...) imperativo es concluir la inexistencia como ley del proceso de la decisión de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria que el 2 de julio de 1998 se abstuvo de dirimir el conflicto de competencia, pues ha quedado demostrado su ningún apego ni respeto por el ordenamiento jurídico específicamente en su constitucionalidad, como tampoco mantiene tal condición la definición de competencia verificada en providencia del 30 de marzo de 1995, pues, a raíz de

las nuevas circunstancias que generaron el posterior conflicto, dejó de ser pertinente y válida para el caso concreto.

Demostrado lo anterior, también resulta evidente que el escenario de reparación del agravio, así inferido al ordenamiento jurídico, no es otro que la casación, pues, como inicialmente se indicó, es la Corte Suprema de Justicia erigida por la Constitución como máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria la única autoridad competente para restaurarlo dentro de la actuación procesal, aunque por fuera de las instancias. El juicio que verifica la Corte es de legalidad, no sólo en cuanto hace a la aplicación de la ley, sino, también, en cuanto hace a su interpretación, dándose en este caso concreto que la definición de competencia dejó de ser ley del proceso por violar no sólo la legalidad propiamente dicha, sino el entendimiento de esa legalidad, pues ningún conflicto de competencia entre la Justicia Penal Militar y la Jurisdicción Ordinaria puede resolverse a partir del 5 de agosto de 1997 con prescindencia de la motivación de la sentencia C-358 de 1997 de la Corte Constitucional y de la parte resolutive allí adoptada sobre las expresiones “con ocasión del servicio”, “por causa de éste” “o de funciones inherentes a su cargo o de sus deberes oficiales”, en tanto hacen una unidad jurídica inescindible.

Esa función restaurativa del ordenamiento jurídico la ejerce la Corte, no sólo desde la perspectiva del entendimiento clásico de la función nomofiláctica (nomofilachia) de la casación, sino y, sobre todo, en desarrollo del artículo 206 del Código de Procedimiento Penal que es afortunada decisión legislativa para superar viejas discusiones académicas, que aún se mantienen en otras latitudes, en torno a la protección por vía de casación del *ius constitutionis* o del *ius litigatoris*, pues en nuestro medio la casación tiene por fines “la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal, la unificación de la jurisprudencia nacional y además la reparación de los agravios inferidos a las partes con la sentencia demandada”, imperativos que definen la procedencia de la casación tanto en protección de la

Ley (nomofiláctica y unificadora), como de los derechos del litigante (ius litigatoris) y del orden justo que garantiza la Constitución.

Fines de la casación, dentro de un Estado definido como Social de Derecho y con una amplia Carta de Derechos Fundamentales que aplica esta Sala de Casación dentro de la integralidad del ordenamiento jurídico, incluido el concepto positivista de Ley pero no limitado a él, entendiendo la procedencia del medio de impugnación por infracción directa de ésta o de la Constitución, cuando aquélla sea aplicada de manera diferente a como haya quedado condicionada -en su texto o en su entendimiento- por el juicio de constitucionalidad definido por el Tribunal al que la propia Carta le “confía” la guarda de su “integridad y supremacía”.

Y aunque en este caso es suficiente con la función de nomofilaxis, pues si bien es cierto los conflictos de competencia se resuelven dentro de la Rama Jurisdiccional por Jueces de la República, que, por serlo, tienen amparada su función por el principio de autonomía que la propia Carta les reconoce, no lo es menos que está limitada por esa misma Constitución y por la Ley, de modo que, y esto se afirma sin ambages, en cuanto no se ejerza, como aquí se hizo, con respeto de aquélla o de ésta, procede casar la sentencia que de ella depende.

Y no se trata, en este evento concreto de imponer, por vía de casación, interpretaciones de la ley -aunque la Corte puede hacerlo con fundamento en su carácter de máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria y en cumplimiento del fin casacional de unificación de la jurisprudencia, que por ello un motivo de casación es la interpretación errónea de la Ley- sino de constatar de manera objetiva que la omisión de definir el conflicto de competencia por parte de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria se hizo con expresa negativa de aplicar los preceptos legales en la forma y términos en que fue juzgada su constitucionalidad, facultad que ningún Juez de la República puede reclamar amparada por la autonomía que la Constitución le garantiza.

19. Necesario corolario de lo que se viene de ver es la estructuración de la causal de nulidad alegada por el demandante, y respaldada por la señora Procuradora Primera Delegada para la Casación Penal, porque el acusado Mayor EDUARDO DELGADO CARRILLO y los demás procesados, fueron juzgados por la Justicia Penal Militar por hechos que no guardan ninguna relación con el servicio, sino que fueron cometidos con ocasión de él, pues aprovechándose de su condición de miembros del Ejército Nacional y en connivencia, aparente, con miembros de un grupo paramilitar, participaron, a título que la Jurisdicción Ordinaria se encargará de aclarar y resolver, en el homicidio de 13 personas que ocurrió el 5 de octubre de 1993 en la vereda El Bosque del corregimiento Portugal de Piedras de la comprensión municipal de Riofrío en el departamento del Valle.

En consecuencia se declarará la nulidad de todo lo actuado desde el 3 de octubre de 1997 (folio 379, cuaderno 39) cuando se decretó el cierre de la investigación por parte del Comando de la Tercera Brigada del Ejército Nacional - Juez de Primera Instancia, dejándose a salvo la cesación de procedimiento que se decretó por la muerte de los procesados Luis Felipe Becerra Bohórquez y Leopoldo Moreno Rincón, así como las pruebas practicadas en el Consejo de Guerra, y se dispondrá la remisión de la actuación al Director Nacional de Fiscalías, para que lo asigne al Fiscal Delegado que corresponda.

De esa manera se restaura el ordenamiento jurídico y el ejercicio de la jurisdicción del Estado sobre hechos que nunca fueron sometidos a juzgamiento, comoquiera que la acusación de la Justicia Penal Militar jamás se ocupó de los homicidios. Su actividad se limitó al procesamiento por conductas de encubrimiento y de falsedad, trámite incompatible con los compromisos internacionales suscritos por la República de Colombia y con los principios bajo los que ha operado y opera el conocimiento por la Justicia Internacional de temas que pueden ser inscritos dentro de aquellos que, por su inusitada gravedad, la

comunidad internacional estima imprescriptibles y perseguibles en cualquier lugar por constituir, o por poder serlo, crímenes de lesa humanidad, en cuanto identifique, entre otras causas, que el Estado con jurisdicción no quiere o no puede ocuparse del asunto, o, que, el juzgamiento benigno sea el medio de asegurar la impunidad de las conductas más graves.

-
1. Preámbulo y artículo 1 de la Constitución Política, Título I. “de los principios fundamentales”.
 2. Confrontar, entre otros, auto del 28 de enero de 2003. Radicación 12.844. M.P., Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS

CASO MUNICIPIO SEGOVIA (ANTIOQUIA) Año 1996

M.P. Dr. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Radicado 16818 – 2 de mayo de 2003

Homicidio agravado y tentativa de homicidio agravado

HECHOS:

*(...) Aproximadamente a las 8 de la noche del 22 de abril de 1996, un grupo de hombres armados hizo presencia en el municipio de Segovia (Antioquia) y en forma indiscriminada disparó contra la población, causando la muerte de 14 personas y lesiones a otras tantas. El capitán **Rodrigo Cañas Forero**, comandante del Batallón del Ejército acantonado en el lugar, fue señalado como quien horas previas a los hechos, recibió a los agresores y les facilitó un vehículo para su transporte (...).*

1. DERECHO DE DEFENSA

Derecho del sindicado a conocer la imputación fáctica en la indagatoria, independiente de su denominación jurídica

1. El señor **Rodrigo Cañas Forero** fue indagado el 9 de mayo de 1996. En la diligencia se le interrogó por “los hechos ocurridos el 22 de abril de 1996, en el casco urbano del Municipio de Segovia” -que eran de conocimiento público y así lo hizo saber el procesado-, que se referían al asesinato que un grupo ilegal armado cometió sobre varios residentes de esa población. En el relato que hizo durante la injurada, de manera expresa dijo que le habían informado que “han matado gente” y que “han habido” varios muertos y heridos.

También rindió descargos, el 21 de mayo de 1996, en el Juzgado 126 de Instrucción Penal Militar, diligencia que igualmente tuvo como centro “los hechos ocurridos en Segovia el 22 de abril”. Allí se cuestionó por los “autores de la masacre” acaecida ese día, el imputado relató que tuvo conocimiento que “habían matado” a varias personas y dejado heridas a otras tantas.

En la versión ante la fiscalía, jurídicamente se señaló infracción de los artículos 1º y 2º del Decreto 1.194 de 1989, pero, como se acaba de reseñar, en las dos diligencias, en forma fáctica se hizo expresa referencia, tanto en el interrogatorio como en las respuestas, a las muertes causadas por un grupo armado ilegal. Incluso, aquella sindicación se realizó previa aclaración de que al oficial se lo acusaba de haber colaborado “con grupos al margen de la ley y que perpetraron la masacre el 22 de abril de 1996, en la municipalidad de Segovia”. Así, a pesar de la cita de las disposiciones, quedó clara la inculpación por los homicidios ocurridos en esa fecha.

2. Resulta de lo anterior, entonces, que a partir de la diligencia de descargos, el capitán **Rodrigo Cañas Forero** conoció en forma clara y concreta que el objeto de la investigación adelantada en su contra eran los múltiples asesinatos causados por un grupo armado ilegal. No se debe dejar de lado que en forma reiterada se le imputó colaborar con la masacre, palabra que significa “matanza de personas, por lo general indefensas, producida por ataque armado o causa parecida”.

Con fundamento en lo anterior, es claro que no pudo haber vulneración del derecho de defensa respecto de las imputaciones por homicidio pues -repítese- desde su primera intervención procesal **Cañas Forero** conoció los cargos y, allí y desde allí, pudo controvertirlos y siempre los controvertió.

3. Agréguese: en las providencias por medio de las cuales fue resuelta la situación jurídica, tanto la fiscalía como la jurisdicción penal militar ubicaron el comportamiento en el Decreto 1.194 de 1989. Pero en

las motivaciones de las mismas se hicieron explícitas alusiones a los decesos. Y siendo así, se tornan en intrascendentes las adecuaciones típicas -jurídico formalmente hablando- como que esas decisiones, provisionales, tenían por finalidad principal establecer si era necesario asegurar al sindicado en el curso de la investigación.

4. Para la época de los hechos y de aquella toma de decisiones no existía ninguna disposición que obligara al funcionario judicial a que en la indagatoria pusiera de presente al sindicado la imputación jurídica provisional. El artículo 438 del Código de Procedimiento Penal de 1991, como requisito que formaba parte de la estructura del proceso como es debido, sólo exigía resolver situación jurídica.

5. La definición de la conducta punible en la medida detentiva, entonces, no incidía en el respeto a las garantías. La concordancia que se requería -y se requiere- era entre la indagatoria y la resolución de acusación y entre ésta y la sentencia, en el entendido de que, para proteger el derecho a la defensa, al sindicado se le debía enterar, en la injurada, de todos los hechos imputados, con independencia del nombre que la ley les fijara.

2. DEBIDO PROCESO

Garantía constitucional que no se afecta por la ruptura de la unidad procesal como consecuencia del cierre parcial de la investigación.

Ne bis in idem

1. La Sala dejó en claro cómo la investigación abarcó las conductas relacionadas con la existencia de una ilegal organización armada y los múltiples homicidios por ella cometidos el 22 de abril de 1996 en el municipio de Segovia. De estos comportamientos delictivos el sindicado fue enterado en sus descargos y tuvo oportunidad de ejercitar la controversia.

2. La resolución del 24 de diciembre de ese año, proferida por un fiscal regional de la Unidad de Derechos Humanos, sólo podía

tener el alcance de una clausura incompleta, que exclusivamente comprendía a los sindicatos y delitos allí especificados. En efecto, el funcionario dispuso “el CIERRE PARCIAL respecto de JOHN JAIRO LUNA COGOLLO y RODRIGO CAÑAS FORERO sindicados de los delitos contemplados en el Art. 2° del decreto 1194/89 declarado como legislación permanente por el Art. 6° del Dto. 2266/91 y Art. 201 del Código Penal” (de 1980).

3. Para ese entonces regía el artículo 438 A del Código de Procedimiento Penal de 1991, adicionado por el 57 de la Ley 81 de 1993, que bajo el título de “Cierres parciales” decía: “Cuando existan varias personas vinculadas al proceso o se investiguen delitos conexos y concurren las circunstancias para cerrar la investigación con relación a un solo sindicato o delito, el fiscal la cerrará parcialmente”.

Si el funcionario instructor especificó, y resaltó, que acudía a una clausura fraccionada y reseñó los sindicatos y delitos por los que procedía el acto, es incuestionable que aplicó la disposición transcrita y que, en consecuencia, dio por concluida la fase de investigación únicamente en lo relacionado con el Decreto 1.194 de 1989. Así, conductas punibles diversas, como los varios atentados contra la vida, habrían quedado excluidas de la orden judicial.

4. La resolución citada causó ejecutoria. Por ello, se imponía obedecer el mandato del artículo 90 de ese estatuto procesal (modificado por el 14 de la Ley 81 de 1993), conforme con el cual “no se conservará la unidad procesal en los siguientes casos:... 2. Cuando la resolución de cierre de investigación a que se refiere el artículo 438 A de este código..., no comprenda todos los hechos punibles o a todos los copartícipes”.

A partir de ese momento, en consecuencia, surgían dos investigaciones que debían seguir cursos separados: una, en relación con los sindicatos y delitos cobijados por la finalización

de la instrucción, y otra, sobre las personas y conductas dejadas por fuera de aquella determinación. De tal manera que la providencia calificatoria y los posteriores juicio y sentencia se debían ajustar a lo allí dispuesto, esto es, a la conformación de grupos armados ilegales. Como no ocurrió tal cosa y la fiscalía de segunda instancia decidió mudar la acusación para imputar, en lugar del cargo por infracción al Decreto 1.194, el del concurso de homicidios, se concluye que incurrió en una *informalidad* que aparentemente afectaría el debido proceso.

5. No obstante, esa divergencia no genera la invalidación que reclaman la defensa y el Ministerio Público. No se debe olvidar que la nulidad es una solución -si se quiere una sanción extrema- a la que se debe acudir única y exclusivamente cuando no exista otro mecanismo para reparar el yerro y restablecer las garantías vulneradas.

Para desarrollar tal postulado, el legislador estableció los “principios que orientan la declaratoria de las nulidades y su convalidación”, que eran recogidos, ayer, por el artículo 308 del Decreto 2.700 de 1991 y, hoy, por el artículo 310 de la Ley 600 de 2000. Con ellos, el legislador previó como posible que en el desarrollo del proceso penal se incurriera en desvíos o vacíos, pero también los remedios para impedir que, por fuerza y necesariamente, ante aquellos, surgiera imprescindible la anulación del trámite y, más bien, se optara por otras vías que permitieran mantener el estado del procedimiento seguido.

6. Bajo ese entendido, se tiene que -según demostró la Sala-, desde el inicio de las averiguaciones, se hizo expresa referencia tanto a la existencia de un grupo armado irregular, como a la comisión de los muchos homicidios, y que en sus actuaciones la parte defendida, y los restantes sujetos procesales, pudieron controvertir -y así lo hicieron- esas conductas, que, por lo demás, fueron puestas de presente en la indagatoria. Ahora, con posterioridad, las personas actuantes en el proceso no podrían manifestar su sorpresa ante un

pliego de cargos que hizo imputaciones por concurso de homicidios, cuando en todo momento supieron del mismo y trabajaron en todo caso teniéndolo en cuenta.

7. De esos delitos conoció la denominada jurisdicción regional (hoy especializada), a la cual correspondía investigar los casos de homicidio agravado, tipificados bajo los parámetros del artículo 324 (6-7-8) del Código Penal de 1980, como también la configuración de organizaciones armadas ilegales. Así lo ordenaban los numerales 4° y 5° del artículo 71 del Código de Procedimiento Penal derogado, modificado por el 9° de la Ley 81 de 1993. En consecuencia, con sus actuaciones, la fiscalía no faltó a las reglas legales de competencia.

8. Añádase: en el expediente no existe constancia alguna de que se hubieran compulsado las copias para que se adelantara otra investigación, separadamente, en contra de **Rodrigo Cañas Forero**, por la masacre, que era la consecuencia propia del cierre parcial. Por el contrario, mediante el oficio número 243 del 31 de julio de 1998, la fiscalía regional adscrita a la Unidad Nacional de Derechos Humanos, hizo saber que “frente a la decisión adoptada por la Segunda Instancia” de acusar por los homicidios, “en este Despacho no cursa en contra del señor CAÑAS FORERO otros procesos por los mismos hechos” .

En las condiciones anotadas, como en forma *real* no se concretó el efecto que surgiría de la clausura sectorizada, esto es, no se emitieron las copias para una investigación individualizada, y no existe en contra del capitán **Cañas Forero** otro proceso por los homicidios, es claro que sus garantías relacionadas con la imposibilidad de doble juzgamiento por los mismos hechos no fueron lastimadas.

9. Como consecuencia del cierre no fue acatado el mandato legal del artículo 90-2 del Decreto 2.700 de 1991, que ordenaba separar las investigaciones. Esto, sin embargo, no era -ni es- óbice para

que se diera cumplimiento a lo dispuesto allí, a partir del pliego de cargos proferido en sede de segunda instancia. Es que, nótese, el acto de calificación causó ejecutoria por el concurso de homicidios, y esa disposición ordenaba que la unidad se rompiera cuando “la resolución de acusación, no comprenda todos los hechos punibles o a todos los copartícipes”. Y la acusación, en últimas, los comprendió.

Para la Sala, en conclusión, el *informal desvío* de la fiscalía, avalado por el Tribunal Nacional –porque el juez quiso remediar la situación, pero su decisión de anulación fue revocada–, se convalidó en el curso del trámite, porque, siempre y finalmente, se respetaron las garantías de las personas involucradas en el conflicto, esto es, que los actos procesales cumplieron la finalidad para la cual estaban destinados.

No se violó el derecho de defensa, no se desconocieron las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento, y los intervinientes, con su actividad, convalidaron el hipotético yerro. Como todo ello conduce a la estructuración y concreción en el asunto debatido de los principios establecidos en los numerales 1°, 2° y 4° del artículo 308 del Estatuto procesal derogado, se concluye que no era ni es viable anular lo actuado y retrotraer el trámite.

**CASO MUNICIPIO CHINÚ (CÓRDOBA)
COMUNIDAD INDÍGENA ZENÚ**

M.P. Dra. MARINA PULIDO DE BARÓN

Radicado 13783 – 21 de agosto de 2003

Homicidio

HECHOS:

(...) Cuenta el expediente que el 24 de marzo de 1994, hacia la media noche, cuando el Cacique del Cabildo Mayor del Resguardo indígena Zenú de San Andrés de Sotavento (Córdoba), Héctor Aquiles Malo Vergara se desplazaba en el vehículo Chevrolet Luv, en compañía de Luis Arturo Lucas Polo –líder aborigen-, Porfirio Ayala Suárez –Secretario de la ONIC-, y Cesar José Meza Gutiérrez conductor del automotor, fueron interceptados a la altura de la vereda Puerto Seco, por sujetos desconocidos que se movilizaban en un campero de color blanco, quienes sin fórmula de juicio dispararon armas de fuego contra el rodante donde iban los indígenas, luego le prendieron fuego al mismo, y se llevaron a los ocupantes de la Luv, cuyos cuerpos aparecieron horas después, con pluralidad de impactos de armas de fuego de corto y largo alcance, abandonados en un paraje de la vereda El Carbonero, del municipio de Chinú (Córdoba) (...).

TESTIGO CON IDENTIDAD RESERVADA

Limitación constitucional de las declaraciones de testigos con reserva de identidad

Como lo pregona el recurrente el artículo 37 de la ley 81 de 1993, que modificó el 293 del Código de Procedimiento Penal ordenaba:

*“Cuando se trate de procesos de conocimiento de jueces regionales y las circunstancias lo aconsejen, para seguridad de los testigos se autorizará que éstos coloquen la huella digital en su declaración en lugar de su firma. En estos casos **el Ministerio Público certificará, junto con el Fiscal que practique la diligencia, que dicha huella corresponde a la persona que declaró.** En el texto del acta que se agregará al expediente, se omitirá la referencia al nombre de la persona y se dejará constancia del levantamiento de la identidad del testigo y del destino que se dé a la parte reservada del acta, en la que se señalará la identidad del declarante y todos los elementos que puedan servir para valorar la credibilidad del testimonio. **La parte reservada del acta llevará firma y huella digital del testigo así como las firmas del Fiscal y el agente del Ministerio Público**”.* (Destaca la Sala).

De la norma transcrita se desprende que el legislador quiso de una parte, proteger la identidad de aquellos testigos que ponen en riesgo su seguridad personal cuando cumplen con el deber de suministrar a las autoridades competentes informaciones relacionadas con actividades delictivas, y de otra, brindar todas las garantías de la investigación y el juzgamiento a las personas señaladas por los testigos ocultos, para cuyos propósitos asignó al agente del Ministerio Público como garante de la efectiva realización de la diligencia y de la comparecencia del testigo. Por ello, es indudable que la intervención del Ministerio Público constituye elemento de validez del testimonio rendido bajo reserva de identidad. En ese

sentido cabe memorar el siguiente pronunciamiento que sobre el tema emitió la Corte Constitucional:

“... esta corporación ha estimado que la validez constitucional de las declaraciones de testigos con reserva de identidad depende, por entero, de la aplicación cabal de las garantías que rodean la realización y valoración de la prueba, así como de la posibilidad cierta de que esta pueda ser ampliamente controvertida por la defensa técnica. Por lo tanto, si durante la declaración del testigo secreto no está presente el representante del Ministerio Público ; si no se levanta el acta separada con la identidad del declarante; si el juez no puede conocer esa identidad para valorar adecuadamente la declaración; si, por ello, la defensa no puede contrainterrogar al testigo, la prueba será nula por violación del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso” (C. Const. T-008, ene 22/98. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Sobran entonces consideraciones adicionales para concluir que el cargo tiene fundamento por cuanto la declaración rendida por un testigo cuya identidad quedó en reserva no se recaudó en presencia del agente del Ministerio Público, funcionario que tampoco intervino para elaborar el acta en donde consta esa identidad; por tanto, la prueba es nula, lo que significa que no es un instrumento apto para demostrar. Sería una burla a la sanción constitucional de nulidad admitir que una declaración obtenida en las condiciones indicadas no puede ser tenida por testimonio pero sí como indicio, que es otra forma probatoria.

Como lo señala el Procurador Delegado no se puede levantar un indicio a partir de una prueba ilegal porque ello implica el desconocimiento del principio de necesidad de la prueba que consagrado en el artículo 246 del estatuto procesal penal anterior, 232 de la legislación actual, lo que impide que genere efectos de alguna índole.

CASO MUNICIPIO DABEIBA (ANTIOQUIA)**M.P. Dra. MARINA PULIDO DE BARÓN****Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO***Radicado 13813 – 2 de junio de 2004**Homicidio agravado***HECHOS:**

(...) Sucedidos entre el 29 de diciembre de 1989 y el 2 de enero de 1990. Cuando el Capitán para esa época en servicio activo NELSON RAFAEL COTES CORVACHO, al mando de tropa perteneciente al Batallón de infantería No. 10 “GIRARDOT”, orgánico de la Cuarta Brigada del Ejército Nacional, siendo algunos de sus miembros los suboficiales CP. JUAN CARLOS PINILLOS SEÑIOR, CS. FERNANDO HUMBERTO GARCÍA SÁNCHEZ y los soldados LUIS ALBERTO CASTRO BALSÁN y RICARDO BAHAMÓN DÁVILA, retuvieron en la población de Juntas de Uramita, Vereda Santo Domingo, en una verbena de fin de año a los señores JOAQUÍN GUILLERMO VARELA LÓPEZ, CONRADO EMILIO VARELA LÓPEZ, ANÍBAL DURANGO HIGUITA y OCTAVIO DE JESÚS NAVALES HIGUITA, sindicados por uno de los guías que lo acompañaban como integrantes del Ejército de Liberación Nacional –EPL– civiles éstos que a la postre aparecieron muertos en el paraje “La Llorona”, comprensión municipal de Dabeiba –Antioquia, el 2 de enero de 1990 (...).

1. JUSTICIA PENAL MILITAR

Noción de veredicto contradictorio, inexistente, contraevidente y ambiguo

(...) se precisa traer a colación los conceptos de veredicto contradictorio, veredicto inexistente, veredicto contraevidente, y veredicto ambiguo, efecto para el cual se acudirá a la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, proferida bajo la legislación que contemplaba los juicios con jurado de conciencia, en el derecho penal común, y con intervención de vocales, en la justicia penal militar.

En sentencia del 26 de febrero de 1976, (M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez; G.J. Tomo CLII, 1976), esta Sala de la Corte acotó:

Tiéndose de lo dicho que bien pueden diferenciarse veredicto inexistente, contradictorio y contraevidente. Veredicto inexistente: no se sabe cuál ha sido la respuesta del jurado, pues por su incomprensión, resulta imposible su interpretación global o fragmentaria; o aparece incompleto...; o condicionado a factores que no se determinan en la propia veredicción ignorándose su entidad e influencia en una especie de transferencia de las soluciones pedidas a hipótesis indefinidas en incognocibles; o traduciendo circunstancias o situaciones no consideradas por la ley e insubsumibles en ésta; o por excepción, acogiendo agudas formas de contradicción (ver casación de Juan Bautista Sánchez M.P., dr. Álvaro Luna Gómez, junio 20/73)

Veredicto contradictorio: Sus términos, aisladamente, pueden entenderse pero al unificarlos y afrontar su significación conjunta, resultan inconciliables y excluyentes.

Veredicto contraevidente: Valorable en su texto, contenido y alcance, no encuentra apoyo en lo que el juzgador está obligado a tomar como verdad procesal.

(...)

El juez de derecho, al analizar un veredicto, debe comprometerse en la siguiente ordenada tarea: primero, advertir si la respuesta expresa un concepto (que el veredicto exista); Luego, observar si es coherente, esto es, que sus términos, proposiciones o supuestos guarden armonía, no se contrapongan ni excluyan (que el veredicto no sea contradictorio); y, finalmente, que esa opinión o apreciación no repugne ostensiblemente a la justicia de lo probado en el proceso, en particular a los resultados del debate de audiencia, momento culminante de la crítica probatoria (que el veredicto no sea contraevidente).

Resulta obvio que estas modalidades no se relacionan con la oscuridad o ambigüedad del veredicto. Aquí simplemente se da una inicial dificultad para fijar el sentido y evitar dispares interpretaciones, la misma que no pasa de ser momentánea y se elimina mediante fácil raciocinio, ajeno a intrincadas cavilaciones o abstrusas operaciones jurídicas.

En fallo del 10 de febrero de 1976 (M.P. Dr. Jesús Bernal Pinzón; G.J. Tomo CLII, 1976), la Sala de Casación Penal se refirió al veredicto contradictorio así:

Como hoy oportunamente recuerda el señor Procurador, la jurisprudencia de la Corte ha insistido con relativa frecuencia en el sentido de afirmar que sólo es posible calificar de contradictorio un veredicto cuando éste pugna con el principio de contradicción,

vale decir, cuando sus términos impliquen afirmación y negación de la misma cosa simultáneamente y por el mismo aspecto.

Lo contradictorio, ha dicho la Corte, es lo que se niega a sí mismo. Es la presentación de dos términos, uno negativo y otro positivo que se anulan. Para que el veredicto sea contradictorio es necesario que en su enunciado, en su composición fraseológica, exponga dos pensamientos, que por diversos y contrapuestos su contenido sea igualmente imposible de descifrar, porque si se acepta uno, el otro que lo niega debe desaparecer, rompiendo así la unidad e integridad de la decisión del jurado. (Casación de 16 de noviembre de 1947, G.J. Tomo LXIV, p. 162).

2. JUSTICIA PENAL MILITAR

Veredicto ambiguo: no se patentó a los vocales para plasmar temas ajenos al juicio

Es cierto que el artículo 676 del Código Penal Militar (Decreto 2550 de 1988), régimen aplicado en el juzgamiento del ex capitán (...), contenía un inciso del siguiente tenor:

Los vocales contestarán el cuestionario con un sí o un no; pero si estimaren que el hecho se cometió en circunstancias distintas de las contempladas en el respectivo cuestionario, podrán expresarlo así brevemente en la contestación.

Ese precepto, sin embargo, se restringía a la posibilidad de explicar la convergencia de alguna circunstancia que pudiese discutirse por estar cimentada al menos en un principio de prueba, y que por lo mismo a ella hiciera referencia la convocatoria al consejo de guerra, o hubiera surgido del debate en la vista pública. No se trataba de una patente abierta a los vocales para que pudieran plasmar su

parecer sobre temas ajenos al juzgamiento, ni sobre materias jurídicas reservadas al juez de derecho, ni para que se alejaran del cuestionario, puesto que ello conllevaría la alteración de la calificación jurídica del delito imputado, todo lo cual escapaba, por supuesto, a la órbita funcional de los vocales.

La facultad de explicar brevemente el veredicto tampoco estaba destinada a que incursionaran en la calificación jurídica de los extremos tipificadores de la conducta punible y de la responsabilidad del implicado, sino a que pudiesen hacer manifestaciones sobre aspectos de facto para orientar el sentido de su respuesta, en tanto no tenían conocimientos específicos de las ciencias jurídicas.

Así, como en el consejo verbal de guerra ninguno de los sujetos procesales mencionó la complicidad, ni la reclamó para sí, ni el recaudo probatorio insinuaba siquiera que (...) era colaborar en los homicidios que otros cometieron, los vocales, que no eran versados en temas jurídicos, mal pudieron referirse a la complicidad en sentido jurídico penal -como dispositivo amplificador del tipo-, quedando, entonces, esa acotación expresada en palabras comúnmente utilizadas por la gente, es decir, referida a la participación de varias personas en los ilícitos, pues eso es lo que se entiende en el lenguaje popular por “cómplice”.

Es que cómplice, en el sentido natural y común de utilización social de esa palabra, significa “participante o asociado en crimen o culpa imputable a dos o más personas”, según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española. (Editorial Espasa-Calpe S.A., Madrid 1984).

Por ello, frente a la posible ambigüedad o confusión en el veredicto, (que es un fenómeno distinto de la inexistencia, de la contradicción y de la contra evidencia), como se observa en la jurisprudencia transcrita, los jueces de instancia no se vieron precisados a realizar cavilaciones ni complicadas operaciones jurídicas para dilucidar su contenido, sino que acudieron a raciocinios sencillos, cotejados,

eso sí, con el conjunto probatorio, con lo debatido en la vista pública y con lo alegado por cada sujeto procesal.

Se insiste en que la complicidad en sentido jurídico penal -dispositivo amplificador del tipo- era un instituto que no se había planteado ni reconocido por los sujetos procesales en ninguna de las actuaciones, por manera que devino en un agregado que se gestó en la iniciativa de los vocales, quienes no explicaron -como se preveía en el artículo 676 del Código Penal Militar- algún contenido jurídico que hubiesen querido hacer corresponder a la palabra cómplice; y es que no podían hacerlo, pues en ésta hipótesis invadirían la órbita del Juez de conocimiento, consistente en asignar la calificación jurídica definitiva y las consecuencias correspondientes a los hechos probados materia de juzgamiento.

3. JUSTICIA PENAL MILITAR

Incongruencia de la sentencia

1. Incorre en una imprecisión el libelista, si se tiene en cuenta que el Código Penal Militar vigente para la época en que se interpuso el recurso extraordinario, en su artículo 442 estipulaba como causal de casación la falta de consonancia del fallo, no con la resolución de convocatoria al consejo verbal de guerra, sino “con el cargo formulado en el respectivo cuestionario” sometido conocimiento de los vocales.

En efecto, el artículo 442 del Decreto 2550 de 1988, que enlistaba las causales de casación, en su numeral segundo estipula que el recurso extraordinario procede cuando la sentencia no esté en consonancia con el cargo formulado en el respectivo cuestionario.

2. El cuestionario sometido a la consideración de los vocales, reglamentado en los artículos 672 y 673 *ibídem*, era un documento reflejo de una actuación procesal que en mucho difiere de la

resolución de acusación del procedimiento penal ordinario, y que también es distinta de la convocatoria al consejo verbal de guerra.

Si bien, para algunos efectos, la resolución de acusación del proceso penal ordinario podría admitirse como equivalente a la resolución de convocatoria al consejo verbal de guerra, aquella ni esta pueden asimilarse al cuestionario que confecciona el Presidente de dicho consejo.

3. Ahora bien, el Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991) al incluir la sentencia del Tribunal Superior Militar entre las susceptibles de casación, ya había derogado tácitamente los artículos referentes a la casación del Código Penal Militar (Decreto 2550 de 1998); sin embargo, dada la reconocida especialidad, en materia de congruencia, al tiempo de proferirse el fallo, subsistía la remisión al artículo 442 del Código Penal Militar mencionado, siendo, por tanto, imprescindible realizar el juicio de consonancia entre el cargo que se menciona en el interrogatorio a los vocales y la sentencia; y no simplemente entre ésta y la resolución de convocatoria al consejo verbal de guerra.

De ese modo, la supuesta falta de consonancia debió demostrarse contrastando el fallo del Tribunal Superior Militar con los cuestionarios respondidos por los vocales, y no, como lo hizo el demandante, comparando la sentencia de segunda instancia con la resolución de acusación, por demás inexistente, o con la resolución de convocatoria al consejo verbal de guerra.

4. Los anteriores asertos han sido reiterados por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal en diversos pronunciamientos, entre los que se destaca la Sentencia del 25 de junio de 1998 (M.P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda):

Sin embargo, dada la especialidad de la Justicia Penal Militar, en ella, el punto de referencia de la acusación, y luego de comparación con la sentencia, no es la

Convocatoria a Consejo de Guerra, sino el cuestionario que se le formula a los Vocales, pues además de que así se desprende del texto del artículo 673 del C.P.M., que obliga a redactarlos ‘de conformidad con la prueba que aparece en el proceso’, y no con alguna pieza procesal, ya de antes, y comentando una disposición que inclusive sí condicionaba esa redacción del cuestionario “al auto de proceder” (artículo 559 del Decreto 0250 de 1958), así lo había dilucidado la Corte en pronunciamientos como el de 8 de mayo de 1981, del cual fuera ponente el Magistrado Doctor Dante Fiorillo Porras, y en donde se afirma que:

*‘Conforme reiteradamente lo ha venido sosteniendo la Corte **la decisión que** en el trámite de los juicios mediante Consejos Verbales de Guerra **se equipara al auto de proceder** del procedimiento ordinario no es, como con frecuencia se estima, la resolución de convocatoria de tales consejos, sino **el cuestionario que se somete a la consideración de los vocales**, de modo que lo que importa saber para estudiar la consonancia entre el veredicto y la sentencia no son los hechos en que se funda la resolución de convocatoria, sino aquellos, por los cuales se interroga a los vocales, que se incluyen en el respectivo cuestionario’.* (resaltado fuera de texto).

5. Al margen de lo anterior, no sobra aclarar que mediante Sentencia C-145 del 22 de abril de 1998, la Corte Constitucional declaró inexecutable los artículos 656, 657, 660, 661, 662, 675, 676, 680 y 699 del Código Penal Militar (Decreto 2550 de 1998), los numerales 4 del artículo 434 y 9 del artículo 639, y el inciso 4 del artículo 404 *ibidem*, relativos a la intervención de vocales en los consejos verbales de guerra. Sin embargo, tal decisión no incide sobre el caso examinado, pues en la misma sentencia se expresó que produciría efectos a futuro y que se aplicaría a los procesos en curso ‘salvo aquellos en los que ya se hubiese dictado sentencia’.

CASO MUNICIPIO CHIGORODÓ (ANTIOQUIA)**M.P. Dr. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO***Radicado 17667 – 25 de agosto de 2004**Homicidio agravado y tentativa de homicidio agravado***HECHOS:**

(...) En horas de la noche del 12 de agosto de 1995, en el Municipio de Chigorodó (Antioquia), hizo presencia en la discoteca El Aracatazo un grupo de hombres armados que anunciándose como exterminadores de la subversión dieron muerte a Héctor Tascón Duque, Luis Alberto Guisao, Antonio Moreno, Julio Alfonso Ríos, Willinton Tascón, Misleida Pérez, Jorge González, Julio Oviedo, Libia Úsuga Barrientos, Luis Aurelio Sánchez, Manuel Ballesta, Francisco Panesso, Rodolfo Ramos, Pedro Úsuga, Leonardo Mosquera, Jorge Julio Cárdenas, Mérida Jiménez y Jorge Zúñiga e hirieron gravemente a José Luis Ciro Galeano, algunos de los cuales pertenecían al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Agropecuaria, Sintrainagro o al Partido Comunista Colombiano (...).

DERECHO A LA DEFENSA TÉCNICA*Distinción entre vigilancia racional y abandono de la defensa*

(...) la garantía invocada en su doble concepción de material y técnica como posibilidad -aquella- para que la persona inculpada le suministre directamente a la justicia su versión sobre los hechos

que se le imputan, o de que participe solicitando la práctica de pruebas, o elevando peticiones en su beneficio o impugnando las decisiones que estime adversas y ésta -la técnica- como el imperativo de proveerse de un profesional del derecho - directamente por el procesado o de oficio- a quien concierne en forma plena, continua, ininterrumpida y real velar por la protección de los intereses de quien actúa como sujeto pasivo de la acción penal, lo que supone no solo una seria y permanente vigilancia del proceso sino además el activo ejercicio del cargo a través de los mecanismos procesales previstos en el ordenamiento en aras de que la prerrogativa constitucional tenga cabal concreción.

Es que -ha dicho la Sala-

(...) esta función-deber por parte de la defensa, implica, entonces, una constante e imprescindible vigilancia actuarial de la actividad procesal en concreto, a partir de la cual se espera la puesta en marcha de los medios defensivos que la normatividad positiva habilite, bajo el entendido que no obstante reconocerse, como no puede ser de otra forma, que las dos actividades deben compenetrarse y ponerse en práctica ante un marco teórico de defensa, un tal ideal no puede fatalmente condicionar una 'estrategia defensiva', que por no ser otra cosa que la planificación de los medios de que se vale la defensa para lograr los fines propuestos en beneficio del procesado, no necesariamente puede equipararse a la manifiesta actividad memorialística o impugnadora, o de confrontación probatoria en el momento de su práctica, ya que, si bien puede así suceder y en no pocas veces considerarse como la más apropiada, igualmente puede tener la misma idoneidad para el objetivo previsto, la sola prudente y racional vigilancia del proceso, la latente supervigilancia de la actividad estatal que con pleno respeto de los límites formales y materiales del Estado de Derecho dinamiza

su ius puniendi para establecer la verdad que ha motivado el inicio de la acción penal.

Pero aquí, igualmente, viene observando la jurisprudencia, que necesario es distinguir entre esta vigilancia racional con el abandono de la defensa, como que corresponden a polos opuestos no sólo de la argumentación jurídica sino de la realidad: el ser y el no ser, pues si el reconocimiento de la defensa técnica tiene como razón de ser el asesoramiento al procesado para que una persona que se presume idónea en el ajetreo jurídico saque avante sus derechos, es evidente, que el dejar de hacerlo, esto es, cuando la dialéctica revisión de la actividad procesal permite inferir que la no actividad positiva del defensor no corresponde a una estrategia defensiva sino a una clara manifestación de voluntad de “no defensa”, ésta no ha existido, es decir, que el rito procesal de su reconocimiento con capacidad para actuar carece de trascendencia jurídica en cuanto no se ha suscitado de ella la función inherente a la postulación reconocida por el Estado para que estratégicamente se ejerza la contradicción “acusación-defensa” mediante los medios de prueba pertinentes, las argumentaciones esclarecedoras de la labor interpretativa de la ley y sobre todo, el reconocimiento de los derechos y garantías constitucionalmente reconocidos a favor del procesado.

Esta distinción entre la vigilancia defensiva y el abandono de la defensa, que claro debe quedar, no se trata de abandono del proceso visto, debe insistirse, cuantitativamente por las manifestaciones escritas que un determinado defensor presente, sino observado como abandono de la defensa, esto es, que valorada en su conjunto la actuación procesal se pueda concluir,

sin dubitación alguna, o que la actuación vigilante del desarrollo probatorio del proceso no constituye el supuesto de las finales alegaciones, es decir, que no fue un medio estratégico sino que simplemente se cumplió con un formalismo al aceptar el cargo, pero que nunca existió compromiso defensivo, pues, -como agudamente se ha advertido-, bien puede suceder -y con no poca frecuencia sucede- que el objetivo esté dirigido, porque así se presente la dinámica probatoria, a buscar una absolución fundamentada en el in dubio pro reo, y en estas condiciones, ante las inconsistencias en los medios de convicción allegados al proceso, sea lo pertinente no dinamizarlos para que precisamente por carencia de prueba, pueda en últimas, alegarse la duda, es evidente que en esta clase de casos, el silencio es más que elocuente, siempre y cuando la argumentación oportuna así lo demuestre; pero si ese no ejercicio de la postulación se traduce en una diáfana manifestación de no defender, el desconocimiento de este derecho, así mismo, se impone colegirlo.

Y, aquí, también debe ser enfatizado, la función del juez es trascendental, ya que superada la discusión doctrinaria sobre las categorías de las personas intervinientes en el proceso penal, en el sentido de que ante el contradictorio 'acusación-defensa', el juez, como titular de la jurisdicción, ya no es sujeto procesal primario, ni tercero imparcial, ni nada parecido, sino el representante del Estado, no del gobierno, designado para que administre justicia, que por tanto, está por encima de los intereses de las partes, debe, es su imperativo, dirigir el proceso, estar atento a que los participantes en el mismo, como sujetos procesales propiamente dichos, como testigos, como auxiliares

de la justicia, como asesores, excepción hecha de la parte civil en aquellos eventos en que su omisión no implique el puro ejercicio de la pretensión privatista sino en lo que incida en la dinámica procesal, y conminarlos al cumplimiento de sus funciones, desde luego dentro de los límites en que deba y pueda hacerlo, recurriendo a los mecanismos que la misma ley le concede para ello, pudiendo inclusive llegar a las acciones correccionales y disciplinarias o penales, a que haya lugar, pues su obligación es adelantar un proceso debido, no un conjunto de ritos procesales carentes de trascendencia jurídica, ilegales e ilegítimos.

Es que, precisamente, un debido proceso no puede concebirse sin defensa, no sin defensor, pues aquí, lo que importa es la función que cumpla, y no simplemente la formalidad del reconocimiento de personería, ya que la defensa no puede comprenderse, hoy en día, sino con contenidos materiales proyectados dialécticamente hacia el reconocimiento jurídico de un supuesto probatorio concreto a favor del acusado, lejos de que puedan recibir reconocimiento por parte del juez o no, pues esa ya es otra problemática, ya que, el contenido del proceso pasa de ser pura forma para convertirse, a través de ella, en la concreción de una realidad histórica, no entendiendo 'lo histórico', únicamente, como la rememorización del pasado, sino como la contradictoria actualización de hechos que valorados ex ante nos permitan vivenciarlos y con base en ellos darles la trascendencia jurídica que de acuerdo con el ordenamiento positivo y los postulados hermenéuticos aplicables, corresponda (...). (Sentencia de 24 de junio de 2002, M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote).

CASO MUNICIPIO CHOACHÍ (CUNDINAMARCA)**M.P. Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ****Dr. HERMAN GALÁN CASTELLANOS***Radicado 20005 – 18 de noviembre de 2004**Homicidio agravado, secuestro extorsivo, terrorismo,
rebelión y hurto calificado y agravado***HECHOS:**

(...) Con fundamento en la denuncia formulada el 1º de junio de 1995 por el entonces Comandante del Ejército Nacional, Mayor General Harold Bedoya Pizarro, ante el Fiscal General de la Nación, se dispuso el 1º de junio de 1995 adelantar investigación contra los integrantes de las cuadrillas 31, 53, 54 y 55 del grupo insurgente autodenominado Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, FARC, en calidad de autores materiales y contra el ‘Secretariado Nacional’ de dicha organización rebelde, particularmente contra Pedro Antonio Marín, alias ‘Manuel Marulanda Vélez o Tirofijo o Matamonjas’, Guillermo León Saenz Vargas, alias ‘Alfonso Cano’, Luis Edgar Devia Silva, alias ‘Timoleón Jiménez o Timochenco’, Luciano Marín Arango, alias ‘Ivan Márquez’, Jorge Briceño Suárez, alias ‘Mono Jojoy’ y Manuel Mata Mata, alias ‘Efrain Guzmán o el Cucho’, como autores intelectuales de los ataques armados protagonizados los días 27, 28 y 30 de mayo de 1995 en Choachí, sitio El Santuario, Kilómetro 14 vía a Bogotá; a los puestos de Policía de los municipios de Guayabetal y Silvana, así como a la Octava Estación de Policía ubicada en el barrio Kennedy al suroccidente de Bogotá.

El primer acto denunciado se inició a tempranas horas del 27 de mayo de 1995 con bloqueos a las vías de acceso y aproximadamente a la una de la tarde fue objeto de ataque el helicóptero de la Policía Nacional distinguido con la matrícula PNC-147 en el momento en que las fuerzas del orden se encaminaron a inspeccionar el lugar, resultando herido el copiloto de la aeronave Teniente Fabio Everardo González Páez.

Por su parte, el ataque al puesto de Policía del municipio de Guayabetal arrojó la muerte violenta de los agentes William Melo Albornoz y Edwin Prieto Cano, así como la del civil Moisés Bobadilla Céspedes, y el secuestro por más de seis (6) horas de los agentes Jorge Orlando Rojas, Gil Ospina Alvarado, Fernando Pérez Caleño y José Bohórquez Coronado, quienes al igual que sus infortunados compañeros fueron despojados de sus armas de dotación. Sobre la agresión al puesto de Policía de Silvana se afirma que fue perpetrada por integrantes de la cuadrilla frente 55 de las FARC, arrojando cuantiosas pérdidas materiales.

Finalmente, el ataque armado a la Octava Estación de Policía del barrio Kennedy de Bogotá fue ejecutado por las Milicias Bolivarianas de las FARC, y arrojó como trágico saldo el homicidio del Dg. Dagoberto Dusán Bailón y de los Agentes Omar Orozco Aguilar y Pedro López Gutiérrez, así como las lesiones a los también agentes de la Policía Anunciación Novoa Páez, Juan Carlos Rodríguez Beltrán y Dany Yamel López. Igualmente, los subversivos aprovecharon la situación para sustraer armas y municiones de los uniformados, y en inmediaciones del lugar le hurtaron a Henry Antonio Peña Prada la motocicleta Yamaha 125.

Además de los cabecillas de la organización insurgente, arriba citados, fueron vinculados a la investigación otros integrantes del grupo armado, pero para lo que interesa a esta decisión la Sala se concretará a la actuación surtida en relación con el procesado CASIMIRO GUTIÉRREZ CASTRO, único recurrente en casación cuya demanda fue admitida, según lo dispuesto por la Sala en providencia del 5 de diciembre de 2002 (...).

1. TESTIGO CON IDENTIDAD RESERVADA

Su consideración probatoria resulta violatoria de los principios de publicidad del proceso, de la imparcialidad del juez y de la contradicción de la prueba

(...) la demanda sí deja claro que la sentencia del Tribunal se sustentó en testimonios con reserva de identidad, aspecto que de verificarse podría configurar un intolerable error que hace necesario el estudio de fondo del caso, para preservar las garantías constitucionales y procesales del implicado, en el entendido de que con posterioridad al pronunciamiento de inexecutable de los artículos 12, 13, 15, 17, 18 y 44 de la Ley 504 de 1999 (sentencia C-392 de 2000), los testimonios bajo reserva de identidad no pueden ser objeto de evaluación probatoria por parte de los funcionarios judiciales.

Previamente al análisis del punto, ha de precisar la Sala que la sentencia de constitucionalidad en referencia señaló que la declaración de inexecutable de las referidas normas, surtía efectos ‘a partir de su comunicación al Gobierno Nacional’, es decir hacia el futuro, precisión que reporta efectos sobre la legalidad de los testimonios bajo reserva de identidad recaudados en este caso, pues fueron recepcionados en vigencia del artículo 293 del Decreto 2700 de 1991, reformado por el 37 de la Ley 81 de 1993, que los permitía.

Pero surge evidente que con posterioridad al pronunciamiento de inexecutable, los testimonios bajo reserva de identidad, así hayan sido obtenidos con anterioridad y conforme a las disposiciones que los permitían, no pueden ser objeto de evaluación probatoria por cuanto resultan violatorios de los principios de publicidad del proceso, de la imparcialidad del juez y de la contradicción de la prueba¹.

En ese sentido, la Sala comparte la apreciación del Procurador Delegado, pues si la práctica de la prueba resulta intangible por la decisión de inconstitucionalidad que rige hacia el futuro, los efectos probatorios que pueden derivarse de tales testimonios quedaron limitados por la sentencia, razón por la cual el funcionario judicial debe ajustar su juicio a estas nuevas condiciones, es decir sustentar su decisión con elementos de juicio diferentes.

Resulta cierto que en este caso, el juez de conocimiento excluyó de modo expreso las declaraciones de los testigos bajo reserva de identidad y que el tribunal, apartándose de las razones aducidas por aquél, los valoró, con lo cual, en principio, la casacionista acierta en su crítica por esa situación.

Pero, tal vez por la confusión conceptual destacada al inicio de estas consideraciones, la demandante no se ocupa de la trascendencia del yerro aducido, pues como lo reseña el Procurador Delegado, a pesar de la referencia que se hace a los testimonios bajo reserva de identidad conocidos con las claves Luna, Tigre, León y Platino, la sentencia tiene como fundamento central el testimonio de Felio Alirio Lasso Urbano, antiguo miembro de las FARC y quien en esa condición ha venido prestando sus servicios a la fuerza pública en calidad de informante, personaje éste que indicó con claridad la concurrencia al hecho punible de terrorismo de CASIMIRO GUTIÉRREZ CASTRO (...).

2. DELITO DE REBELIÓN

El derrocamiento del gobierno nacional o la supresión del régimen constitucional vigente comportan permanencia en la actividad rebelde. Delito permanente

(...) En efecto, en el fallo de casación del 6 de junio de 2002, radicado No. 12.508, con ponencia del Magistrado Jorge E. Córdoba Poveda, la Sala precisó que por tratarse la rebelión de una conducta punible de ejecución permanente, al tenor de lo normado en los artículos 83 del Decreto 100 de 1980 y 84 de la ley 599 de 2000, el término de prescripción sólo puede empezar a contabilizarse desde la perpetración del último acto, ‘esto es desde que se deja de cometer’, por lo que quien ha sido acusado de pertenecer a un movimiento rebelde, sin constancia alguna de que se haya separado de la organizaciónalzada en armas, no puede aducir que ha dejado de cometer el delito, criterio que ha sido reiterado en las decisiones de 14 de junio, 1º de agosto, 3 de septiembre y 7 de noviembre de 2002, radicados Nos. 16.411, 12553, 16.815 y 14.144.

Y ello tiene su lógica en la naturaleza permanente de un delito que busca, teóricamente, el derrocamiento del gobierno nacional o la supresión del régimen constitucional vigente, que no permite determinar un límite final de la comisión del hecho, sino cuando los rebeldes obtienen su propósito o cuando hay prueba cierta de que se abandonó tal cometido.

Sobre esa realidad, quienes fundan o se alistan en una organización subversiva, lo hacen con propósito de permanencia, ‘puesto que la lucha para la obtención del poder político por la vía de las armas, no es una meta que pueda ser conseguida en un día, sino que por el contrario requiere de una actividad que en muchas ocasiones, las más de las veces, se prolonga por muchos años, sin que las finalidades políticas últimas se puedan llegar a conseguir’². Por lo tanto, mientras la persona permanezca en el grupo rebelde, seguirá cometiendo el delito de rebelión de manera indefinida en el tiempo,

razón por la cual en relación con los aquí procesados, respecto de quienes no hay constancia de que se hayan separado de la organización rebelde a la que se les demostró pertenecer, el lapso de prescripción de la acción penal no ha comenzado a correr.

3. DOSIFICACIÓN PUNITIVA

Personalidad del agente excluido como criterio para la tasación punitiva

Antes de abordar el estudio del anterior proceso de dosificación, es bueno aclarar que de acuerdo con la reforma introducida al artículo 61 del anterior estatuto penal respecto a los criterios para la individualización de la pena, a partir de la vigencia de la ley 599 de 2000 no se puede aducir como circunstancia ponderante “la personalidad del agente”, pues tal elemento no fue introducido en la redacción del nuevo artículo 61. Por ello, de los criterios ratificados por el fallador de segunda instancia para determinar la pena a cada uno de los anteriores procesados, ha de excluirse aquél que tiene que ver con la ‘personalidad moralmente insensible’ de los implicados, pues, se reitera, ello no puede ser objeto de evaluación a la luz de la nueva normatividad.

4. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Delitos permanentes. Salvamento parcial de voto

Con el respeto debido hacia las determinaciones de la mayoría, me permito presentar algunos de los planteamientos que expuse ante la Sala, que no encontraron acogida y motivan mi disentimiento frente la decisión de negar la prescripción de la acción penal por el delito de rebelión.

La prescripción de la acción penal es una garantía constitucional que le asiste a todo ciudadano de que se le defina su situación

jurídica, pues éste no puede quedar sujeto perennemente a la imputación que se ha proferido en su contra. Por lo tanto, el Estado no puede ejercer de forma perpetua el *ius puniendi* contra una persona que ha sido vinculada a un proceso penal.

Al analizar la prescripción en materia penal, la jurisprudencia constitucional ha señalado que *‘es un instituto jurídico liberador, en virtud del cual por el transcurso del tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción’*³, cuyo fundamento es el principio de la seguridad jurídica ya que la finalidad esencial de la prescripción de la acción penal está íntimamente vinculada con el derecho que tiene todo procesado de que se le defina su situación jurídica, pues *“ni el sindicado tiene el deber constitucional de esperar indefinidamente que el Estado califique el sumario o profiera una sentencia condenatoria, ni la sociedad puede esperar por siempre el señalamiento de los autores o de los inocentes de los delitos que crean zozobra en la comunidad”*⁴.

Las personas inculpadas tienen derecho a un debido proceso sin demoras injustificadas, y en general, están cobijadas por una garantía de prontitud en relación con la administración de justicia. La posibilidad de que se pueda mantener perpetuamente la acción penal en su contra resulta ser una carga desproporcionada, porque la definición de los asuntos dentro de los términos que establece la ley es una labor que corresponde al Estado, y las demoras en que incurra, sólo a éste le son imputables.

El artículo 28 de la Carta Política consagra el principio de la no imprescriptibilidad al disponer expresamente que *“en ningún caso podrá haber penas imprescriptibles”*. Aunque tal regla constitucional sólo prohíbe la imprescriptibilidad de las penas y no de las acciones penales, la Corte Constitucional ha precisado que no se puede afirmar *prima facie*, que la imprescriptibilidad de la acción penal está permitida constitucionalmente:

“Respecto de la pena, el artículo 28 de la Constitución Política, en el último inciso se refirió a que en ningún caso podrá haber penas imprescriptibles. El transcurso del tiempo obra como causa de extinción de la punibilidad no solamente en abstracto -prescripción del delito-, sino en concreto -prescripción de la pena-, y, por consiguiente, pone fin al proceso penal.

“El Estado se encuentra en la obligación de investigar dentro de un determinado tiempo la presunta comisión de un hecho punible. Este principio es parte integrante de los principios que conforman un Estado social de derecho que vela por la dignidad de la persona y el respeto efectivo de los derechos humanos, de conformidad con los artículos 1º y 2º de la Constitución Política.

“Así, el principio de celeridad debe caracterizar los procesos penales. Ni el sindicado tiene el deber constitucional de esperar indefinidamente que el Estado califique el sumario o profiera una sentencia condenatoria, ni la sociedad puede esperar por siempre el señalamiento de los autores o de los inocentes de los delitos que crean zozobra en la comunidad.

“Esta idea es reiterada por Eissen cuando afirma que ello “implica un justo equilibrio entre la salvaguardia del interés general de la comunidad y el respeto de los derechos fundamentales del hombre, aunque atribuyendo un valor particular a estos últimos”⁵.

“Consagrar la imprescriptibilidad de la acción penal, viola el artículo 2º numeral 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumentos internacionales que,

al tenor del artículo 93 superior, prevalecen en el orden interno” (Sentencia C-176/94).

Entonces, con base en los instrumentos internacionales que Colombia ha ratificado es imposible sostener que la acción penal por el delito de rebelión pueda ser en la práctica *imprescriptible* ante la realidad que conlleva su prolongación indefinida en el tiempo.

Los únicos delitos en relación con los cuales opera la imprescriptibilidad de la acción penal son aquellos de exclusiva competencia de la Corte Penal Internacional, pues se trata de un tratamiento distinto respecto de una garantía constitucional que está expresamente autorizado a partir del Acto Legislativo 02 de 2001 y que opera, exclusivamente, dentro del ámbito regulado por dicho Estatuto.

Pero en el orden interno no existe dicha posibilidad, al punto que la Corte Constitucional al revisar la exequibilidad de la Ley 707 del 28 de noviembre de 2001 “*Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*”, hecha en Belem do Para el 9 de junio de 1994, al efectuar el análisis de lo dispuesto en el artículo 7° de la Convención, que establece que tanto la acción penal como la pena por el delito de desaparición forzada son imprescriptibles, salvo que una norma fundamental del Estado parte disponga lo contrario, preciso que:

(...) el interés estatal en proteger a las personas contra la desaparición forzada no puede hacer nugatorio el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas. Por lo tanto, cuando el Estado ya ha iniciado la investigación, ha identificado e individualizado a los presuntos responsables, y los ha vinculado al proceso a través de indagatoria o de declaratoria de persona ausente, la situación resulta distinta. Por un lado, porque en tal evento está de por

medio la posibilidad de privarlos de la libertad a través de medios coercitivos, y además, porque no resulta razonable que una vez vinculados al proceso, los acusados queden sujetos a una espera indefinida debida a la inoperancia de los órganos de investigación y juzgamiento del Estado.

*En tales eventos, el resultado de la ponderación favorece la libertad personal. En particular, el interés de la persona vinculada a un proceso penal de definir su situación frente a medidas a través de las cuales el Estado puede privarlo materialmente de la libertad. Por lo anterior, la imprescriptibilidad de la acción penal resulta conforme a la Carta Política, siempre y cuando no se haya vinculado a la persona al proceso a través de indagatoria. **Cuando el acusado ya ha sido vinculado, empezarán a correr los términos de prescripción de la acción penal, si el delito está consumado.***

Así, como conclusión del análisis precedente, la Corte establece que la regla de imprescriptibilidad de la acción penal por el delito de desaparición forzada, contenida en el inciso primero del artículo 7 de la Convención, no resulta contraria a la Carta Política. El legislador, al adecuar el ordenamiento interno al presente tratado, puede establecer la imprescriptibilidad de la acción para dicho delito. Sin embargo, si el delito está consumado, los términos de prescripción de la acción empezarán a correr una vez el acusado haya sido vinculado al proceso” (sentencia C-580/02, se ha destacado).

Y aunque lejos está de identificarse un delito de desaparición forzada con uno de rebelión, cuya naturaleza de delito político puede llevar incluso a un trato más benigno, las razones aducidas en la sentencia de constitucionalidad citada llevan a concluir que

en la práctica, la imprescriptibilidad de la acción penal por cualquier delito, afecta los derechos de las personas inculpadas.

Siendo ese un hecho innegable, resultaba necesario que la Sala estableciera un criterio que pondere el momento en que la prescripción de la acción penal y/o la permanencia de la conducta en el tiempo, deben ceder frente a la dificultad que implica sostener, simultáneamente, los dos aspectos en el trámite de un proceso que por razones exclusivamente atribuibles al Estado se prolonga excesivamente en el tiempo.

Como lo propuse a la Sala, el suscrito considera que para resolver la tensión planteada, debe tomarse como punto de corte la resolución de acusación, pues, de un lado, es ésta, por excelencia, la pieza procesal que delimita el marco fáctico dentro del cual puede moverse el juez en la etapa subsiguiente, y además, porque no resulta razonable que una vez acusados, a los partícipes de un delito de rebelión se les someta a una espera indefinida debido a la demora en el juzgamiento a cargo del Estado.

La resolución de acusación resulta ser una pieza medular dentro del proceso penal, por cuanto refleja un primer examen del material probatorio allegado a la investigación con base en el cual se pone fin a esta etapa, a partir del cual el Estado le formula de manera clara y concreta al sindicado un cargo acerca de su presunta participación en una conducta delictiva, con las especificaciones de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su ocurrencia, de la que tendrá la posibilidad de defenderse en la etapa de juzgamiento que se adelantará ante el juez competente.

Y si bien es cierto que en el actual esquema procesal, por la vía del artículo 404, se pueden hacer, en la etapa del juicio, modificaciones a la acusación, tales variaciones están limitadas a la calificación jurídica provisional de la conducta, pero no al marco fáctico concretado en la misma. Al efecto, en reciente pronunciamiento la Sala señaló que:

(...) Como se trata de una resolución de acusación ejecutoriada, los hechos que tal pieza procesal contiene y la calificación jurídica de los mismos, constituyen el objeto procesal sobre el cual debe, en principio, versar el Juzgamiento. Únicamente alrede-dor del contenido de correspondencia objetiva de la calificación jurídica provisional de los hechos recons-truidos o de su valoración jurídica puede proponerse el incidente de colisión de competencias” 6.

Pero además, las limitaciones a la modificación del marco fáctico concretado en la acusación, está íntimamente ligado con el principio de congruencia que se convierte en piedra angular para el juzgamiento y la defensa, en tanto que es el cierre de la investigación el hito preclusivo para vincular jurídicamente al sindicado de un hecho punible, ya sea a través de indagatoria o declaratoria de persona ausente.

Precisamente, sobre ese argumento, ya la Sala al estudiar el alcance del principio de congruencia, en la sentencia de segunda instancia del 3 de marzo de 1999, con ponencia del Magistrado Carlos E. Mejía Escobar, señaló, entre otras eventualidades, que:

(...) En los delitos permanentes el límite cronológico máximo de la imputación es el de la acusación y por tanto la sentencia debe atenerse al mismo (...) (se ha resaltado).

Como se ve, la solución planteada no sólo es reiterativa del citado precedente, sino que resuelve definitivamente la tensión que genera la permanencia de la conducta rebelde en el tiempo, frente a los derechos de los vinculados a una actuación penal como posibles autores de ese acto punible, de que se les defina su situación dentro de un plazo razonable, determinado por el legislador, aspecto éste último que hace parte del núcleo esencial del debido proceso.

Por lo demás, una solución contraria llevará al despropósito de que no se pudiera trascender a la cosa juzgada en el evento de que el delito permanente no hubiera cesado en su ejecución por parte del acusado condenado.

Por lo anterior, en los delitos de rebelión, la no iniciación del término de prescripción sería viable, siempre y cuando no se haya dictado resolución de acusación contra el imputado. Cuando el procesado ya ha sido acusado, empezarán a correr los términos de prescripción de la acción penal en la forma señalada en el artículo 86 del Código Penal, esto es por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 idem, sin que en ningún caso pueda ser inferior a 5 años.

Así las cosas, en tratándose de un delito de rebelión en el que se inició la acción penal y se profirió resolución de acusación contra los posibles responsables, para efectos de la iniciación del término de prescripción de la acción ha de entenderse que el “último acto” es aquél ejecutado hasta antes de la fecha del cierre de la investigación, porque lo que se califica a continuación de él son los hechos que fueron determinados en la instrucción, sobre los cuales se pudo indagar al sindicado y se recolectaron las pruebas necesarias para proveer a la etapa subsiguiente, y por lo mismo los únicos posibles de concretar en la acusación, en sus circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Precisamente, el artículo 398-1 del actual Estatuto Procesal Penal (artículo 442-1 del anterior), trae como exigencia formal de la resolución acusatoria una “...*narración sucinta de la conducta investigada, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que los especifiquen*”. Desde el punto de vista legal es imperativo entonces que la acusación diga cuál es el hecho imputado, y cuáles son todas sus particularidades, pues sólo de esa manera se garantiza que la sentencia no pueda tener en consideración hechos que trasciendan esa delimitación.

Desde otro punto de vista, obsérvese que es la misma ley penal la que establece que a partir de la resolución de acusación corra un nuevo término de prescripción, que tiene como finalidad inherente el otorgamiento de un tiempo prudencial en el cual el Estado puede y debe realizar el respectivo juicio, y para el sindicado la concesión de una nueva oportunidad procesal para estructurar su defensa, contando tanto el uno como el otro con el expediente instruido por la Fiscalía y la calificación dada al mismo por ese organismo.

De allí que si la resolución de acusación se erige como el acto idóneo que justifica la interrupción de la prescripción de la acción penal, toda vez que su expedición demanda como presupuestos sustanciales la demostración de la ocurrencia del hecho y la existencia de serios elementos de juicio que comprometan la responsabilidad del procesado, surge claro que la contabilización del nuevo cómputo del término de prescripción de la acción penal para que se resuelva de manera definitiva la situación jurídica del implicado con arreglo a un debido proceso público y sin dilaciones injustificadas, no puede tener cortapisas de ninguna naturaleza, pues de mantenerse la indeterminación en la iniciación del término de prescripción de la acción penal se llegaría a consecuencias absurdas, entre ellas la imposibilidad de interrumpir con la sentencia una prescripción que nunca se comenzó a contabilizar.

Pero además, al demarcarse el señalado momento procesal como el punto que delimita los actos configurativos de la especie punible de que se trata en el caso concreto, nada impide que de seguirse proyectando la conducta constitutiva de rebelión después del cierre de la instrucción, se adelanten las investigaciones del caso contra los involucrados, porque frente a ese supuesto el término de prescripción no ha comenzado a transcurrir.

En otras palabras, cuando se dicta la acusación, se concreta y delimita el hecho objeto de la investigación, pues ejecutoriada aquélla no se podrá juzgar, en el mismo proceso, hechos o circunstancias futuras, sin perjuicio de que si con posterioridad a

dicha ejecutoria, el sindicato persiste en su conducta al margen de la ley, debe ser procesado por estar incurso en un nuevo delito, en la medida en que el Estado lo ha sometido a juzgamiento bajo el propósito de que se someta a los causes de la ley y ahí es donde encuentra asientos derechos fundamentales como el principio de congruencia, el non bis in idem y el derecho a la defensa. Porque no es el Estado el que se tiene que someter a la voluntad de quien delinque, sino a la inversa.

Fijado ese punto de concreción, se reitera, las futuras conductas recibirán tratamiento judicial similar, lo que en principio no sería posible con la tesis de la Sala mayoritaria, pues no hay un punto que delimite los actos de rebeldía ejecutados incluso hasta después de proferida la sentencia, lo cual lleva a una serie de interrogantes como, por ejemplo, ¿qué ocurre con la conducta realizada después de ejecutoriada la sentencia, si de acuerdo con la lógica planteada en la decisión de la cual me aparto, el mismo delito persiste en el tiempo indefinidamente? o si operada la prescripción de la pena, se extingue definitivamente para el Estado la posibilidad de perseguir los actos rebeldes ocurridos con posterioridad? o como es posible que opere la prescripción de la pena en relación con una conducta que se sigue ejecutando indefinidamente?

Como no encuentro una respuesta clara a estos interrogantes con la tesis mayoritaria, dejé sentado así mi disenso con la parte pertinente de la decisión.

-
1. Sentencia de casación del 25 de febrero de 2004, radicado No. 21.587, M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.
 2. Sentencia de casación del 12 de agosto de 1993, radicado No. 7504.
 3. Sentencia C-556 de 2001
 4. Sentencia de la Corte Constitucional C-176/94 M.P. Alejandro Martínez Caballero
 5. EISSEN, Marc André. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Editorial Cuadernos Cívitas. Madrid. 1985. pág. 95.
 6. Auto de colisión No. 20.161 del 21 de enero de 2003, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

CASO MUNICIPIO APARTADÓ (ANTIOQUIA)

Barrio de invasión “La Chinita”

M.P. Dr. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Radicado 19915 – 20 de junio de 2005

Homicidio agravado, tentativa de homicidio agravado y concierto para delinquir con fines terroristas

HECHOS:

(...) En la madrugada del 23 de enero de 1994, un grupo de personas presuntamente integrantes de las milicias de las fuerzas armadas revolucionarias de Colombia, Farc, ingresó al barrio de invasión La Chinita, del municipio de Apartadó, Antioquia, y disparó de manera indiscriminada contra sus habitantes, que se hallaban reunidos en un festejo popular. Como consecuencia de esta incursión armada, 35 personas perdieron la vida y otras 12 resultaron heridas (...).

1. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Delitos de ejecución permanente

La preocupación de la Corte en torno al tema de la prescripción de la acción penal respecto de delitos de ejecución permanente, no es de ninguna manera novedosa.

En reciente ocasión, al examinar el punto con relación al delito de fraude procesal, esta Corporación sostuvo:

(...) Precisado lo anterior se tiene que acerca del referido comportamiento punible esta Sala ha tenido oportunidad de precisar que se trata de un delito que si bien para su consumación no requiere de resultado alguno, es de carácter permanente, en cuanto comienza con la inducción en error al funcionario judicial o administrativo, pero se prolonga en el tiempo, en tanto subsista la potencialidad de que el error siga produciendo efectos en el bien jurídico, razón por la cual el término de prescripción comienza a contarse a partir del último acto.

En efecto, así se puntualiza, entre otras, en la siguiente decisión:

(...) puede tratarse de un delito cuya consumación se produzca en el momento histórico preciso en que se induce en error al empleado oficial, si con ese error se genera más o menos de manera inmediata la actuación contraria a la ley (...).

“Lo anterior, porque aunque el funcionario puede permanecer indefinidamente en error, al estar convencido que la decisión que tomó era la jurídicamente viable y la más justa de acuerdo con la realidad a él presentada, para todos los efectos jurídicos sean sustanciales o procesales, debe haber un límite a ese error, y este límite no puede ser otro que la misma ejecutoria de la resolución o acto administrativo contrario a la ley, cuya expedición se buscaba, si allí termina la actuación del funcionario, o con los actos necesarios posteriores para la ejecución de aquella, pues de lo contrario, la acción penal se tornaría en imprescriptible, lo cual riñe con el mandato constitucional al respecto^{1, 2} (...)”.

2. DELITO DE REBELIÓN

Prescripción de la acción penal: situaciones que acontecen cuando se presenta la captura del procesado.

Extinción de la acción penal

Respecto del delito de rebelión, en general, ha sido tesis reiterada de la Corte que como se trata de una conducta punible de ejecución permanente, el término de prescripción se contabiliza desde la perpetración del último acto, es decir, “desde que se deja de cometer”, de lo que ha concluido que, como se dijo en la sentencia del 18 de noviembre del 2004, radicado 20.005,

quien ha sido acusado de pertenecer a un movimiento rebelde, sin constancia alguna de que se haya separado de la organizaciónalzada en armas, no puede aducir que ha dejado de cometer el delito, criterio que ha sido reiterado en las decisiones de 14 de junio, 1° de agosto, 3 de septiembre y 7 de noviembre de 2002, radicados Nos. 16.411, 12.553, 16.815 y 14.144.

Y ello tiene su lógica en la naturaleza permanente de un delito que busca, teóricamente, el derrocamiento del gobierno nacional o la supresión del régimen constitucional vigente, que no permite determinar un límite final de la comisión del hecho, sino cuando los rebeldes obtienen su propósito o cuando hay prueba cierta de que se abandonó tal cometido.

Sobre esa realidad, quienes fundan o se alistan en una organización subversiva, lo hacen con propósito de permanencia, “puesto que la lucha para la obtención del poder político por la vía de las armas, no es una meta que pueda ser conseguida en un día, sino que por el contrario requiere de una actividad que en muchas ocasiones, las más de las veces, se prolonga

por muchos años, sin que las finalidades políticas últimas se puedan llegar a conseguir” (Sentencia de casación del 12 de agosto de 1993, radicado No. 7504). Por lo tanto, mientras la persona permanezca en el grupo rebelde, seguirá cometiendo el delito de rebelión de manera indefinida en el tiempo, razón por la cual en relación con los aquí procesados, respecto de quienes no hay constancia de que se hayan separado de la organización rebelde a la que se les demostró pertenecer, el lapso de prescripción de la acción penal no ha comenzado a correr.

(...)

3. Las decisiones reiteradas de la Corte quizás no han tenido en cuenta la incidencia que en cuanto a la continuidad de la conducta en el tiempo puede tener el hecho de proferirse en contra del rebelde una resolución acusatoria que alcance firmeza. La Sala, tras la prosecución de los exámenes que acaba de mencionar, precisa el punto.

Ciertamente, si lo que se pretende en el proceso penal es juzgar las conductas punibles a partir de la indagación que el ente instructor realiza de comportamientos cuya ejecución se inició obviamente con anterioridad, aunque continúe realizándose en el tiempo, investigación que se concreta en el doble acto de imputación fáctica -que compendia las circunstancias de tiempo, modo y lugar de comisión del hecho- y jurídica -que califica la conducta desde la normativa penal- contenida en la acusación, aún tratándose de delitos de ejecución permanente existe un límite a la averiguación, de manera que cuando se convoca a juicio al procesado su conducta posterior no podrá ser objeto de análisis ni de reproche en el mismo proceso sino, acaso, en otro diferente.

Que ese límite o momento cierto en el que el Estado define los términos del juzgamiento lo constituye la resolución acusatoria,

ya había sido señalado por la Corte cuando, a propósito del examen del principio de congruencia, anotó:

la resolución de acusación es acto fundamental del proceso dado que tiene por finalidad garantizar la unidad jurídica y conceptual del mismo, delimitar el ámbito en que va a desenvolverse el juicio y, en consecuencia, fijar las pautas del proceso como contradictorio. Por eso la ley regula los presupuestos procesales de la acusación (art. 438), sus requisitos sustanciales (art. 441) y su estructura formal (art. 442). Por eso también la ley, al regular la estructura de la sentencia recoge el concepto de acusación como punto de referencia obligado (art. 180 # 1, 3, 5, 7) y señala como vicio de la misma, demandable en casación, su falta de correspondencia (art. 220 #2)³.

En la misma providencia, precisó respecto de los delitos de ejecución permanente que

el límite cronológico máximo de la imputación es el de la acusación y por tanto la sentencia debe atenerse al mismo.

4. En consecuencia, como con la ejecutoria de la resolución de acusación se hace, por así decirlo, un corte de cuentas en el delito permanente que permite valorar el comportamiento ilícito que el procesado realizó por lo menos *hasta el cierre de la investigación*, se debe aceptar como cierto, aunque en veces sea apenas una ficción, que allí cesó el proceder delictivo y, en consecuencia,

- i) los actos posteriores podrán ser objeto de un proceso distinto; y,
- ii) a partir de ese momento es viable contabilizar por regla general el término ordinario de prescripción de la acción penal como que, en virtud de la decisión estatal, ha quedado superado ese

“último acto” a que se refiere el inciso 2º del artículo 84 del Código Penal.

5. Se afirma que por regla general, porque es factible que antes de esa fecha se realicen actos positivos que demuestren que cesó la ilicitud -verbigracia, que se haga dejación de las armas- o se aprehenda al rebelde, casos en los cuales en esas ocasiones, en principio, se debe entender cumplido el último acto de ejecución del delito permanente para efectos de la prescripción de la acción penal.

Que la captura constituye un límite temporal de la actividad delictiva, es conclusión que emana de la propia naturaleza de la medida restrictiva de la libertad, como que precisamente uno de los fines de la detención lo constituye, en términos del artículo 355 del estatuto procesal penal, impedir que el sindicado persista en la realización del comportamiento reprochable.

Resultaría un contrasentido que el Estado reduzca a prisión a una persona para hacer cesar la comisión de la conducta punible, pero al mismo tiempo el propio Estado reconozca que la medida no es eficaz porque por tratarse de un delito de ejecución permanente, el detenido sigue realizando actividades delictuales.

6. Relacionando entonces la regla general con la excepción que se derivaría del hecho de la captura, tres diversas situaciones podrían presentarse respecto de la prescripción de la acción penal en los delitos de ejecución permanente, como el de rebelión:

Una. Que la captura se produzca antes de la resolución de acusación.

Dos. Que la aprehensión ocurra después de proferida tal resolución.

Tres. Que no sea posible la privación de la libertad.

En el *primer evento* -captura anterior al enjuiciamiento-, el término de prescripción empezará a correr a partir de la fecha de la detención

física, pues ya el Estado ha asumido el control de las actividades que pueda desarrollar el sindicato al someterlo al régimen carcelario.

En este caso, el plazo se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación y se contabiliza de nuevo por la mitad del término sin que sea inferior a 5 años, conforme lo preceptúan los artículos 83 y 86 del Código Penal.

En las *otras dos circunstancias* -captura posterior a la acusación, o imposibilidad de aprehensión-, como con la ejecutoria del pliego que convoca a juicio se hace en todo caso inmodificable la imputación fáctica⁴, la valoración que aquella contenga se referirá siempre a los hechos realizados con anterioridad a la resolución que dispuso el cierre de investigación, cuya ejecutoria será el hito que marcará el inicio del plazo prescriptivo, que se podrá interrumpir cuando la resolución acusatoria adquiera firmeza

3. DERECHO DE DEFENSA MATERIAL

*Afectación cuando se impide al procesado
conocer la prueba que milita en su contra*

Ciertamente resulta inconcebible que, presentada la solicitud de vista del expediente por el señor ARCIA el 12 de diciembre de 1994 (fl. 86 C. 12), sólo después de cerrada la investigación el 3 de enero de 1995 (fl. 21 C. 13), el 18 siguiente se hubiera autorizado su examen para el día 30 (fl. 2 C. 14), oportunidad en la que —entre 9 a.m. y 12.30 p.m.- le “fueron prestados por este despacho tres cuadernos números diez (10) en un cuaderno copias, trece (13) c. copias y catorce (14) en un cuaderno original..”. (fl. 133 C. 14), cuando ya estaba próximo a vencerse el término del traslado concedido para entregar los estudios precalificatorios.

En esos cuadernos, de otra parte, no aparece prueba alguna que comprometa la responsabilidad del señor ARCIA, como que los

medios de convicción que se tuvieron en cuenta en las sentencias de primera y segunda instancias obran en los cuadernos “exreservado número 1”, y en los principales 2, 3, 4, 7, 8, 9 y 11, todos obviamente conformados antes del cuaderno 14, lo que implica que al procesado no se le permitió el estudio de la prueba que militaba en su contra.

Y, claro, si en la petición manifiesta que requiere “*se me conceda ver el proceso o Vista de expediente*, por cuanto quiero saber de que es que me acusan, por cuanto yo no he cometido nada” (fl. 86 C. 12) y únicamente se le presentan para su examen unos cuadernos en los que nada se dice de él, es evidente que la fiscalía lo sustrajo del conocimiento de su real compromiso en los hechos que se investigaban y le impidió el cabal ejercicio de su derecho a la defensa en los términos previstos por los artículos 29 de la Carta y 1º del Código de Procedimiento Penal entonces vigente, en particular en la modalidad de “controvertir las [pruebas] que se alleguen en su contra”.

Por lo tanto, se declarará la nulidad de lo actuado a partir del momento previo a la configuración del vicio, es decir, desde la resolución que declaró cerrada la investigación, inclusive. Es que, como es obvio, uno de los pilares del derecho a la defensa, el derecho a la autodefensa o defensa material, fue totalmente cercenado, precisamente por la justicia, llamada a preservar el derecho a la prohibición de la indefensión.

4. DERECHO DE DEFENSA

Ponderación entre los derechos de la sociedad a la convivencia pacífica, al orden justo y a la represión de toda expresión delictiva y los derechos de los procesados a ser tratados con dignidad

(...) la Sala ha expresado en múltiples oportunidades que la omisión transitoria de actos de defensa técnica puede constituir una

estrategia que, por lo mismo, no da lugar a la nulidad del proceso; que la falta de abogado durante algunos períodos de la actuación tampoco es motivo invalidante si posteriormente se tuvo posibilidad de remediar la inactividad defensiva; que la tramitación de un proceso en sede distinta de donde se halla privado de libertad el sindicado o del lugar de residencia del apoderado no afecta su validez; que el derecho de contradicción no se ejerce exclusivamente a través del conainterrogatorio de testigos; que la figura del testigo con reserva de identidad no implica, *per sé*, desconocimiento de garantías fundamentales, o que la tramitación de un proceso en la entonces conocida como jurisdicción de orden público o justicia regional no era en sí misma irrespetuosa de un proceso como es debido, conclusiones todas que la Sala ratifica hoy, resulta imperioso reconocer que la confluencia de todos esos factores y una inadmisibles e injustificables posturas frente a los derechos constitucionales que privilegia la obtención de resultados ‘positivos’ sobre el valor inalienable de la justicia, obligan a hacer una muy profunda reflexión que sopesa los derechos de la sociedad a la convivencia pacífica, al orden justo y a la represión de toda expresión delictiva, en contraste con los derechos de los procesados a ser tratados con dignidad, principio que resume todos los demás que por fortuna la civilidad ha construido y en cuya defensa –que es la lucha contra la arbitrariedad y el despotismo– todas las autoridades públicas, la judicial a la vanguardia, tienen que mantener permanente empeño.

No en vano el Estado se declara fundado ‘en el respeto de la dignidad humana’ (artículo 1º Constitución Política) y tampoco es casual que el primer artículo de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal consagre la dignidad humana como la primera de las normas rectoras de los respectivos estatutos.

Desde esta perspectiva, ninguna de las desafortunadas actuaciones de la fiscalía regional en este proceso puede mirarse de manera aislada, sino como parte de una totalidad que revela una determinada concepción sobre los derechos y garantías

fundamentales, que pugna en todo caso con el Estado social y democrático de derecho reconocido en la Carta Política.

5. DERECHO DE DEFENSA TÉCNICA

Prohibición de designar como defensor a un servidor público en indagatoria

(...) Semejante proceder no sólo resulta contrario a la prohibición que esa norma señalaba (“siempre que no sea servidor público”) sino que revela la total indiferencia por el derecho de defensa pues si algún servidor del Estado estaba inhabilitado en máximo grado para asumir el papel de apoderado en la indagatoria de una persona imputada de participar en unos hechos como los que se investigaban, era precisamente un miembro de las fuerzas militares a quien, para mayor burla de la justicia, se le impuso el deber de guardar la reserva del sumario.

Este hecho demostrado en el proceso, que no es de poca monta como tampoco es intrascendente que la fiscalía despachara precisamente desde las instalaciones de la brigada que combatía militarmente a los rebeldes que en este proceso se pretendía investigar, confirma la intuición del señor Procurador Delegado en el sentido de que los ciudadanos honorables que sirvieron como apoderados en este proceso eran personas vinculadas al Batallón Voltígeros como lo denunciaron los sindicados...

(...)

Ciertamente, que la fiscalía regional se encontrara ubicada en la sede de un batallón -como se desprende de toda la actuación, incluidas varias decisiones judiciales-, con indudable peligro para la autonomía e imparcialidad de los funcionarios judiciales, para el derecho humano que tiene el ciudadano a que su “juez” sea plenamente independiente, y también para la transparencia que

tiene que regir a la recta administración de justicia⁵, no puede servir de pretexto para desconocer los derechos fundamentales de los sindicatos a un proceso como es debido ni a la defensa técnica.

(...)

Así, a la irregular designación de personas honorables para apoderar en indagatoria a los sindicatos, se agrega como motivo de nulidad por violación del derecho a la defensa técnica el hecho de que durante buena parte de la instrucción -en algunos casos por espacio de hasta 9 meses después de la injurada- carecieron por completo de abogado, cuya presencia se produjo en la generalidad de los casos reseñados cuando ya se habían practicado todas o la mayor parte de las pruebas de cargo (...).

-
1. Providencia del 17 de agosto de 1995. M. P. Dr. Fernando Enrique Arboleda R., entre otras.
 2. Sentencia del 5 de mayo del 2004, radicado 20.013.
 3. Sentencia del 3 de noviembre de 1999, radicado 13.588.
 4. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 14 de febrero del 2002.
 5. Como ocurrió en este proceso, en el que el defensor de (...) y (...) le informó a la fiscalía que “los declarantes solicitados por la defensa no concurrirán a su despacho por absoluta falta de garantías” debido a que eran empleados del municipio de Apartadó y “unidades del ejército apostados en las cercanías de la Alcaldía Municipal en forma pública y manifiesta han señalado que “todos los funcionarios de la alcaldía son guerrilleros”.

CASO MUNICIPIO COLOMBIA (HUILA)**M.P. Dr. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO***Radicado 22698 – 9 de noviembre de 2006**Homicidio, terrorismo y rebelión***HECHOS:**

(...) El acontecer delictivo investigado tuvo ocurrencia durante los días 26 y 27 de enero de 2002, cuando se llevó a cabo una incursión guerrillera a varios sectores de la inspección de Potrero Grande en jurisdicción del municipio de Colombia –Huila-, donde miembros de las FARC efectuaron requisas e incendios a las casas y bienes de los habitantes y quitaron la vida con armas de fuego a varias personas: Elizabeth Molina Robayo, Rudi Lorena Rodríguez Cardoso, Yamile Rodríguez, María Grey Cardoso Solórzano, Medardo Cortés Orjuela, Mario Ariza, Albeiro Ariza y Angel Custodio Ballesteros, éstos últimos en un retén que en sitio cercano montó la guerrilla. Para la fecha del 27, se dio enfrentamiento entre los insurgentes y el Ejército, lográndose la aprehensión de Sandra Rivera Suárez miembro de la columna móvil 'Claudia Ramírez' de las FARC, a quien se le decomisó arma de fuego - pistola Bersa, calibre 9 mm No.09456- un proveedor y dos cartuchos del mismo calibre.

Levantadas las respectivas actas de inspección a los cadáveres (fl. 7 a 19), se allegó por parte del Ejército Nacional -Cuarta División Novena Brigada-, informe No.0154 del 29 de enero de 2002, en el que se da cuenta

de la aprehensión de Sandra Rivera Suárez (fl.24), elementos con base en los cuales una Fiscalía adscrita a la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario abrió formal investigación el 29 de enero posterior (fl.29) (...).

COAUTORÍA IMPROPIA

Coadyuvancia en la consolidación del resultado integral de la acción cumplida por la empresa criminal (grupo guerrillero)

(...) En realidad, acorde con las transcripciones que de las sentencias de primera y segunda instancia hizo la Corte precedentemente, es fácil entender que el grado de participación de la imputada no encontró el más mínimo reparo en las circunstancias que ahora pretende reivindicar el actor en esta sede.

En verdad, nada coadyuva en ese sentido que la incursión guerrillera se haya producido el 26 y 27 de enero de 2002 y que la procesada fuese capturada el día 28 en horas de la mañana, o que la muerte de las víctimas se calculase en esas fechas, o que, en fin, se le aprehendiera a escasa distancia de donde se conculcaron bienes y vidas.

Por el contrario, si se toma en cuenta la propia narración de los acontecimientos que hiciera en la indagatoria es más que elocuente su participación activa en desarrollo de la misma y la consiguiente imputación que de la totalidad de actos delictivos debía hacersele -según ocurrió-.

13. Como quedó reseñado en el fallo, la intervención delictiva de Sandra Rivera Suárez lo fue en la modalidad de coautoría impropia, en tanto esta forma de realización mancomunada de la conducta punible supone la participación de múltiples sujetos activos en el

delito cuyo actuar típico se consolida en la intervención colectiva de todos ellos y en desarrollo de un cometido común, es decir, que la ejecución punible se acomete con división de trabajo existiendo para el efecto un acuerdo de voluntades previo o coetáneo -expreso o tácito-.

Por lo tanto, es común a esta forma de participación criminal que en la producción del resultado típico los distintos intervinientes en la empresa criminal desarrollen cierta parte del trabajo delictivo, aun cuando la misma aisladamente valorada pareciera no subsumirse en el tipo penal respectivo, pues no se trata de verificar la realización material que cada cual en la proporción de su actuar lleva a cabo, sino en la medida en que coadyuva en la consolidación del resultado integral de la acción cumplida por todos.

14. En múltiples oportunidades la doctrina de la Sala ha tenido ocasión de sistematizar su pensamiento sobre este particular, resaltado cómo carece de cualquier seriedad jurídica en orden a la imputación que en estos casos debe hacerse por la integralidad de las conductas realizadas, que se pudiese tomar aisladamente el aporte material que cada uno de los copartícipes hace en desarrollo de la acción delictiva común a todos, cuando en su consecución se ha prestado la voluntad para la totalidad del devenir criminal.

Así, hubo la Sala de precisar lo al señalar cómo:

Resulta ilógico e injurídico responsabilizar a cada interviniente por la parcial tarea por él cumplida, lo que haría imposible la configuración de la coautoría impropia, ya que ésta emerge de un plan común, del dominio colectivo del suceso, de la distribución de funciones, cada una de las cuales es una pieza de la realización del resultado comúnmente querido, la que, como tal, no puede ser considerada aisladamente, pues podría aparecer como despreciable o ineficaz y, por ende, impune, y que solo adquiere relevancia en el

conjunto y con relación al plan criminal propuesto
(Cas. 11 925, 25 de abril de 2000).

15. Así las cosas se tiene que la aprehensión y juzgamiento de Sandra Rivera Suárez lo fue bajo la condición -no desvirtuada y menos negada- de ser integrante de las Farc, grupo armado al que se imputaron los hechos sucedidos entre los días 26 y 27 de enero de 2002, esto es, la incursión violenta a varios lugares de la Inspección Potrero Grande del Municipio de Colombia (Huila), en desarrollo de la cual se violentaron bienes, se incendiaron viviendas y se segó la vida de varias personas.

Pero, desde luego, dicha atribución de la conducta criminal en todo su censurable alcance, no le fue imputada por la simple pertenencia al grupo guerrillero, sino precisamente por cuanto -como la propia indagada lo indicó- de acuerdo con las órdenes de sus superiores, ella se desplazó desde Arauca, pasó por el Sumapaz, hasta el Departamento del Huila, con miras a conformar un grupo de 150 combatientes bajo la denominación de columna móvil “Claudia Ramírez”, no solamente prestando apoyo como enfermera -según adujo-, sino participando prevalida de un arma de fuego, proveedores y cartuchos para la misma, en la requisita a diversas viviendas en búsqueda de elementos que posibilitaran delatar a integrantes paramilitares, a quienes se supone venían a combatir – aun cuando lo que realmente se produjo fue una ejecución de mujeres y niños, en su mayoría-.

Como no puede ser comprendido de otra manera, su proceder, integrado al de la columna guerrillera a la que pertenecía, señala con claridad que asumió en esta incursión al Municipio de Colombia la totalidad de los atentados delictivos cumplidos por sus demás compañeros de acción, en forma tal que al tomar parte esencial en la misma participó así del designio colectivo del cual se derivó la realización de un concurso homogéneo y heterogéneo de conductas punibles, en los términos en que la sentencia hubo de declararlo.

**CASO MUNICIPIO SEGOVIA (ANTIOQUIA)
CORREGIMIENTO MACHUCA**

M.P. Dr. JAVIER ZAPATA ORTÍZ

Radicado 23825 – 7 de marzo de 2007

Homicidio, terrorismo, lesiones personales y rebelión

HECHOS:

(...) La horrorosa tragedia que informa el proceso, tuvo lugar el 18 de octubre de 1998, tal vez a las 12:30 de la mañana, en el humilde corregimiento de “Machuca” o “Fraguas”, situado en comprensión territorial del municipio de Segovia (Antioquia). Para golpear la infraestructura petrolera y con ello la economía nacional, varios guerrilleros adscritos a la compañía “Cimarrones” del frente “José Antonio Galán” del Ejército de Liberación Nacional (ELN), le colocaron un artefacto de gran poder detonante a la línea de conducción de crudos (petróleo) llamada “Oleoducto Cusiana-Coveñas”, produciendo la destrucción total del poliducto y el derramamiento del líquido en una considerable proporción. Justamente por haberse producido la explosión en la parte superior de una colina, el petróleo corrió por dos ramales para caer luego al río “Pocuné”, por cuyo cauce avanzó hasta llegar a la rivera del corregimiento, donde finalmente se produjo la descomunal conflagración que en minutos arrasó con buena parte de las viviendas y produjo una tragedia humana de incalculables proporciones: casi un centenar de muertos —entre niños, adultos y ancianos— y graves heridas por quemaduras a un número de aproximadamente treinta personas.

Aunque la investigación no pudo descubrir a los autores materiales del atentado criminal, el Fiscal instructor decidió empero vincular a ella, mediante emplazamiento y declaratoria en contumacia, a los tres jefes de la compañía “Cimarrones”, lo mismo que a los siete cabecillas o comandantes de la cúpula del denominado Ejército de Liberación Nacional (...).

DOLO EVENTUAL

Los directivos del ELN estaban en plena posibilidad de prever los resultados de los riesgos que crearon en Machuca, por la experiencia previa de ese grupo subversivo en otros atentados, que también arrojaron consecuencias funestas

8. Siendo, entonces, coautores los procesados, fue atinada la atribución a ellos, a título de dolo eventual, de los resultados fatales previsibles, como se hizo en la sentencia de primera instancia.

Desde la resolución acusatoria se hace evidente alusión a la responsabilidad por los daños no deseados a personas y bienes materiales, debido a que los directivos del ELN estaban en plena posibilidad de prever los resultados de los riesgos que crearon en Machuca, por la experiencia previa de ese grupo subversivo en otros atentados, que también arrojaron consecuencias funestas:

(...) de donde se infiere que sus integrantes, y lo que es más grave, sus más altos y connotados dirigentes, estaban en capacidad de avizorar el alcance de sus acciones, máxime cuando todas las circunstancias modales confluyen a cabalidad.

No se puede aceptar entonces que se esgrima ajenidad en los cargos respecto de los homicidios y lesiones personales múltiples, toda vez que no era la primera acción de la misma naturaleza adelantada en el mismo

sector, tal como lo evocan los sobrevivientes de la tragedia y la misma prueba documental que se trajo en las diligencias de inspección judicial. (Resolución acusatoria, folio 61 cdno. 10)

En la misma línea de argumentación, la sentencia de primera instancia se refirió -entre otros aspectos- a la volatilidad del combustible, a la facilidad de ignición por cualquier forma en la comunidad de Machuca, a la creación de los riesgos desaprobados, a la previsibilidad de las consecuencias y a que los subversivos nada hicieron por evitarlos; y acotó:

(...) tanto las muertes como los lesionamientos (sic) delimitados en el acápite precedente, les son atribuidos a sus autores en la medida que dichos efectos eran absolutamente previsibles.

(...) Es fácil concluir que la facción del grupo de izquierda ELN que llevó a cabo el acto terrorista, estando en plena capacidad de representarse el acto de riesgo en que colocaba la población de la Fragua o Machuca con la ejecución del mismo, lo aceptó, sin realizar esmero alguno por evitarlo; en tal virtud, les son atribuibles los resultados homicidas y lesiones que devinieron de su contra en la modalidad de dolo eventual (...). (Folio 327 cdno. 1)

Sobre la posibilidad de coautoría impropia por división del trabajo, aún en casos donde se atribuye dolo eventual, como era descrito en el Código Penal de 1980, en la sentencia del 18 de febrero de 2004 (radicación 17252), la Sala de Casación Penal precisó.

En efecto, la Corte ha sostenido y reiterado, de antiguo, que cuando varias personas conciertan libre y voluntariamente la realización de un mismo hecho (conducta) punible, con distribución de funciones en

una idéntica y compleja operación delictiva, de tal manera que cada uno de ellos ejecuta una parte diversa de la empresa común, todos tienen la calidad de coautores, por ello actúan con conocimiento y voluntad para la producción del resultado querido o por lo menos aceptado como probable.

9. Se colige, pues, que también desacertó el Tribunal Superior al descartar el dolo eventual en el presente asunto, al dejar de lado la coautoría por división del trabajo en la empresa delictiva común e invocar exigencias de un “nexo psicológico” para ligar a los jefes de grupos, cuadrillas e integrantes del COCE del ELN, con los resultados finales que produjo la voladura del oleoducto.

Con esa manera de pensar, el Ad-quem no columbró que la concreción de los riesgos generados en resultados lesivos -y por ende la comisión de delitos- pertenece a todos quienes crearon esos riesgos, como a sus autores; porque los previeron como posibles y, no empee, nada hicieron por evitarlos. (Dolo eventual como era concebido en el artículo 36 del Código Penal de 1980).

Es más, el presente caso, acaecido en vigencia del Código Penal de 1980, se observa que la voladura de oleoductos, como estrategia de combate abiertamente reconocida por el ELN, se materializa la mayoría de las veces a través de acciones terroristas. El atentado terrorista, que conlleva resultados colaterales que los autores no desean o que inclusive repudian, es la fuente más nítida para la adecuación del dolo eventual.

Obsérvese que, en este caso particular, frente a los cabecillas del ELN, no se trata de indagar cuáles eran las aspiraciones por las cuales dinamitaron la tubería, ni cuáles resultados perseguían, ni cuáles rechazaban por indeseables (nexo psicológico), sino de la atribución de esos resultados en la modalidad de dolo eventual, como lo concibe el artículo 36 del Código Penal de 1980, porque en su devenir terrorista es indudable que contaron con la posibilidad

de prever las consecuencias de los riesgos creados; y es evidente que aceptaron esos resultados, porque también es meridianamente claro que al desencadenarse un curso causal terrorista -como en el presente asunto, utilizando explosivos sobre un oleoducto- no se pueden controlar ex ante los eslabones causales subsiguientes.

En Machuca, una vez el petróleo crudo regado por la tubería atacada alcanzó el poblado, viajando por los caños repletos del hidrocarburo, ninguno de los implicados podía arrogarse el poder de controlar la marcha de la vida en ese corregimiento, hasta el punto de evitar la tragedia. Por el contrario, la conducta desplegada llevaba inmersa la aceptación del desastre previsto, porque ya lo habían contemplado como una realidad, comprobada en casos anteriores; esto es, muchas cosas que escapaban al control de los subversivos pudieron iniciar la conflagración, verbi gratia, el encendido de un fósforo por cualquier poblador, el contacto de los gases del hidrocarburo con la llama de una estufa casera, una chispa eléctrica, etc.

Por ello, se reafirma, los procesados son responsables a título de dolo eventual de la multiplicidad de homicidios y lesiones personales que diezmaron a los habitantes de Machuca, toda vez que aceptaron la tragedia previéndola al menos como posible (artículo 36 Código Penal, Decreto 100 de 1980).

CASO MUNICIPIO MAPIRIPÁN (META)

M.P. Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
Dr. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Radicado 25889 – 26 de abril de 2007
Homicidio, secuestro agravado, terrorismo,
y concierto para delinquir

HECHOS:

(...) Con el fin de tener una clara comprensión del contexto geográfico e histórico en que se dieron los dolorosos acontecimientos de este caso, encuentra la Sala necesario recordar que el municipio de Mapiripán es un territorio de 11.400 km², ubicado en el extremo sureste del Departamento del Meta a 530 kilómetros de distancia de Villavicencio. Para llegar a él, por vía terrestre se requieren aproximadamente nueve horas desde Villavicencio y un día y medio desde San José del Guaviare; por vía aérea, se requiere aproximadamente media hora desde este último lugar.

Igualmente, de acuerdo con los antecedentes consignados en la resolución de acusación proferida el 7 de abril de 1999 por un Fiscal Especializado de la Unidad Nacional de Derechos Humanos, para la época de los hechos el departamento del Meta era considerado como un importante productor de coca y amapola, así como poseedor de tierras fértiles para la ganadería y la agricultura.

Esa especial riqueza, atrajo a principios de la década de los años noventa a grupos de oposición armada,

quienes aprovechando la posición geográfica y el completo abandono institucional en que se encontraba la región, levantaron enormes plantíos de coca y amapola, fuente principal de financiación, sin dejar de lado la expansión territorial. Ello generó que se instalaran algunas guarniciones militares y bases antinarcóticos de la Policía Nacional.

Esa situación, que amenazaba con la expansión de los grupos guerrilleros, aunado a la importancia estratégica del área, atrajo, de otro lado, la intervención del grupo paramilitar de las Autodefensas Armadas de Colombia “AUC”, entonces al mando del reconocido jefe del estado mayor CARLOS CASTAÑO GIL, quien para el año de 1997 lanza una campaña armada para catalizar la acción de su enemigo, de donde surge la idea de realizar una incursión en la zona de Mapiripán, cuyos habitantes fueron declarados objetivo militar por el jefe paramilitar.

Para ese año, el municipio de Mapiripán se encontraba bajo la jurisdicción del Batallón “Joaquín París” de San José del Guaviare, el cual estaba adscrito a la VII Brigada del Ejército Nacional de Colombia, con sede en Villavicencio. Existía una tropa denominada Brigada Móvil II que estaba adscrita al Comando de Operaciones Especiales de Contra Guerrilla. En julio de 1997 la VII Brigada del Ejército estaba bajo el mando del General Jaime Humberto Uscátegui Ramírez, la Brigada Móvil II se encontraba al mando del Teniente Coronel LINO HERNANDO SÁNCHEZ PRADO.

En el sitio conocido como “El Barrancón”, cercano a los municipios de Charras y Mapiripán, se encontraba apostada la Infantería de Marina. La presencia de la Fuerza Pública se extendía al aeropuerto de San José

del Guaviare, controlada por el Ejército y la Policía Antinarcóticos. El Batallón “Joaquín París” se encontraba a cargo del aeropuerto.

En la tarde del 12 de julio de 1997, en el aeropuerto de San José del Guaviare, aterrizaron los aviones Douglas DC-3 HK 3993P y Antonov AN-32 HK 4009X con hombres fuertemente armados de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) de Córdoba y Urabá, provenientes de Necoclí y Apartadó (Antioquia), los cuales vestían prendas de uso privativo de las Fuerzas Militares.

Los paramilitares fueron transportados desde el aeropuerto en dos camiones tipo “reo” de los que usualmente utilizaba el Ejército, los cuales fueron autorizados para acceder a la pista ante una llamada efectuada por una persona que se identificó como oficial del Batallón “Joaquín París”. Los camiones se dirigieron a un paraje cercano a la llamada “Trocha Ganadera” que conduce al llano y selva adentro. En la carretera, se les unieron paramilitares provenientes de Casanare y Meta y desde allí, por vía fluvial, pasando por el sitio llamado “El Barrancón” –donde se encontraban las guarniciones militares de la Brigada Móvil II y la Infantería de Marina– continuaron su recorrido sin inconvenientes hasta Charras, en la orilla opuesta al río Guaviare, frente a Mapiripán. Durante el recorrido de San José del Guaviare a Mapiripán los miembros del grupo paramilitar transitaron sin ser detenidos por áreas de entrenamiento de las tropas de la Brigada Móvil II.

Al amanecer del 15 de julio de 1997, más de 100 hombres armados habían rodeado el municipio de Mapiripán por vía terrestre y fluvial. Enseguida tomaron control del pueblo, de las comunicaciones y

de las oficinas públicas y procedieron a intimidar a sus habitantes; permanecieron en esa localidad desde el 15 hasta el 20 de julio de 1997, y durante ese período impidieron la libre circulación, torturaron, desmembraron y degollaron aproximadamente a 49 personas, cuyos restos arrojaron al Río Guaviare.

Posteriormente, incursionaron en el corregimiento “La Cooperativa” del mismo municipio, y en ese lugar también dieron muerte, entre otras personas, a Agustín N., Raúl Morales, Jaime Pinzón y Álvaro Tovar Morales.

La fuerza pública llegó hasta el lugar después de concluida la masacre, el 22 de julio siguiente, cuando ya lo habían hecho los medios de comunicación.

En calidad de determinadores de la masacre, como también de las conductas de secuestro agravado, terrorismo y concierto para delinquir, se acusó a CARLOS CASTAÑO GIL, entonces jefe de las denominadas Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), Luis Hernando Méndez Bedoya, alias “Rene”, y en condición de autor material a JULIO ENRIQUE FLÓREZ GONZÁLEZ, además de otros, todos de la misma organización (...).

1. DERECHO DE DEFENSA TÉCNICA

*Cuando se alega mejor condición profesional o estrategia defensiva
Actitud pasiva del defensor*

La falta de asistencia técnica no puede edificarse a partir de una visión a posteriori elaborada por un nuevo defensor con fundamento en su orientación particular sobre aquello que habría podido ser la estrategia defensiva plausible, pues son múltiples y

variadas las posturas defensivas que en un momento determinado puede asumir el letrado, razón por la cual la simple diversidad de criterios del último defensor no logra constituir fuerza suficiente para censurar un proceso con base en la ausencia de defensa técnica¹.

No puede perderse de vista que la defensa técnica suele realizarse a través de actos de contradicción, solicitud probatoria, notificación, impugnación, postulación y alegación, que pueden ser ejercidos todos o algunos de ellos, o preferirse un control expectante de la actuación procesal, según los conocimientos, las circunstancias, el caudal probatorio recopilado, el estilo y la táctica que asuma el abogado, sin que optar por la actitud aparentemente pasiva constituya falta de ejercicio de las facultades de la defensa².

Por lo tanto, la actitud pasiva del defensor no es en sí misma indicativa de irregularidad, pues hay casos donde la mejor defensa puede ser dejar que el Estado asuma toda la iniciativa para el acopio de pruebas, al no convenir pedir las en cuanto se aprecie que perjudicarían al procesado; ni aparecer prudente recurrir, por el acierto o benevolencia del instructor o fallador. En tales casos, más vale al defensor asumir una posición expectante, como comportamiento estratégico que no puede tildarse de abandono³.

(...)

(...) el demandante no demostró que esa actividad defensiva fue en extremo precaria atendiendo la situación procesal del implicado. La discrepancia con la estrategia defensiva cumplida, bien sea respecto de los medios empleados, las tesis expuestas, la conducta procesal asumida o por los resultados obtenidos, como ya se dijo, no es por sí misma razón valedera y suficiente para fundamentar la violación del derecho de defensa del procesado, como lo pretende en este caso el recurrente.

2. CONCIERTO PARA DELINQUIR

Financiamiento del terrorismo: expedición de la Ley 1121 de 2006 responde a los requerimientos exigidos por los tratados internacionales

(...) ya la Sala en auto del pasado 7 de marzo del año en curso⁴, señaló que con la expedición de la Ley 1121 de 29 de diciembre de 2006, publicada al día siguiente en el Diario Oficial N° 46.497, el legislador quiso regular de una manera más técnica los comportamientos que tienen que ver con la financiación del terrorismo, con el fin de adaptarlos a las nuevas necesidades y requerimientos surgidos con ocasión de los compromisos internacionales adquiridos a través de la aprobación de tratados internacionales como el Convenio para la Represión de la Financiación del Terrorismo, aprobado mediante Ley 808 de 2003, operándose así un tránsito legislativo hacia nuevas disposiciones modificativas de las ya existentes, pero nunca una despenalización de alguna de las conductas consagradas en el citado apartado de la Ley 599 de 2000 –inciso 2° del artículo 340–.

Dijo la Sala, que al cumplimiento de ese cometido, y partiendo de la premisa de que en la Ley 599 de 2000 no existe un delito que penalice de manera autónoma la conducta de “organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley”, el legislador de 2006 quiso tipificar ese comportamiento como tal, conducta que entonces fue recogida en el artículo 16, modificatorio del artículo 345 del estatuto represor del año 2000, en los siguientes términos:

Financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas. El que directa o indirectamente provea recolecte, entregue, reciba administre aporte, custodie o guarde fondos, bienes o recursos, o realice cualquier otro acto que promueva, organice, apoye, mantenga, financie o sostenga económicamente a grupos armados al

margen de la ley o a sus integrantes, o a grupos terroristas nacionales o extranjeros, o a actividades terroristas, incurrirá en prisión de trece (13) a veintidós (22) años y multa de mil trescientos (1300) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (Se ha destacado).

Del mismo modo, agregé, con el fin de que el hecho de concertar la comisión de esta específica conducta quedara incluido como agravante del tipo penal descrito en el artículo 340 de la Ley 599 de 2000 *-concierto para delinquir-*, se reformó el inciso 2º del referido precepto, reemplazando las alocuciones “*o para organizar; promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley*”, por la modalidad conductual relativa al “*financiamiento del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas*”.

Aclaró entonces que lo que antes se denominaba “*Administración de recursos relacionadas con actividades terroristas*”, en la nueva normatividad pasó a denominarse “*Financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas*”, para incluir en el tipo de una manera que resulte omnicompreensiva, otras conductas compatibles o relacionadas con la actividad del financiamiento de actos terroristas que anteriormente no estaban descritas como delito autónomo, sino como circunstancias de agravación del concierto para delinquir, tal como se reconoce en la exposición de motivos al proyecto de Ley No. 208 de 2005 del Senado de la República, antecedente de la Ley que se examina, cuando al referirse al punto, expresó:

Resulta necesario introducir un cambio en las agravantes del artículo 340 del Código Penal, que tipifica la conducta del concierto para delinquir, para ajustarlo al nuevo tipo de financiamiento del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, toda vez que en la

actualidad no existe el delito de ‘...organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley...’ Por ello esta expresión se debe modificar por la del tipo penal que se contempla en el artículo 345 del Código Penal en los siguientes términos:

Artículo XXXX

Modifícase el inciso segundo del artículo 340 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 8° de la Ley 733 de 2002, el cual quedará así:

Artículo 340. Concierto para delinquir (...)

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato o conexos, financiamiento del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2.700) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En el marco de esas consideraciones, concluyó la Sala que el concierto para organizar, promover, o financiar grupos armados al margen de la ley, no fue suprimido del catálogo de delitos que contempla la nueva ley, sino todo lo contrario, esa conducta fue readecuada como comportamiento punible autónomo en el citado artículo 345, y su concierto, técnicamente calificado como circunstancia de agravación del concierto para delinquir en el artículo 19 de la Ley 1121 del 29 de diciembre 2006, con una pena mayor a la que señalaba el inciso 2° del artículo 340 de la Ley 599 de 2000, modificado por la Ley 733 de 2002.

Este fue el resultado que dentro del sistema produjo la reforma introducida a los artículos 340 y 345 del Código Penal, con la salvedad -aclaró la Sala- que si bien el verbo rector “armar” incluido en la disposición modificada del artículo 340, no se contempló expresamente en la descripción comportamental del artículo 16 de la nueva Ley 1121/06, modificadorio del 345 de la Ley 599/00, esa conducta queda subsumida en las acciones de proveer, entregar o aportar bienes a la organización armada ilegal.

-
1. Sentencia de casación del 22 de junio de 2000, radicado No. 12.297.
 2. Sentencia de casación del 21 de febrero de 2001, radicado No. 14.140.
 3. Ver, entre otras, sentencia del 29 de agosto de 2002, radicado No. 12.300.
 4. Radicado No. 26.922.

CASO CORREGIMIENTO LA GABARRA (NORTE DE SANTANDER)

M.P. Dr. AUGUSTO JOSÉ IBÁÑEZ GUZMÁN

Radicado 24448 – 12 de septiembre de 2007

Homicidio con fines terroristas y concierto para delinquir agravado

HECHOS:

(...) 1. Durante lustros, especialmente a partir de la década de los 80, cuando se inició la construcción del oleoducto Caño Limón-Coveñas, en la región del Catatumbo, de la frontera colombo-venezolana, hicieron presencia grupos insurgentes, inicialmente el denominado Ejército de Liberación Nacional, ELN, que posteriormente compartió el territorio con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, FARC, toda vez que el sector se convirtió en un corredor económico estratégico, por el paso de las vías del transporte de hidrocarburos y del río, la riqueza minera, y porque en los corregimientos de La Gabarra y El Tarra (Tibú, Norte de Santander) había florecido el cultivo de la hoja de coca y eran sitios que permitían el fácil acceso a Venezuela.

2. En el año 1999, de manera pública, el jefe de las denominadas Autodefensas Unidas de Colombia, AUC, Carlos Castaño Gil, anunció la llegada de un contingente de sus hombres, con la finalidad de “recuperar la zona” y dar muerte a todos los “colaboradores de la guerrilla”, amenaza que se concretó y desde entonces fueron frecuentes los asesinatos y la intimidación a la población, lo que desencadenó su desplazamiento, incluso hasta el

país vecino. Igualmente avisó que incursionaría en La Gabarra.

3. Aproximadamente a las 8 de la noche del 21 de agosto de 1999, un número indeterminado de hombres armados, que se transportaban en vehículos, vestían prendas de uso restringido de las fuerzas armadas y uniformes azules y portaban insignias de las AUC, hicieron presencia en La Gabarra, por espacio aproximado de dos horas recorrieron sus calles, cantinas, billares, hoteles, residencias y, de manera selectiva, con lista en mano, causaron el deceso a cerca de 27 personas.

Como el grupo ilegal había hecho público su plan delictivo y varias entidades y autoridades denunciaron la previsible “toma” de La Gabarra, para proteger a la población y velar por el orden público había sido designado un contingente del Ejército Nacional al mando del entonces teniente Luis Fernando Campuzano Vásquez.

El oficial no salió en defensa de la ciudadanía, se quedó en la base militar y explicó que ello obedeció a que en el mismo momento en que ocurría la masacre, fue objeto de un ataque, que lo obligó a su defensa y le impidió dejar el lugar.

Sin embargo, varias personas afirmaron que tal acto agresivo no ocurrió o que fue simulado. También indicaron que previo a la incursión armada, el teniente había quitado el retén permanente que tenía instalado y omitido los controles normales, lo que habría permitido el ingreso de los delincuentes. Además, que había una connivencia previa y habitual de los militares con estos, a quienes se permitía su accionar en la región, con la instalación de retenes y patrullajes ilegales frecuentes, que no merecían reparo ni repulsa de la fuerza oficial.

Por esas circunstancias se dispuso la vinculación de Campuzano Vásquez.

Las víctimas respondían a los nombres de César Arturo Quintero, Evelio Quintero Suárez, Liznel Grimaldo Ortiz, Juan José Molina Barrera, Víctor Julio Muñoz Daza, José Benedicto Duarte Bermúdez, Lercer Vargas Alvis, Alfonso Mejía Bonilla, Orlando Morales Rodríguez, Humberto Quintero Santander, Eugenio Marín Bedoya, Elizabeth Umbarila Laguado, José Alfonso Cagua Garcés, John Jairo Romero Roa, Eulogio García Ruiz, Humberto Becerra, Gabriel Ángel Ortiz Rodríguez, José Joaquín Losada Espinosa, Yolanda Stella Sánchez, Alfonso Rojas Rozo, José Guillermo Serrato Hernández, Ramiro Rojas Medina, Pedro Cadena Peñalosa y cuatro hombres más sin identificar.

El 24 de agosto, una comisión interinstitucional, integrada por delegados de la oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, del Ministerio del Interior y de Justicia, de la Fiscalía General de la Nación, de La Procuraduría General de la Nación, de la Defensoría del Pueblo y de una organización no gubernamental dio cuenta de un total de 29 víctimas: 21 en el área urbana y 8 en la vereda Caño Lapa, ubicada en el kilómetro 42 (...).

1. TESTIMONIO

Apreciación probatoria del testimonio de la víctima

La reseña de lo que objetivamente dicen estas pruebas, evidencia que asiste la razón a los recurrentes y al Ministerio Público, porque la decisión de las sentencias de instancia, proferidas en el mismo sentido, esto es, que conforman una unidad, de negar eficacia a los declarantes, a partir de concluir que se trataba de “testigos de oídas”, se aparta de la verdad, es decir, distorsionó su contenido real.

La mayoría de los testigos, si no todos, especifica con claridad hechos que percibieron directamente y aquellos que les fueron “comentados” por personas no identificadas, pero unos y otros aparecen deslindados con suficiencia.

La lectura tergiversada de la prueba testimonial llevó a los jueces a delimitar los hechos del juicio en contra de los lineamientos de la acusación y de lo afirmado por los testigos, pues para los fallos la imputación se infirió a partir de lo sucedido el día de la masacre, cuando la realidad muestra que la investigación, la acusación y el juicio, si bien versaron sobre esa situación (a partir de la cual se estructuró el cargo por los homicidios), también lo hicieron sobre eventos anteriores y posteriores, desde los cuales se concretó la sindicación por la connivencia con el grupo armado ilegal, esto es, el concierto para delinquir.

De entrada, entonces, fueron distorsionados los medios de prueba y la acusación, pues se los circunscribió a lo acaecido el 21 de agosto, cuando unos y otros se pronunciaron no exclusivamente por ese aspecto fáctico, sino también por otros.

(...)

Los jueces no sólo desconocieron esos aspectos, puestos de presente por pruebas directas, porque fueron descritos por testigos que los presenciaron, sino que para deslegitimarlos, para restarles eficacia, acudieron a expresiones genéricas, como que tenían interés porque parientes suyos habían sido víctimas de la masacre, o personalmente habrían recibido heridas; que tenían animadversión en contra del Ejército y que el horror de lo padecido los llevaba a tergiversar lo acaecido.

De resaltar es que ese análisis resulta sesgado, pues que el mismo rasero no fue aplicado cuando se trató de criticar los testimonios de soldados y oficiales aportados en respaldo de la tesis exculpativa, pues independientemente de la confiabilidad o no de estos, era un

deber del juzgador valorar aspectos como la “solidaridad de cuerpo”, propia de instituciones militares, y, respecto del mayor (...), quien corroboró que un ataque a la base militar impidió al teniente (...) acudir en apoyo de la población civil, que precisamente estaba siendo investigado penalmente por similares hechos, acaecidos en Tibú días anteriores, y en donde (...) presentó idéntica explicación.

Ese razonamiento global, además, vulnera la sana crítica, en tanto solamente algunos de los declarantes ((...), (...), (...) o (...), (...), (...), (...)) tenía nexos de parentesco con personas masacradas, o sus parientes o personalmente recibieron disparos en sus cuerpos, circunstancias que, en la línea del razonamiento de las instancias, apuntaría a que los demás testigos habrían relatado la verdad.

Pero es que el nexo con los afectados, como la residencia en el lugar del acontecimiento, no puede ser parámetro único, como lo tuvieron los jueces, para apreciar la credibilidad de un testimonio. En el contexto propuesto, resultaría imposible determinar lo realmente acaecido en espacios exclusivos como las cárceles o establecimientos de prostitución, por citar algunos ejemplos, en donde evidentemente los testigos de lo acaecido tienen que ser los delincuentes, las prostitutas y sus clientes, personas que, por regla general, no serían “santas”.

Por el contrario, en supuestos como el investigado resulta incontrastable que quienes estaban en mejores condiciones para percatarse de lo acaecido eran precisamente los pobladores, las personas arraigadas en la región, máxime que los hechos no se concentraron exclusivamente al día en que se causaron las muertes, como así quisieron entenderlo equivocadamente los juzgadores, sino a días antecedentes y posteriores a esa situación.

Nótese cómo, en los tópicos resaltados, los testigos expresan que determinados acontecimientos fueron presenciados, observados,

percibidos personalmente por ellos. Esta circunstancia permite inferir fundamentalmente la sinceridad de los relatos, porque, como contrapartida, en punto de la participación del acusado en la ejecución de las muertes, los mismos declarantes no aventuran expresiones de percepción personal, sino, ahí sí, solamente alusiones a “me comentaron, la gente decía, se rumoraba”.

La confrontación de las dos posturas permite concluir, con el sentido común, que en los apartes en donde se afirmó la observación personal, se narra la verdad, pues, por oposición a la conclusión de los fallos, si los relatos estaban animados por la finalidad de causar daño al Ejército en general, y al procesado en particular, esa lógica comportaría que en punto de la ejecución de los asesinatos igualmente se hubiese descrito haber visto directamente la participación del oficial en esos actos.

En punto de la supuesta inclinación de los pobladores en contra de los soldados, basta referir, para demostrar la ausencia de base probatoria en respaldo de tal tesis, el caso de la corregidora Magnolia del Socorro Delgado Salazar, quien aparte de esa pretendida animadversión natural, tendría motivos adicionales para mentir, como que un familiar suyo fue muerto por las AUC y sufrió amenazas directas de muerte por parte de la agrupación ilegal.

No obstante esas circunstancias, es el propio acusado quien, en sus descargos, se pronuncia en buenos términos de la declarante, al describir la realización conjunta y cordial de diversas tareas en el área, esto es, que, descartada la supuesta antipatía, no tendría motivos para faltar a la verdad.

Sobre la misma testigo, cabe precisar que la común ocurrencia de las cosas muestra como normal que, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que los hechos fueron cometidos, en un comienzo, en su primera intervención procesal, se hubiese abstenido de narrar lo acaecido, pues el miedo ante eventos tan crueles y aberrantes es

una reacción apenas natural. Además, ni siquiera los militares en general y el acusado en particular ponen en tela de juicio su función preponderante en el poblado (era la corregidora, esto es, la primera autoridad civil), circunstancia que la hacía testigo por excelencia de mucho de lo acaecido. Tanto ello es así, que fue la encargada del levantamiento de los cuerpos acribillados el día anterior a la masacre.

El expediente es pródigo en la demostración del terror causado en la población, al extremo de haber sufrido un desplazamiento forzado, incluso hasta Venezuela, con la consecuencia natural y obvia de su negativa a rendir testimonio. En este contexto, resultan significativas, dignas de confianza, las declaraciones de quienes vencieron el temor, las que válidamente se puede inferir coinciden con la verdad.

Desde otra óptica, se ratifica la confiabilidad de las versiones señaladas cuando otros elementos de juicio, no controvertidos y provenientes, algunos de ellos, de las mismas fuentes militares, han ratificado que aspectos narrados por los declarantes coinciden con la verdad, como los anuncios públicos de las AUC sobre que “se tomarían” La Gabarra, que tal situación –por oposición a los descargos- era de pleno conocimiento del Ejército y del teniente acusado, que éste sabía de la presencia de las AUC y que su obligación, establecida por los mandos del Ejército, era proteger a la ciudadanía.

2. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD RESPETO IRRESTRICTO A LOS DERECHOS HUMANOS CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

Precisiones conceptuales de dolo, dolo específico, dolo eventual, connivencia y aquiescencia

En el marco de los valores y principios que resalta y pone de presente el Estado Social de Derecho, así como en atención a la tutela y respeto irrestricto de los Derechos Humanos, al deber de cumplir y hacer cumplir los compromisos internacionales, en

especial, los relacionados con el Derecho Internacional Humanitario, resalta, en primer orden, la constitucionalización del Derecho Penal¹ y, por tal vía, la aplicación e interpretación de las normas conforme a los mandatos de los instrumentos internacionales ratificados por Colombia², que conforman el comúnmente llamado ‘Bloque de Constitucionalidad’³. En consecuencia, el debate sobre el dolo, el dolo específico, el dolo eventual, la connivencia y la aquiescencia, no deja de llamar la atención en la hora actual de la globalización e impone la obligación de guardar el estándar internacional.

Desde luego, en el marco del compromiso internacional, no solo lo que se considera opinión general, sino la doctrina y, por supuesto, la jurisprudencia interna e internacional toman especial nota, a más de tratar de desarrollar y precisar dichos conceptos, aparentemente noveles.

Así las cosas, se inicia la reflexión con el significado de los vocablos *connivencia* y *aquiescencia*; el primero, la “connivencia. (Del lat. connivent-a). 1. f. Disimulo o tolerancia en el superior acerca de las transgresiones que cometen sus subordinados contra las reglas o las leyes bajo las cuales viven. 2. f. confabulación”⁴; mientras que el segundo “aquiescencia. (Del lat. acquiescent-a). 1. f. Asenso, consentimiento⁵.

La aquiescencia, esto es, la confabulación, el consentimiento, es la base de las referencias que en comentarios y recomendaciones se han realizado. Al canto, algunas de ellas:

(i) la postura de algunas Organizaciones no gubernamentales – ONG–, Amnistía Internacional, Informe 1998, que abarca el periodo comprendido entre los meses de enero y diciembre de 1998⁶; y, en el Informe de 2007, donde nuevamente se relatan hechos análogos⁷; la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), 2004⁸; (ii) en las Naciones Unidas: Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias

del 55 periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/1999/62 -1981-⁹; y, en 2004, Extractos de los informes de los mecanismos temáticos de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*. COLOMBIA, 2004. Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias ¹⁰; (iii) en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA. CAPÍTULO IV continuado 5, VIOLENCIA Y LA VIOLACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. 1999¹¹; y, (iv) en la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹².

No otro es el sentido legal y jurisprudencial. Veamos varias citas: en la Ley 409 de 1997 (octubre 28), Diario Oficial No. 43.164, de 31 de octubre de 1997. Por medio de la cual se aprueba la “Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura”, en los artículos 2° y 3° se ordena:

Artículo 2o. Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente, por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

Y, en el Artículo 3o. se manda: *Serán responsables del delito de tortura: a) Los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan; b) Las personas que a instigación de los funcionarios*

o empleados públicos a que se refiere el inciso a) ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices.

En el control constitucional se precisa:

Una interpretación exegética de la norma transcrita, lleva a la siguiente conclusión: de conformidad con el texto de la Convención, el delito de tortura sólo podrá predicarse del Estado, que incurrirá en él a través de sus agentes o funcionarios, o de particulares instigados a cometerlo por aquéllos; (...) Ahora bien, teniendo en cuenta que, como lo señaló esta Corporación, en esta materia nuestro ordenamiento superior y la legislación que lo desarrolla, “son incluso más amplios que los instrumentos internacionales suscritos por nuestro país”, y que el derecho internacional es norma mínima que se integra a la legislación interna, la Corte no encuentra en las disposiciones estudiadas, desconocimiento o violación de ningún precepto constitucional”¹³.

ii) en la Ley 707 del 2001 (noviembre 28), Diario Oficial No 44.632, de 1 de diciembre de 2001. Por medio de la cual se aprueba la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas”, hecha en Belém do Pará, el nueve (9) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994), se ordenó en el artículo 2°:

Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide

el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

En el control constitucional manda:

El artículo 2 define la desaparición forzada como una privación de la libertad de una o más personas, con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, en la cual, independientemente de su forma, no se da información sobre su paradero, se niega el hecho o no se informa sobre la ubicación de la persona, impidiéndole ejercer sus recursos y garantías legales. En relación con esta definición es necesario que la Corte se detenga sobre diversos aspectos. (...) la consagración explícita de unas categorías de sujetos activo “agentes del Estado... personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del estado” está encaminada a determinar el alcance mínimo de la obligación internacional de los Estados partes de tipificar el delito de desaparición forzada, pero no repercute directamente sobre la responsabilidad penal de los individuos. Por lo tanto, desde este punto de vista, el artículo 2º es constitucional (...)”¹⁴.

iii) No otro es el sentido del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Veamos:

Corte Penal.

Su control constitucional.

4.5.2.4 Elemento de intencionalidad.

El artículo 30 del Estatuto de Roma regula el elemento de intencionalidad que, por regla general, debe estar presente en el actor tratándose de los crímenes establecidos en el Estatuto. Dado que se trata de crímenes de extrema gravedad sancionables igualmente con penas privativas de la libertad e incluso

con la reclusión de por vida, el Estatuto fija los estándares más altos de culpabilidad: los elementos materiales del crimen deben ser cometidos, salvo disposición en contrario, con “intención y conocimiento. (Schabas, W. Principios generales del derecho penal, p. 302).

Establece el Estatuto al respecto:

Artículo 30 Elemento de intencionalidad

1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento.

2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:

a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;

b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

3. 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.

El Estatuto de Roma establece como regla general el dolo como elemento de la imputación subjetiva para la determinación de la responsabilidad penal. Según el Estatuto, actúa dolosamente quien “actúa con intención y conocimiento”. La norma exige la presencia de dos elementos: uno volitivo (la intención) y otro intelectual (el conocimiento). La intención se refiere o bien a la conducta o comportamiento incriminado o bien a la consecuencia provocada.

Para que haya intención respecto de la conducta la persona debe proponerse incurrir en el comportamiento prohibido; por su parte, la intención referida a la consecuencia se da cuando la persona se propone causar el resultado o es consciente de que éste se producirá en el curso normal de los acontecimientos. 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”¹⁵.

Dado el grado de culpabilidad exigido en el Estatuto, se plantea el problema de precisar el ámbito de aplicación de su artículo 30.

En primer lugar, la Sala recuerda que la competencia de la Corte Penal Internacional es meramente complementaria (artículo 1 y 17). Por ello, es el Estado colombiano el primer titular del deber de protección, no dicha Corte.

Además, la Constitución no establece un criterio único de imputación subjetiva. Si el legislador puede establecer diversas concepciones y definiciones de los elementos de imputación subjetiva, también puede hacerlo un tratado. Y ello es precisamente lo que hace el Estatuto de Roma en relación con el elemento mental.

Dada la gravedad de los crímenes sobre los que la Corte tiene jurisdicción, el Estatuto de Roma adopta, con algunas excepciones expresas como la consagrada en su artículo 28, un parámetro bastante exigente respecto de la intencionalidad. El crimen debe haberse cometido con “intención y conocimiento”.

Algunas de las excepciones al *mens rea* del artículo 30 y que colocan un parámetro de culpabilidad menos exigente son precisamente las referidas a la responsabilidad de los jefes y otros superiores (artículo 28), o, en algunos de los crímenes de guerra (artículo 8. 2 literal b) vii) Estatuto de Roma).

El ‘Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional’ sigue la línea adoptada por muchos países, entre otros Colombia¹⁶, en punto del ‘Sistema de Derecho Penal de Acto o de Hecho’, por lo tanto se observa y aplica el principio de culpabilidad y en sede de ésta, en punto de sus formas, reconoce y regula solamente el dolo; o la estructura del delito intencional, para aparejar otras formas de manejo dogmático.

El planteamiento se deriva de la simple lectura del artículo 30 del ‘Estatuto’, arriba transcrito.

De la estructura encontrada y regulada por el ‘Estatuto’, surge la inclusión del dolo eventual dentro de este marco del dolo, ceñido a la realización directa, mediata del hecho, en coautoría, por acción u omisión y, en fin, en el caso de la aquiescencia.

Fijar una estructura total y rígida no es posible; ello será trabajo de la Corte Global.

Y siguiendo con los documentos internacionales, tenemos que en la Recomendación del Consejo Económico y Social, sobre los ‘Principios Relativos a una Eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o sumarias’, contenida en la Resolución 1989 de 24 de mayo de 1989, se tiene¹⁷:

b.1) De las recomendaciones:

(...)

No podrán invocarse para justificar esas ejecuciones circunstancias excepcionales, como por ejemplo, el estado de guerra o de riesgo de guerra, la inestabilidad política interna ni ninguna otra emergencia pública. Esas ejecuciones no se llevarán a cabo en ninguna circunstancia, ni siquiera en situaciones de conflicto armado interno, abuso o uso ilegal de la fuerza por

parte de un funcionario público o de otra persona que actúe con carácter oficial o de una persona que obre a instigación, o con el consentimiento o la aquiescencia de aquélla, ni tampoco en situaciones en las que la muerte se produzca en prisión. Esta prohibición prevalecerá sobre los decretos promulgados por la autoridad ejecutiva.

Tal prohibición implica un control a los miembros de la fuerza pública y a quienes tienen la función de custodia de las personas (# 2).

En la “Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes” adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión en Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, se tiene¹⁸:

1.) Aspectos Generales.

(...)

g.2) Conceptos y alcance.

De la tortura y la utilización de un umbral mínimo (artículo 1°).

1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o

aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.

Define la ‘Desaparición Forzada’. Para la Convención consiste (artículo II)¹⁹:

Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

La “Desaparición Forzada de Personas”²⁰, encuentra antecedente y fuente tanto a nivel multilateral como regional; esta figura es también precisada en el segundo numeral del artículo 7º del ‘Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional’, como pasamos a transcribir:

Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

(...)

La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia no ha sido ajena al tema. Es pertinente resaltar como antecedente de gran interés la sentencia de casación número 18.499, del 25 de octubre de 2001 –Caso Segovia-, en donde se destacan circunstancias similares y, sin duda, se reconoce la situación de abandono de la población civil, sin que por ello se afecte el juicio valorativo probatorio, toda vez que se observa la aquiescencia, la connivencia y la intención de desatender el deber de protección. En esa oportunidad, puntualmente se dijo:

A pesar de la pretensión del censor de no poderse creer en las declaraciones de quienes, como éste último, aseveraron haber observado a su defendido la noche de los hechos, aduciendo que no pudieron verlo porque llovía mucho y había tormenta eléctrica, no logra desvirtuar lo apreciado por el Tribunal como otro fundamento de la condena, al haber tenido la oportunidad esos testigos de observarlo cerca, mientras otros, de oídas, escucharon que lo habían visto esa noche. Así sea palmario que se disminuya la visibilidad en la noche, no porque además haya tormenta se elimina la posibilidad de apreciar lo que ocurre alrededor, menos en distancias cortas y cuando, ante la magnitud de la tragedia que se desarrollaba, se agudiza la perceptibilidad.

3. DOLO EVENTUAL

Conceptualización en el marco del derecho penal internacional

La Corte concluye, en consecuencia, que sobre la participación del procesado en los homicidios cometidos, la incertidumbre fue despejada, en el entendido que tácita y expresamente permitió que las AUC actuaran como a bien tuvieran, como lo venían

anunciando, y se comprometió, y así lo hizo saber, a no combatirlos y a dejar que hicieran lo que quisieran con la población civil, porque “el que la debe, que la pague”.

Los antecedentes conocidos del grupo criminal y sus manifestaciones públicas de que se “tomarían La Gabarra” para matar a los ciudadanos por ser guerrilleros o colaborar con la subversión, ejecutando previamente muertes selectivas para dar validez a las amenazas, son circunstancias que permitieron al oficial procesado conocer con antelación la comisión de los múltiples homicidios, no obstante lo cual hizo expresa su intención, finalmente cumplida, de no defender a los civiles y de no combatir al grupo ilegal.

Es claro, entonces, que con conciencia y voluntad coonestó esas acciones y su contribución a tal resultado consistió en esos actos concretos.

Por tanto, esa consecuencia debe serle imputada a título doloso, como que por todos los medios fue enterado, sabía, de la masacre por venir y no hizo nada para evitarla, siendo ese su deber constitucional y legal.

Esta imputación coincide con los estándares internacionales. Así, en relación con el artículo 30 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, se tiene dicho que en punto del “resultado” o la “consecuencia” de la conducta, hay lugar a deducir dolo, así:

(...) deben serle imputados al autor los resultados intermedios o secundarios necesarios para el resultado final, que sean prácticamente seguros (“a virtual certainty”) y que no se basen en un acontecimiento fuera de lo normal (“wholly improbable supervening event”). Por ejemplo, si el autor hace saltar por los aires una aeronave para obtener la suma del seguro (objetivo final), entonces se corresponde con el “curso

normal de los acontecimientos” que también mueran allí los pasajeros (resultado intermedio o secundario).

*Para la imputación basta por tanto con el conocimiento de la producción del resultado fundado en la experiencia general de la vida; el conocimiento necesario es objetivado por medio del criterio del “curso normal de los acontecimientos”. Tales consecuencias secundarias pueden considerarse también como “queridas”, porque el autor cuenta con seguridad con su producción. En todo caso, con esto se exige más que el *dolus eventualis*, pues allí el tener seriamente por posible la producción del resultado se funda en una base fáctica insegura, mientras que aquí se puede partir de un modo relativamente seguro de la producción del resultado. Este criterio se corresponde más bien con el propuesto en Noruega y Finlandia de la “conciencia” de “que la acción realice con seguridad o con alta probabilidad (‘*sikkert eller mest sansynlig*’) los elementos del tipo”. También habla de considerar suficiente el dolo eventual el hecho de que tal concepto había sido suprimido ya antes de la Conferencia de Roma²¹.*

Sobre “el elemento intencional”, en el marco del derecho penal internacional se tiene dicho, en traducción libre:

XI. Artículo 30. Elemento de intencionalidad²².

Este artículo fue, en principio, uno de los temas de mayor dificultad en el debate, por las diferencias conceptuales entre los sistemas legales (“dolo eventual” contra “probable necesidad”, “imprudencia temeraria” contra la “negligencia temeraria”), pero finalmente resultó bastante fácil llegar a un acuerdo. El texto definitivo está basado en un anteproyecto Canadiense.

Otra dificultad la encontramos en el enlace del “elemento mental” y el “elemento material”, y en el asunto relacionado con el rol que jugaría la omisión en el “elemento material”. Este tema se resolvió reemplazando “acto u omisión” por “conducta”. Se entendió que la cuestión relacionada con la omisión sería resuelta junto con la propuesta de un artículo especial sobre “actus reus”, proposición que posteriormente fue abandonada.

El único tema que realmente faltó abarcar sobre el “elemento mental” durante la Conferencia de Roma, fue el de evaluar la necesidad de definir la “imprudencia temeraria” (o de algún concepto similar). Allí se acordó que, en principio, todos los crímenes de competencia de la Corte requerirían intención y conocimiento, salvo que específicamente se previera lo contrario. Después, se señaló que la palabra “imprudencia temeraria” no aparecía por ninguna parte en la definición de crimen, y se acordó que era innecesaria. El artículo entonces fue adoptado.

Debía adicionarse, sin embargo, el concepto de “imprudencia temeraria”, aunque no el término en sí mismo, existe en el artículo 28 del Estatuto de Roma, que fue negociado después del artículo 30^{23, 24}

Desde luego que no se trata de aplicar un instrumento que para la fecha de los hechos no se encontraba vigente. Lo que se quiere significar es que la disposición del dolo, como dolo eventual y, que aplicamos en el derecho interno, coincide con el estándar antes señalado.

En las condiciones dichas, se demuestran, con grado de certeza, los tipos objetivo y subjetivo del homicidio agravado por haberse cometido con fines terroristas, que la acusación ubicó en los artículos 323 y 324 del Código Penal de 1980, que rezan:

Artículo 323. Modificado por la Ley 40 de 1993, artículo 29. Homicidio. El que matare a otro incurrirá en prisión de veinticinco (25) a cuarenta (40) años.

Artículo 324. Modificado por la Ley 40 de 1993, artículo 30. Circunstancias de agravación punitiva. La pena será de cuarenta (40) a sesenta (60) años de prisión, si el hecho descrito en el artículo anterior se cometiere: (...)

8. Con fines terroristas (...).

En aplicación del principio y derecho constitucional fundamental de la favorabilidad, deben aplicarse retroactivamente los artículos 103 y 104.8 del Código Penal del 2000, Ley 599, que dejan los topes de 25 a 40 años. Estas conductas se cometieron en concurso homogéneo y sucesivo, en los términos del artículo 31 del Estatuto penal, como que con cada muerte se recorrió en su integridad el tipo penal del homicidio”.

4. CONCIERTO PARA DELINQUIR

Asociación para conformar grupos de justicia privada

La acusación ubicó la conducta de concierto, por la que se ha de condenar, en el artículo 2° del Decreto 1194 de 1989, recogido como permanente por el artículo 6° del Decreto 2266 de 1991, que fija pena de prisión de 10 a 15 años y pecuniaria de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año de 1999.

El mismo comportamiento, bajo el nombre de concierto para delinquir, fue recogido por el inciso 1° del artículo 340 de la Ley 599 del 2000, que señaló de 3 a 6 años de prisión.

No se citan las modificaciones posteriores de la Ley 890 del 2004, no solo por perjudiciales, sino porque la jurisprudencia ya ha decantado que sus lineamientos punitivos operan exclusivamente para el denominado sistema acusatorio oral de la Ley 906 del 2004.

El comportamiento debe ser tipificado en el inciso 2° del artículo 340 del Código Penal vigente, que prevé penas de 6 a 12 años de prisión y multa de 2000 a 20.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, porque la Sala ha venido afirmando que la pertenencia a un grupo armado ilegal se entiende como concierto para “organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley”. Así se afirmó en auto del 17 de octubre del 2001 (radicado 18.790) y se reiteró el pasado 18 de abril (radicado 26.470).

Así las cosas, se debe escoger la norma original del Código Penal actual y, en punto de la restricción de la libertad, aplicarla retroactivamente por resultar benigna al procesado.

En relación con los parámetros de dosificación se impone igualmente el recibo de las disposiciones del sistema de cuartos de la Ley 599 del 2000, porque las normas vigentes en las época de los hechos permitirían la posibilidad de imponer el máximo de la sanción, lo que no sucede con aquellas.

Como la acusación no dedujo fáctica ni jurídicamente circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad, el juzgador debe ubicarse en el cuarto mínimo (de 6 a 7,5 años).

La historia reciente de país muestra como un hecho notorio, que no requiere de prueba diversa, las implicaciones extremadamente graves que en todos los ámbitos del acontecer nacional (económico, cultural, político, social, de arraigo de la población, de imagen internacional, de desplazamiento de la población con el incremento consiguiente de los cinturones de miseria, etc.) implica el despiadado accionar de los grupos armados al margen de la ley, y específicamente de los mal llamados paramilitares.

Esa situación conlleva un reproche considerable al ciudadano que de cualquier manera coadyuve a esas actividades ilegales. Mayor reparo debe merecer la conducta del servidor público que participe

de ese accionar, y de extrema gravedad debe tenerse el actuar de quien precisamente ha sido llamado no solamente a proteger a los ciudadanos, sino a combatir esas formas de violencia, porque el mensaje a la ciudadanía es de desolación, de incredulidad e irrespeto para con las instituciones, pues no puede concebir, dentro de ninguna lógica, que su aliado natural, a cuyo sostenimiento contribuye con sus impuestos, se convierta en adalid de aquellos que han poblado de miseria y terror la patria.

1. “Primero. Con la Constitución Política de 1991 explícitamente se ha constitucionalizado todo el derecho, ya que la Constitución es su hilo conductor, por el artículo 4º, que establece que ésta es norma de normas y no hay área jurídica inmune al derecho constitucional.
Por tanto, con la Carta Fundamental de 1991 se ha “constitucionalizado” el derecho penal en particular. Igualmente, con la misma Carta se ha internacionalizado el derecho penal a partir del *ius cogens*.
Hubo pues un doble marco de constitucionalización del derecho penal en la nueva Constitución Política”. Corte Constitucional. Sentencia C-127, marzo 30 de 1993.
2. “ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.
Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.
<Incisos 3 y 4 adicionados por el artículo 1 del Acto Legislativo No. 2 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:>
El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.
La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él”.
3. 3.2.3. Normas integrantes del bloque y consideraciones finales. La anterior sistematización de las técnicas de reenvío debería permitir, a su vez, determinar con mayor claridad cuáles normas integran el bloque de constitucionalidad, tanto en sentido estricto como en sentido lato. Así, conforme a esa dogmática, habría que concluir que hacen parte del bloque

en sentido estricto (i) el Preámbulo, (ii) el articulado constitucional, (iii) los tratados de límites ratificados por Colombia, (iv) los tratados de derecho humanitario, (v) los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos intangibles, (vi) los artículos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta, y (vi) la doctrina elaborada por los tribunales intencionales en relación con esas normas internacionales. Como es obvio, esta lista genérica incluye específicamente los convenios de la OIT y la doctrina elaborada por los órganos de control de esa organización internacional. Y, de otro lado, para integrar el bloque en sentido lato, habría que agregar a las anteriores pautas normativas (i) las leyes estatutarias y (ii) las leyes orgánicas, en lo pertinente.

Este listado normativo corresponde, con algunas variaciones, a la sistematización hecha por la propia Corte en algunas de sus sentencias (Ver por ejemplo la Sentencia C-582 de 1999). Por ello considero que, a pesar de ciertas vacilaciones que son naturales debido a la complejidad del tema, la jurisprudencia de la Corte sobre bloque de constitucionalidad ha sido no sólo fecunda sino mucho más consistente de lo que plantean sus críticos. El reto es entonces seguir avanzando no sólo en esta sistematización doctrinaria, que es necesaria por razones de seguridad jurídica, sino también en el uso creativo de este concepto, que ha contribuido significativamente al desarrollo de una cultura de los derechos humanos en la práctica judicial. Y es que aunque es indudable que Colombia enfrenta hoy una muy dura y aguda crisis de derechos humanos, que conduce a muchos al pesimismo, al menos en este campo de la práctica judicial ha habido avances importantes; gracias a figuras como el bloque de constitucionalidad, estamos hoy muy lejos de esas épocas, no tan lejanas, en que resultaba estrambótico que alguien citara una norma internacional de derechos humanos en una controversia judicial”. UPRIMMY, Rodrigo. *El Bloque de Constitucionalidad en Colombia. Un análisis Jurisprudencial y un Ensayo de Sistematización Doctrinal. En Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Vol I. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos págs. 151-152.*

4. www.rae.es/ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA - Vigésima segunda edición *Real Academia Española*.

5. *Idem*.

6. “El número de muertes fue también muy elevado en Colombia, donde las fuerzas de seguridad y los grupos paramilitares que actúan con su apoyo o aquiescencia mataron de forma similar a centenares de personas”.

7. “Hay connivencia entre paramilitares y funcionarios del Estado”.

8. “(...) expresa su preocupación ante la Comisión de Derechos Humanos por la persistencia de las violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario durante el 2004 en Colombia por

parte de todos los actores del conflicto - grupos paramilitares en connivencia con las fuerzas armadas, de policía y guerrillas- en forma principalmente de masacres, asesinatos, desapariciones forzadas y secuestros”. http://www.fidh.org/rubrique.php3?id_rubrique=3 > Naciones Unidas > Comisión de Derechos Humanos > 61 Sesión de la CDH

9. “87. El Grupo de Trabajo recibió informes de organizaciones no gubernamentales que sugerían que las principales recomendaciones que el Grupo había hecho después de su visita a Colombia en 1988 no se habían aplicado. Se afirmaba que las desapariciones forzadas de civiles cometidas por organizaciones paramilitares aliadas a las fuerzas de seguridad y declaradas ilegales por el Gobierno en 1989 habían aumentado mucho en varios departamentos del país, entre ellos Antioquia, Chocó, César, Santander y Sucre. Estos grupos a menudo actuaban con la **connivencia** de las fuerzas armadas. Los acontecimientos que habían ocurrido recientemente en el departamento de Santander y en la región de Urabá del departamento de Antioquia demostraban la inacción del Gobierno ante los delitos de los paramilitares. Los civiles sospechosos de simpatizar con la guerrilla seguían siendo las principales víctimas de desapariciones forzadas. Se afirmaba que los defensores de los derechos humanos y los miembros de organizaciones no gubernamentales seguían siendo blanco de una campaña violenta de hostigamiento e intimidación y de ataques”.

* Este documento ha sido preparado por la Unidad Legal Regional del Buró de las Américas del ACNUR, mayo 2 de 2005.

10. “92. Durante el período que se examina el Grupo de Trabajo comunicó cinco nuevos casos de desaparición al Gobierno de Colombia, cuatro de los cuales presuntamente ocurridos en 2004, y los envió con arreglo al procedimiento de urgencia. En relación con los nuevos casos transmitidos después del 15 de septiembre de 2004, debe entenderse que es posible que el Gobierno no haya podido responder antes de la aprobación del presente informe. En el mismo período el Grupo de Trabajo volvió a transmitir dos casos con nueva información de la fuente y esclareció otros dos sobre la base de la información facilitada por el Gobierno, a cuyo respecto no se recibieron observaciones de la fuente.
93. La mayoría de los 1.154 casos de desaparición denunciados en años anteriores se produjeron a partir de 1981, y en especial en las regiones de mayor violencia. En muchos de estos casos los responsables presuntamente eran miembros de grupos paramilitares que, al parecer, actuaban con la complicidad o connivencia de elementos de las fuerzas de seguridad. Entre los secuestrados había miembros de sindicatos, campesinos y trabajadores comunita”.
11. “308. Las amenazas o el real empleo de la violencia con el objetivo de diseminar el terror entre la población civil, como lo hacen los paramilitares en Colombia, violan la prescripción expresa del artículo 13 del Protocolo II. También constituyen violaciones al derecho a un trato humanitario y el

respeto a la integridad síquica protegida por el artículo 5 de la Convención Americana, cuando estos hechos son cometidos con la autoridad, apoyo o aquiescencia del Estado”.

12. Caso: Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Fechas. Sentencia 31/01/2006. Gaceta Constitucional - Tribunal Constitucional. <http://gaceta.tc.gob.pe/cidh-caso.shtml?x=1715>
13. Sentencia C-351 de julio quince (15) de mil novecientos noventa y ocho (1998). M. P. Dr. FABIO MORON DIAZ.
14. Sentencia C-580de treinta y uno (31) de julio de dos mil dos (2002). M. P.: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL
15. Cfr. Entre otros Kai AMBOS. La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una Elaboración Dogmática. Segunda Edición. Duncker & Humblot, Temis. Honrad –Adenauer-Stiftung. Montevideo. 2004. pags. 389 y ss.
16. Artículo 29 de la Constitución Política.
17. Ver: www.unhchr.ch/spanish/html/intlinst
18. Ver: www.unhchr.ch/spanish/html/intlinst Entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27
19. Ley 707 de 2001, (noviembre 28), Diario Oficial No 44.632, de 1 de diciembre de 2001; Por medio de la cual se aprueba la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas”, hecha en Belém do Pará, el nueve (9) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).
20. En documento de la ONU. Elementos de los Crímenes (PCNICC/2000/INF/3/Add.2) www.un.org “Artículo 7 1) i) Crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas
Elementos
1. Que el autor:
a) Haya aprehendido, detenido o secuestrado a una o más personas; o
b) Se haya negado a reconocer la aprehensión, la detención o el secuestro o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas.
2. a) Que la aprehensión, la detención o el secuestro haya estado seguido o acompañado de una negativa a reconocer esa privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas; o
b) Que la negativa haya estado precedida o acompañada de esa privación de libertad.
3. Que el autor haya sido consciente de que:
a) La aprehensión, la detención o el secuestro iría seguido en el curso normal de los acontecimientos de una negativa a reconocer la privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas; o
b) La negativa estuvo precedida o acompañada de esa privación de libertad.
4. Que la aprehensión, la detención o el secuestro haya tenido lugar en nombre de un Estado u organización política o con su autorización, apoyo o aquiescencia.

5. Que la negativa a reconocer la privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas haya tenido lugar en nombre de un Estado u organización política o con su autorización o apoyo.
 6. Que el autor haya tenido la intención de dejar a esa persona o personas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.
 7. Que la conducta haya tenido lugar como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.
 8. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo”.
21. Kai Ambos, “La parte general del Derecho Penal Internacional”, traductor Ezequiel Malarino, Temis, 2005, páginas 397 y siguientes. En el mismo sentido, confrontar: Revista Española de Derecho Militar, número 75, enero a junio del 2000, Ministerio de Defensa, Madrid, página 419.
22. El artículo 30 del Estatuto de Roma se ocupó de cuestionarse acerca del elemento de intencionalidad, y estableció, entre otros, que, salvo pacto en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen. Intención y conocimiento están definidos en ese artículo.
23. The Interntional Criminal Court, The making of the Rome Statute, Edited by Roy S. Lee., página 205.
24. El Texto en Inglés: “XI. Article 30, Mental element [°]
 This article was originally the subject of rather difficult discussions, because of conceptual differences between legal systems (*dolus eventualis* versus a probability requirement, recklessness versus gross negligence); but it proved quite easy to agree in the end. The final text is based on a Canadian draft.
 Another initial difficulty arose from the link between the mental and the material element and the question of the role that omissions would play in the material element. That issue was resolved by replacing “act or omission” with the word “conduct”. It was understood that the issue of omission would be resolved in connection with the proposal for a special article on *actus reus*, a proposal which was later dropped.
 The only outstanding issue regarding the mental element during the Rome Conference was whether a definition of recklessness (or some similar concept) was needed. There was agreement that, in principle, all the crimes within the jurisdiction of the Court would require intent and knowledge unless specifically provided otherwise. After it was pointed out that the word recklessness did not appeared anywhere in the definitions of crimes, it was a agreed that a definition of that concept was unnecessary. The article was adopted.

It should be added, however, that the concept of recklessness, though not the term itself, exists in the Rome Statute, i.e., in Article 28, which was negotiated after Article 30”.

[°]Article 30 of the Rome Statute deals with the question of mental element, which provides, *inter alia*, that unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge. Intent and knowledge are then defined in that article. & Recklessness:(*imprudencia temeraria*). *Cf.* inconsiderate driving, careless driving, dangerous driving, drunk driving. *Diccionario de términos jurídicos, inglés-español. Enrique Alcaraz Varó y Brian Hughes. Editorial Ariel.2002.*

CASO INDIGENISTAS NORTEAMERICANOS

M.P. Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Radicado 28387 – 3 de octubre de 2007

Homicidio agravado, secuestro extorsivo agravado, hurto calificado y agravado y rebelión

HECHOS:

*(...) Los sucesos materia de este juzgamiento, se desprenden de la noticia respecto del secuestro de tres ciudadanos norteamericanos **TERENCE FREITAS**, **INGRID WASHINAWATOK** y **LARRY GAY LAHE'ENA'E** el 25 de febrero de 1999 ocurrido en los límites de los departamentos de Boyacá y Arauca, la cual se hizo pública el 1 de marzo de 1999; ellos pertenecían a grupos indigenistas de los E.E.U.U. que apoyaban a los miembros de la comunidad indígena UWA en la lucha por la recuperación de sus territorios ancestrales denominados como Bloque Samoré y en oposición a su explotación petrolera por parte de la empresa multinacional OXI.*

*“Dicho secuestro ocurrió aproximadamente a las nueve de la mañana del jueves 25 de febrero de 1999 cuando los tres norteamericanos **TERENCE FREITAS**, **INGRID WASHINAWATOK** y **LARRY GAY LAHE'ENA'E** junto a cuatro miembros de la etnia de los UWA, indígenas **BUTRUNU ROTARBARIA**, **ROBERTO AFANADOR COBARIA**, **CARLOS TEGRIA UNCARIA** y **SERAFÍN CARREÑO ROTARBARIA**; se movilizaban en una camioneta conducida por **CARLOS TEGRIA UNCARIA** desde la localidad de Cubará en el departamento de Boyacá*

hasta el municipio de Saravena en el departamento de Arauca, para allí embarcarse en un avión que los llevaría hasta Bogotá y de allí a EE.UU.

“Los tres norteamericanos indigenistas, el 25 de febrero de 1999, llevaban consigo dólares y moneda colombiana en cantidad indeterminada, relojes, cámaras de fotografía, morrales y equipo de acampar. “Cuando cubrían dicho trayecto, el vehículo fue interceptado por integrantes del grupo insurgente FARC a la altura de la quebrada Royota, que por medio de la fuerza y portando armas obligaron a los indígenas BUTRUNU ROTARBARIA ROTARBARIA, ROBERTO AFANADOR COBARIA y SERAFÍN CARREÑO ROTARBARIA a bajarse del vehículo para continuar el camino con los tres norteamericanos indigenistas, el conductor y dichos miembros de las FARC. Metros más adelante subió al vehículo un integrante más de las FARC, hasta llegar al río Bojabá donde los insurgentes interceptaron un taxi conducido por JOSE HARLEY NARVAEZ CUARTAS, que traía la ruta contraria (Saravena – Cubará), que luego de bajar a los pasajeros del taxi, embarcaron en dicho vehículo solo a los tres norteamericanos indigenistas y continuaron el camino hasta interceptar un tercer vehículo de marca campero Willis o Toyota al que nuevamente trasladaron a los tres norteamericanos indigenistas. Luego fueron llevados a las riveras (sic) del río Arauca a un sitio llamado San Lorenzo, allí subieron a una canoa conducida por DIEGO LUIS GUTIÉRREZ MUÑOZ hasta un sitio llamado el Pozón de Juju en territorio Venezolano, donde los tres norteamericanos indigenistas fueron asesinados por las FARC.

“Posteriormente, el día 5 de marzo de 1999 fueron encontrados los cuerpos sin vida de TERENCE FREITES, INGRID WASHINAWATOK y LARRY GAY LAHE'ENA'E, atados de manos, con los rostros

cubiertos y con varios impactos de arma de fuego cada uno de ellos, en un sitio denominado los Pájaros en la Victoria municipio Venezolano; sin embargo, los bienes y valores que llevaban consigo los tres norteamericanos indigenistas no aparecieron junto a los cadáveres y jamás fueron entregados por los secuestradores o recuperados por las autoridades, por lo que se infiere que les fueron arrebatados por sus captores.

SECUESTRO EXTORSIVO

Fines políticos: nacionalidad de la víctima

Si se toma en cuenta, en su sentido natural y obvio, la definición objetiva del secuestro extorsivo, y en concreto, cada una de las circunstancias que permiten adscribir a esta modalidad el delito, evidente se observa que la manifestación consignada en la sentencia, vale decir, que a los tres indigenistas los secuestraron por su nacionalidad norteamericana, delimita la connotación política del plagio.

Desde luego, mirada fuera de contexto la afirmación efectuada en el fallo, podría eventualmente llegarse a la conclusión extractada por el recurrente, pero si se conoce que el secuestro fue obra de las autodenominadas Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, FARC, agrupación subversiva que dentro de su ideario consigna el ataque frontal contra el que estima imperialismo radicado en cabeza del país del norte, a cuyo cobijo los intereses y ciudadanos de esa nación son frecuentemente objeto de ataque o afectación, cobra pleno sentido lo expuesto por el funcionario A quo.

El tratarse, entonces, de ciudadanos norteamericanos, constituye un factor de inocultable sentido político, al amparo del cual, como se advirtió en los hechos transcritos por la demanda, los indigenistas fueron objeto de retención, al tanto que sus acompañantes, nativos colombianos, obtuvieron la casi inmediata libertad.

Así las cosas, establecido que el artículo 169 del C.P., determina extorsivo el secuestro cuando este comporta el propósito “de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político”, no cabe duda de que lo ocurrido con las víctimas se enmarca dentro de los postulados finalísticos de la norma, contrario a lo argumentado por el casacionista en su libelo.

CASO DESMOVILIZADO ORGANIZACIÓN ARMADA ILEGAL

M.P. Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Radicado 29472 – 10 de abril de 2008

EXTRADICIÓN

Protección de los derechos de las víctimas

(...) la verdad a que tienen derecho las víctimas se diluye o se hace imposible alcanzarla con el instituto de cooperación internacional, la Sala reitera que el concepto que emite por mandato legal se hace teniendo en cuenta los requisitos y fundamentos que la autorizan, supuestos normativos en los que se determina que la extradición procederá en los siguientes supuestos:

- i) Que se trate de hechos cometidos con posterioridad al 17 de diciembre de 1997 (Constitución Política, artículo 35 y Ley 906 de 2004, artículo 490);
- ii) Que no se trate de delitos políticos (Constitución Política, artículo 35 y Ley 906 de 2004, artículo 490);
- iii) Que el hecho que la motiva también esté previsto como delito en Colombia y reprimido con una sanción privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a cuatro (4) años (Ley 906 de 2004, artículo 493-1);
- iv) Que por lo menos se haya dictado en el exterior resolución de acusación o su equivalente (Ley 906 de 2004, artículo 493-2).

Y la Corte Suprema de Justicia debe emitir un **concepto** favorable o negativo a la extradición que se fundamentará

en la validez formal de la documentación presentada, en la demostración plena de la identidad del solicitado, en el principio de la doble incriminación, en la equivalencia de la providencia proferida en el extranjero y, cuando fuere el caso, en el cumplimiento de lo previsto en los tratados públicos (Ley 906 de 2004, artículo 502).

23. Las anteriores previsiones normativas le señalan a la Corte lo que debe tener en cuenta para emitir el concepto favorable o negativo a la solicitud de extradición, supuestos que en todo caso deben complementarse con lo dispuesto en otras disposiciones que rigen en el ordenamiento jurídico colombiano, y por ello, por ejemplo, el extraditado no podrá ser sometido en el extranjero a las penas de muerte o prisión perpetua.

Igualmente, en cumplimiento de la función de conceptuar la Corte debe establecer que la decisión favorable no resulte contraria a otras normas constitucionales -incluidas las del bloque de constitucionalidad- o legales, porque ellas radian legalidad y legitimidad a las decisiones judiciales.

24. De lo anterior se sigue, como se prevé explícitamente, que el concepto de extradición tenga en cuenta **los tratados internacionales**, no sólo los referidos al instituto de la colaboración internacional dirigidos a la lucha contra la impunidad sino todos aquellos que se refieren a los derechos y garantías, tanto de los extraditables como de los asociados¹.

25. Dado que el Estado colombiano se ha comprometido a perseguir el delito, tanto en lo interno como frente a la comunidad internacional, tal obligación tiene su correlato en la efectiva protección de los derechos de las víctimas, las cuales no pueden quedar desprotegidas bajo ninguna circunstancia y por ello existe consenso en alcanzar para las mismas verdad, justicia y reparación.

Tal imperativo tiene una connotación superior cuando se trata de delitos de lesa humanidad, situación en la que se encuentran los desmovilizados que han sido postulados para los beneficios de la Ley de Justicia y Paz, en tanto que su obligación consiste en rendir versiones libres en las que deben confesar de manera veraz y completa los delitos cometidos.

Teniendo en cuenta que los reatos ejecutados por los postulados se refieren a desapariciones forzadas, desplazamiento forzado, torturas, homicidios por razones políticas, etc., y como dichos punibles se entienden comprendidos dentro de la calificación de delitos de lesa humanidad, tal valoración se debe extender al denominado *concierto para delinquir agravado* en tanto el acuerdo criminal se perfeccionó con tales propósitos.

Destaca la Sala que el Estatuto de Roma que dio origen a la Corte Penal Internacional ha tenido en cuenta no sólo la conducta del autor o de los partícipes sino que también ha considerado en especial la existencia de propósitos dirigidos a cometer delitos de lesa humanidad, lo cual significa que también deben ser castigadas en igual medida aquellas conductas preparatorias para la comisión de los delitos que incluyen tanto el acuerdo como el tomar parte en una actividad dirigida a ese fin, como ocurre con el *concierto para delinquir agravado*.

(...)

Ha de agregarse que al ordenamiento jurídico nacional han sido incorporados diferentes tratados y convenciones, bien por anexión expresa o por vía del bloque de constitucionalidad (artículo 93 de la Constitución Política), que permiten constatar que el *concierto para delinquir* sí hace parte de los crímenes de lesa humanidad. Tal aserto se puede confirmar una vez se revisa el contenido de los siguientes estatutos:

(I). Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Colombia firmó la convención el 12 agosto de 1949 y ratificó el 27 de Octubre de 1959. Ley 28 de 27 de mayo de 1959).

Art. III. Serán castigados los actos siguientes:

a) El genocidio.

b) La asociación para cometer genocidio.

c) La instigación directa y pública a cometer genocidio.

d) La tentativa de genocidio.

e) La complicidad en el genocidio.

(II). Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada en Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984 (Aprobada mediante Ley 70 de 1986).

Artículo 4.

1. Todo Estado Parte velará porque todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. **Lo mismo se aplicará** a toda tentativa de cometer tortura y a **todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.**

(III). Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Adoptada por la Asamblea General de la OEA en Cartagena de Indias en 1985, aprobada mediante la Ley 406 de 1997).

Artículo 3

Serán responsables del delito de tortura:

a. Los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan.

b. las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a. ordenen,

instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices.

(IV). Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Aprobada por la Ley 707 de 2001).

ARTICULO II

Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

(IV) Por último, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de julio de 1998 (Aprobado por medio del Acto Legislativo 2 de 2001 que adicionó el Artículo 93 de la Constitución Política y Ley 742 de 2002), se establece en el artículo 25 que si bien la responsabilidad penal es de carácter individual también responderá por los delitos de su competencia, quien

- a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;
- b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;
- c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;
- d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de

personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:

- i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o
- ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;
- e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;
- f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consume no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

26. De otra parte, ha de tenerse en cuenta que las víctimas² tienen derechos fundamentales³ en orden a garantizar (i) la efectiva **reparación** por el agravio sufrido, a que existe una (ii) obligación estatal de buscar que se conozca la **verdad** sobre lo ocurrido, y a un (iii) acceso expedito a la **justicia**, pues así se prevé por la propia Constitución Política, la ley penal vigente y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad⁴.

Tal perspectiva de la víctima solamente se puede entender cuando se acepta, como tiene que ser, que ella ha quedado cubierta por

un sistema de garantías fundado en el principio de *la tutela judicial efectiva*⁵, de amplio reconocimiento internacional⁶, y con evidente acogida constitucional a través de los artículos 229, 29 y 93 de la Carta. Este principio se caracteriza por establecer un sistema de garantías de naturaleza bilateral. Ello implica que garantías como el acceso a la justicia (Art.229); la

igualdad ante los tribunales (Art.13); la defensa en el proceso (Art.29); la imparcialidad e independencia de los tribunales⁷; la efectividad de los derechos (Arts. 2° y 228); sean predicables tanto del acusado como de la víctima. Esta bilateralidad, ha sido admitida por esta Corporación al señalar que el complejo del debido proceso, que involucra principio de legalidad, debido proceso en sentido estricto, derecho de defensa y sus garantías, y el juez natural, se predicán de igual manera respecto de las víctimas y perjudicados⁸.

El Tribunal Constitucional⁹ en la sentencia C-454/06 resumió el alcance de los derechos de las víctimas del delito de la siguiente manera:

a. El derecho a la verdad.

31. El conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad¹⁰ (principios 1° a 4) incorporan en este derecho las siguientes garantías: (i) el derecho inalienable a la verdad; (ii) el deber de recordar; (iii) el derecho de las víctimas a saber.

El primero, comporta el derecho de cada pueblo a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos y las circunstancias que llevaron a la perpetración de los crímenes. El segundo, consiste en el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión como parte de su patrimonio, y por ello se deben adoptar medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado. Y el tercero, determina que, independientemente de las acciones que las víctimas, así como sus familiares o allegados puedan entablar ante la justicia, tiene el derecho imprescriptible a conocer la verdad, acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones, y en caso de

fallecimiento o desaparición acerca de la suerte que corrió la víctima.

El derecho a la verdad presenta así una dimensión colectiva cuyo fin es “preservar del olvido a la memoria colectiva”¹¹, y una dimensión individual cuya efectividad se realiza fundamentalmente en el ámbito judicial, a través del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corte¹².

32. Proyectando estos principios en el ámbito nacional, la jurisprudencia constitucional ha determinado que el derecho de acceder a la verdad, implica que las personas tienen derecho a conocer qué fue lo que realmente sucedió en su caso. La dignidad humana de una persona se ve afectada si se le priva de información que es vital para ella. El acceso a la verdad aparece así íntimamente ligado al respeto de la dignidad humana, a la memoria y a la imagen de la víctima¹³.

b. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.

33. Este derecho incorpora una serie de garantías para las víctimas de los delitos que se derivan de unos correlativos deberes para las autoridades, que pueden sistematizarse así: (i) el deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos; (ii) el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo; (iii) el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho de acceso a la justicia, tiene como uno de sus componentes naturales el derecho a que se haga justicia. Este derecho involucra un verdadero derecho constitucional al proceso penal¹⁴, y el derecho a

participar en el proceso penal¹⁵, por cuanto el derecho al proceso en el estado democrático debe ser eminentemente participativo. Esta participación se expresa en “ que los familiares de la persona fallecida y sus representantes legales serán informados de las audiencias que se celebren, a las que tendrán acceso, así como a toda información pertinente a la investigación y tendrán derecho a presentar otras pruebas¹⁶.

c. El derecho a la reparación integral del daño que se ha ocasionado a la víctima o a los perjudicados con el delito.

34. El derecho de reparación, conforme al derecho internacional contemporáneo también presenta una dimensión individual y otra colectiva. Desde su dimensión individual abarca todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima, y comprende la adopción de medidas individuales relativas al derecho de (i) restitución, (ii) indemnización, (iii) rehabilitación, (iv) satisfacción y (v) garantía de no repetición. En su dimensión colectiva, involucra medidas de satisfacción de alcance general como la adopción de medidas encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas¹⁷.

La integralidad de la reparación comporta la adopción de todas las medidas necesarias tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, y a devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación.

En forma concreta sobre los derechos de las víctimas en procesos inscritos en contextos y modalidades de justicia transicional de reconciliación, el Tribunal Constitucional mediante la sentencia C-370/06, no solamente señaló que además de garantizarles la

protección de los derechos humanos mediante el ejercicio de un recurso en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos

[4.5.3.] ... corresponde el correlativo deber estatal de juzgar y sancionar las violaciones de tales derechos. Este deber puede ser llamado obligación de procesamiento y sanción judicial de los responsables de atentados en contra de los derechos humanos internacionalmente protegidos.

(...)

4.5.5. El deber estatal de investigar, procesar y sancionar judicialmente a los autores de graves atropellos contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no queda cumplido por el sólo hecho de adelantar el proceso respectivo, sino que exige que este se surta en un “plazo razonable”. De otra manera no se satisface el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables.

(...)

4.5.7. La obligación estatal de iniciar *ex officio* las investigaciones en caso de graves atropellos en contra de los derechos humanos indica que la búsqueda efectiva de la verdad corresponde al Estado, y no depende de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares, o de su aportación de elementos probatorios.

(...)

4.5.9. Las obligaciones de reparación conllevan: (i) en primer lugar, si ello es posible, la plena restitución

(*restitutio in integrum*), “la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación”¹⁸; (ii) de no ser posible lo anterior, pueden implicar otra serie de medidas que además de garantizar el respeto a los derechos conculcados, tomadas en conjunto reparen las consecuencias de la infracción; entre ellas cabe la indemnización compensatoria.

4.5.10. El derecho a la verdad implica que en cabeza de las víctimas existe un derecho a conocer lo sucedido, a saber quiénes fueron los agentes del daño, a que los hechos se investiguen seriamente y se sancionen por el Estado, y a que se prevenga la impunidad.

4.5.11. El derecho a la verdad implica para los familiares de la víctima la posibilidad de conocer lo sucedido a ésta, y, en caso de atentados contra el derecho a la vida, en derecho a saber dónde se encuentran sus restos; en estos supuestos, este conocimiento constituye un medio de reparación y, por tanto, una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima y a la sociedad como un todo.

4.5.12. La sociedad también tiene un derecho a conocer la verdad, que implica la divulgación pública de los resultados de las investigaciones sobre graves violaciones de derechos humanos.

(...)

4.7. El “Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”, proclamados por la ONU en 1998.

(...)

(...), la Corte aprecia que, dentro de las principales conclusiones que se extraen del “Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad” en su última actualización, cabe mencionar las siguientes, de especial relevancia para el estudio de constitucionalidad que adelanta: (i) durante los procesos de transición hacia la paz, como el que adelanta Colombia, a las víctimas les asisten tres categorías de derechos: a) el derecho a saber, b) el derecho a la justicia y c) el derecho a la reparación; (ii) el derecho a saber es imprescriptible e implica la posibilidad de conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima; (iii) el derecho a saber también hace referencia al derecho colectivo a conocer qué pasó, derecho que tiene su razón de ser en la necesidad de prevenir que las violaciones se reproduzcan y que implica la obligación de “memoria” pública sobre los resultados de las investigaciones; (iv) el derecho a la justicia implica que toda víctima tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso justo y eficaz, principalmente para conseguir que su agresor sea juzgado, obteniendo su reparación; (v) al derecho a la justicia corresponde el deber estatal de investigar las violaciones, perseguir a sus autores y, si su culpabilidad es establecida, de asegurar su sanción; (vi) dentro del proceso penal las víctimas tienen el derecho de hacerse parte para reclamar su derecho a la reparación. (vii) En todo caso, las reglas de procedimiento deben responder a criterios de debido proceso; (viii) la prescripción de la acción penal o de las penas no puede ser opuesta a los crímenes graves que según el derecho internacional sean considerados crímenes contra la humanidad ni correr durante el período donde no

existió un recurso eficaz; (ix) En cuanto a la disminución de las penas, las “leyes de arrepentidos” son admisibles dentro de procesos de transición a la paz, “pero no deben exonerar totalmente a los autores”; (x) la reparación tiene una dimensión doble (individual y colectiva) y en el plano individual abarca medidas de restitución, indemnización y readaptación; (xi) en el plano colectivo, la reparación se logra a través de medidas de carácter simbólico o de otro tipo que se proyectan a la comunidad; (xii) dentro de las garantías de no repetición, se incluye la disolución de los grupos armados acompañada de medidas de reinserción.

Los derechos referidos llevan a que los jueces, inclusive quien debe conceptuar en los trámites de extradición¹⁹, no pueda pasar como mero espectador pues su misión

va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales..., de donde le resulta imperativa la obligación de buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, **en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad²⁰.**

Frente a las violaciones de los derechos humanos el Estado debe garantizar a las víctimas un recurso efectivo que ofrezca resultados o respuestas adecuadas²¹, lo que equivale a decir, ni más ni menos, que un remedo de justicia no equivale a hacer justicia. Dicho en otros términos: sólo se hace justicia y se obtiene eficacia del recurso efectivo cuando quienes han sufrido la violación de los derechos humanos, quienes han sido víctimas de los delitos cometidos por

los grupos paramilitares, o sus familiares, obtienen verdad, justicia y reparación²².

El Estado, en este caso los jueces, faltan a sus deberes cuando ante graves violaciones a los derechos humanos no investigan, juzgan y sancionan a los responsables de cometerlas. En concreto sobre el denominado *recurso efectivo*, se incumplen gravemente los estándares internacionales cuando (i) no se adelantan los procesos judiciales de forma seria, rigurosa y exhaustiva, (ii) cuando no se tramitan con diligencia, celeridad y convicción, (iii) no se toman medidas para proteger a las víctimas (iv) o no se les permite a éstas intervenir en los procesos, (v) o se dilata en el tiempo la definición del asunto.

Hay que resaltar la necesidad de que la judicatura comprenda el papel que juegan sus decisiones en el contexto del sistema penal y del modelo estatal del que hace parte por cuanto las democracias constitucionales son fundamentalmente Estados de Justicia; es decir, Estados que en el contexto de una democracia participativa y pluralista, llevan a una nueva dimensión los contenidos de libertad política del Estado Liberal y de igualdad del Estado Social. Por ello, cada acto de los poderes constituidos, incluido el Poder Judicial, se halla vinculado por la Justicia como valor superior del ordenamiento jurídico, como principio constitucional, como derecho y aún como deber estatal, de donde resulta imperioso que los jueces, al emitir sus pronunciamientos, no se preocupen solo por la corrección jurídica de sus decisiones sino también por la necesidad de armonizar esa corrección con contenidos materiales de Justicia porque de lo contrario, la judicatura colombiana no habría dado un solo paso desde las épocas del más rígido formalismo jurídico.

Si se procede de esa manera, esto es, armonizando la corrección jurídica y la justicia material, es fácil advertir que existen razones superiores para examinar la legitimidad de una extradición que

puede estar en últimas conculcando los derechos de las víctimas al impedirse con ella la realización de los fines constitucionales del proceso penal pues afectan las legítimas expectativas que alientan las víctimas de las conductas punibles en cuanto a la realización de su derecho a la verdad, justicia y reparación, y, al contrario, la extradición de un desmovilizado para que responda en el extranjero por delitos menos graves que los que está confesando ante los jueces colombianos, resulta siendo una forma de impunidad.

27. Y si se repara que la Ley 975 de 2005 fue promovida por el Gobierno Nacional haciendo referencia a que la paz como gran propósito nacional no debe tener obstáculos y que en aras de ella se debe

encontrar una adecuada relación, un equilibrio entre justicia y paz, que nos permita satisfacer los intereses de la primera, al tiempo que se avanza de manera audaz y efectiva en la superación de los problemas de violencia que tanto sufrimiento le han causado al país²³,

de modo que se estructuró un proyecto de ley que debía tener como ejes centrales

Verdad, Justicia y Reparación, dando especial importancia al derecho de las víctimas²⁴,

refulgendo con diafinidad que tanto el Gobierno Nacional como las comunidades nacional e internacional tengan interés en que los graves delitos cometidos por las bandas paramilitares sean aclarados plenamente, y se impongan las consecuencias punitivas que las leyes autorizan, porque de lo contrario se estaría vulnerando

el derecho de la sociedad a esclarecer procesos de macrocriminalidad que afectan de manera masiva y

*sistemática los derechos humanos de la población,
(que también) son derechos constitucionales²⁵.*

Como lo dijo el Tribunal Constitucional al examinar la exequibilidad de la Ley 975 de 2005, **el hecho de que el Estado atraviese por difíciles circunstancias** que dificulten la consecución de la paz, **no lo liberan de sus obligaciones en materia de justicia, verdad, reparación y no repetición**, que emanan de la Convención Americana de Derechos Humanos²⁶.

28. Todo lo expresado obliga a la Corte a considerar, en aras del imperio de la justicia nacional, el respeto de los compromisos internacionales del Estado en materia de derechos humanos y la efectividad de los derechos fundamentales, que si en un supuesto concreto de extradición se produce como consecuencia del mismo la violación de los derechos de las víctimas, el concepto deberá ser emitido en forma negativa o si el mismo es de carácter favorable será condicionado para evitar el desamparo de quienes han padecido las consecuencias de los delitos confesados por el desmovilizado-postulado, supuesto ineludible que de no atenderse convertirá el concepto en negativo, con las respectivas consecuencias.

1. Se precisa lo señalado por la Sala en concepto de 2 de marzo de 2008, radicación 28643.

2. Se sigue lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de segunda instancia, 11 de julio de 2007, radicación 26945.

3. Constitución Política, artículos 1º, 2º, 15, 21, 29, 229, 250 y 251. También, por mandato del artículo 93 Superior, deben ser tenidos en cuenta los derechos derivados de:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes.
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.
- Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.
- Estatuto de la Corte Penal Internacional.
- Convenios de Ginebra y sus dos Protocolos Adicionales.

4. Véase Corte Constitucional, sentencia C-209/07. En ésta providencia se hace un resumen de la forma como ha discurrido la jurisprudencia en materia de los derechos de las víctimas. Especial mención se hace de las sentencias C-580/02 (estableció que el derecho de las víctimas del delito de desaparición forzada de personas y la necesidad de garantizar los derechos a la verdad y a la justicia, permitían que el legislador estableciera la imprescriptibilidad de la acción penal, siempre que no se hubiera identificado e individualizado a los presuntos responsables); C-004/03 (garantía jurídica con que cuentan las víctimas para controvertir decisiones que sean adversas a sus derechos); C-979/05 (derecho de las víctimas a solicitar la revisión extraordinaria de las sentencias condenatorias en procesos por violaciones a derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, cuando una instancia internacional haya concluido que dicha condena es aparente o irrisoria); C-1154/05 (derecho de las víctimas a que se les comuniquen las decisiones sobre el archivo de diligencias); C-370/06 (los derechos de las víctimas en procesos inscritos en contextos y modalidades de justicia transicional de reconciliación); y, C-454/06 (la garantía de comunicación a las víctimas y perjudicados con el delito opera desde el momento en que éstos entran en contacto con las autoridades; señala que los derechos a la verdad, la justicia y la reparación las autoriza a solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía).
5. El principio de la tutela judicial efectiva encuentra ubicación constitucional en los artículos 229 y 29 de la Carta, sin perjuicio de su ampliación por la vía del artículo 93, que ha permitido el ingreso de las fuentes internacionales que consagran esta garantía.
6. Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.
7. Artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.
8. Sentencia SU-1184/01.
9. Sobre el particular también pueden ser consultadas las sentencias C-740/01, C-1149/01, SU-1184/001, T-1267/01 y C-282/02.
10. Esta sistematización se apoya en el *“Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”*. Anexo del Informe final del Relator Especial acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos. E/CN.4/Sub2/1997/20/Rev.1, presentado a la Comisión de Derechos Humanos en 1998. Estos principios fueron actualizados por la experta independiente DIANE ORENTLICHER, de acuerdo con informe E/CN.4/2005/102, presentado a la Comisión de Derechos Humanos. Para más detalles, véase Comisión Colombiana de Juristas (compilación), *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones*, Bogotá, Opciones Gráficas Editores Ltda., 2007.

11. Principio 2 del Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.
12. Cfr. Entre otras las sentencias C-293/95 y C-228/02.
13. Cfr. Sentencias T-443/94 y C-293/95.
14. Cfr. Sentencia C-412/93.
15. Cfr., Sentencia C-27594.
16. Cfr. Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias, aprobado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, mediante resolución 1989/65 del 29 de mayo de 1989, y ratificado por la Asamblea General. mediante resolución 44/162 del 15 de diciembre de 1989. Citados en la sentencia C-293/95.
17. Cfr. Art. 33 del Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.
18. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 15 de junio de 2005.
19. Se desarrolla y complementa lo expresado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en los conceptos de extradición de 5 de diciembre de 2007, radicación 28505 y de 2 de abril de 2008, radicación 28643.
20. Corte Constitucional, Sentencia C-591/05.
21. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. Sentencia del 29 de septiembre de 1999. Véase <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>
22. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de las Palmeras vs. Colombia*. Sentencia del 6 de diciembre de 2001. Véase <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>
23. Proyecto de Ley 211, por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional, *Gaceta del Congreso* 43, de 11 de febrero de 2005.
24. Proyecto de Ley 211, por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional, *Gaceta del Congreso* 43, de 11 de febrero de 2005. También insistieron en la necesaria protección de las víctimas quienes oficiaron como ponentes del citado proyecto de ley con motivo de los debates surtidos en el Congreso de la República (Véase *Gaceta del Congreso* 74, de 4 de marzo de 2005 y *Gaceta del Congreso* 331, de 7 de junio de 2005).
25. Corte Constitucional, sentencia C-228/02.
26. Corte Constitucional, sentencia C-370/06.



CAPÍTULO II

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

M.P. Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

Radicado 12051 – 25 de septiembre de 1996

Homicidio con fines terroristas, tentativa de homicidio con fines terroristas, daño en bien ajeno y terrorismo

1. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

*Su objeto son las víctimas de los conflictos armados
y la humanización de los métodos y medios usados
por los combatientes*

2. La doctrina tradicional solía distinguir entre derecho de la guerra en sentido estricto o “derecho de La Haya”, para referirse a los Convenios de la Haya de 1899 y 1907, y el “derecho de Ginebra” o derecho internacional humanitario propiamente dicho, cuando aludía a los cuatro (4) Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y sus dos protocolos adicionales de 1977, el I que protege a las víctimas de los conflictos armados internacionales y el II a las de los conflictos armados internos. Pues bien, en virtud de la “Cláusula Martens” o principio de integración de derecho internacional, según el cual “en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública (preámbulo Protocolo II), y también gracias a los esfuerzos de la doctrina, hoy todos los preceptos de origen convencional o consuetudinario sobre conflictos armados internacionales o no internacionales se han unificado bajo la denominación técnica de “Derecho Internacional Humanitario” que, de acuerdo con afortunada síntesis de la Corte Constitucional, es un ordenamiento que “contiene normas que limitan el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los medios y métodos utilizados en combate, así como disposiciones encaminadas a proteger a las víctimas y a los bienes susceptibles de verse afectados por un

conflicto armado (Sentencia C-574/92, M. P. Dr. Ciro Angarita Barón).

3. De esta primera reflexión se desprende que el objeto de preocupación del derecho internacional humanitario son las víctimas de los conflictos armados y la humanización de los métodos y medios usados por los combatientes, jamás la “permisión” de ciertos procedimientos insidiosos o la utilización de ciertas armas de destrucción colectiva -como lo pregonaba la impugnante-, que si bien podrían tolerarse limitadamente en ciertos contextos de ventaja militar en los que se enfoca estrictamente el objetivo, sin riesgos para la población civil o los bienes ajenos, no por ello se celebran o se aplauden por la conciencia pública nacional e internacional.

4. 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” (“Principios metafísicos del derecho”, pág. 190). Sólo con el compromiso de los enfrentados en el conflicto, tanto los irregulares como la fuerza pública, de humanizar la terrible confrontación bélica, de evitar las crueldades innecesarias en las operaciones militares de uno u otro bando, para que no siga acreciendo el rencor y el deseo de venganza, se conserva la esperanza de la paz en la república y de la reconciliación entre los opositores armados.

5. Desde luego que no se sueña con mundos ideales, sabemos que la construcción jurídica no puede propender por una sociedad sin conflictos -estos pertenecen a la dinámica de su evolución-, pero si se espera que los alzados en armas y las fuerzas armadas contribuyan con su voluntad a la resolución pacífica de esos conflictos. Por ello, como apunta la Corte Constitucional en la revisión constitucional del Protocolo II, "... No se puede entonces excusar, ni ante la comunidad internacional, ni ante el ordenamiento jurídico colombiano, la comisión de conductas que vulneran claramente la conciencia misma de la humanidad, como los homicidios arbitrarios, las torturas, los tratos crueles, las tomas de rehenes, las desapariciones forzadas, los juicios sin garantías o la imposición de penas *ex post facto*" (Sentencia C-225/95. M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero).

6. Conviene precisar que Colombia aprobó los cuatro Convenios de Ginebra mediante la Ley 5a. de 1960, el Protocolo Adicional I fue recogido en la Ley 11 de 1992 y el II fue aprobado por la Ley 171 de 1994, instrumentos que fueron declarados exequibles en distintas épocas, lo cual muestra a las claras la vinculación del Estado Colombiano y de sus ciudadanos a tan importantes recursos del derecho internacional humanitario, cuya naturaleza es la que se viene de comentar.

7. Esa naturaleza jurídica del derecho humanitario también tiene derivaciones claras del artículo 3° común de los Convenios de Ginebra, según el cual sus disposiciones "no surtirán efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto", lo cual significa que los Estados conservan su soberanía para someter a los rebeldes al derecho penal interno, principio que también aparece ratificado por el artículo 3° del Protocolo Adicional II, según el cual no pueden invocarse las normas de dicho instrumento para justificar intromisiones extranjeras o "con el objeto de menoscabar la soberanía de un Estado o **la responsabilidad que incumbe al gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del**

Estado por todos los medios legítimos” (resaltado fuera de texto). En la referida sentencia de constitucionalidad sobre el Protocolo II, con cita del jurista chileno Hernán Montealegre, se reflexiona que “el derecho humanitario coexiste con el derecho interno, el que recibe su aplicación general, y no afecta la condición jurídica de las partes contendientes respecto a su posición legal o ilegal ante el recurso a la fuerza” (hasta aquí el autor invocado). Y continúa la Corte Constitucional, “El Estado sigue entonces detentando el monopolio jurídico legítimo de la coacción, mientras que los alzados en armas quedan sometidos a las penas previstas para delitos como la rebelión y la sedición.

2. DELITO POLÍTICO

Extinción de la acción penal y de la pena:

alcance de la ley 104 de 1993.

Actos de ferocidad y barbarie: noción

8. Dentro de ese contexto de la potestad de regular soberanamente los conflictos armados internos, que no está interferida por las reglas del derecho internacional humanitario, sin perjuicio de la política de reconciliación pero también sin descuido de mínimos éticos para la protección de la persona humana y de la población civil, surgió la Ley 104 de 1993, vigente desde su promulgación el 30 de diciembre del mismo año, que consagra “instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia” y señala “otras disposiciones”, de acuerdo con una política criminal proyectada para dos años a partir de su vigencia, mas fue el propio legislador el que experimentó la necesidad de extender el vigor de estos procedimientos de pacificación, propósito para el cual expidió la Ley 241 de 1995, vigente desde el 14 de febrero de 1996 (diario oficial 42.719), por medio de la cual “se prorroga la vigencia, se modifica y adiciona la ley 104 de 1993”.

Significa entonces que está vigente todo el título III de la Ley 104 -aunque con algunas modificaciones-, relacionado con las “causales

de extinción de la acción y de la pena”, que es el que permite y reglamenta la intervención de los jueces para coadyuvar en la búsqueda de la convivencia pacífica en relación con los conflictos armados internos.

9. Pues bien, es ahora el artículo 57 de la Ley 104 -no el 56-, en virtud de variación sistemática introducida por la Ley 241 (art. 25), el que habilita a los jueces para dictar cesación de procedimiento en favor de quienes sean procesados por los delitos políticos de rebelión, sedición, asonada, conspiración, y los conexos con éstos, siempre y cuando confiesen, y se ajusten a los demás requerimientos formales del título III de la primera ley. Pero el artículo 48, inciso final, de la Ley 104 prevé la exclusión de tal beneficio jurídico en relación con quienes hayan incurrido en “delitos atroces, genocidios, homicidios cometidos fuera de combate o con sevicia o colocando a la víctima en estado de indefensión, secuestro **o actos de ferocidad o barbarie**” (Se ha resaltado).

10. El problema que aquí se plantea no es si el delito político de rebelión subsume los delitos comunes estrechamente vinculados con él, que son necesarios para que la acción armada desplegada pueda cumplir los objetivos propuestos de derrocar al gobierno nacional o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente. O si tales hechos punibles son conexos o no lo son con el de rebelión. No, podría admitirse de una vez que los homicidios y daños cometidos por el procesado Oscar Darío Amaya Castro están dentro de la línea de realización material del propósito político propio de su condición de insurgente; pero, en virtud de las connotaciones crueles e inhumanas de estos crímenes, el peticionario queda situado dentro de las prohibiciones del artículo 48, supuesto que se trata de un acto de barbarie.

Son actos de ferocidad o barbarie los que reprueba 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 que se afectó con semejante explosión en un populoso barrio de la ciudad de Medellín -así es Robledo-, a una hora en que la concurrencia es mayor porque comienza la noche y terminan las jornadas de trabajo; a una población civil que se compungió con tan aterradora forma alevosa de atacar y darle muerte a un pequeño grupo de policías que, por ir de paso y en misión de relevos, ni siquiera tuvieron la oportunidad de pensar en la más escasa reacción.

M.P. Dr. NILSON PINILLA PINILLA

Radicado 12661 – 27 de mayo de 1999

Terrorismo, rebelión, homicidio, lesiones personales y uso de documento público falso

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Actos de ferocidad y barbarie.

Utilización de artefactos explosivos.

Delitos cometidos en combate

El censor mezcla los conceptos de delito complejo y conexidad, a pesar de sus claras diferencias. El primero implica la estructuración de un solo hecho punible y la segunda, entraña la concurrencia de varios ilícitos estrechamente relacionados, por vínculos ideológicos, consecuenciales u ocasionales.

Si consideraba que el homicidio, las lesiones y la falsedad son elementos de la descripción típica de la rebelión y, por lo tanto, comprendidos en ella, le correspondía efectuar el ataque por interpretación errónea del artículo 125 del Código Penal, modificado por el artículo 8°-1 del Decreto 2266 de 1991 y aplicación indebida de los artículos 323, 324-8, 187, 331, 332 y 222 del mismo Código.

Mientras que si lo sostenido consiste en la mencionada conexidad que lleva a la exclusión de pena, no reconocida por el Tribunal, entonces el reproche debe orientarse hacia la falta de aplicación del artículo 127 *ibídem*, ante la existencia de una pluralidad de delitos, algunos de ellos caracterizados por estar exentos de pena.

Tales contradicciones no impiden precisar que los homicidios, las lesiones y la falsedad no fueron cometidos en combate, el cual es

considerado como un enfrentamiento armado de carácter militar, regular o irregular, colectivo, determinado en tiempo y espacio, con el propósito de someter al contrario y con el fin último de imponer un nuevo régimen constitucional o derrocar al Gobierno Nacional por parte de los rebeldes.

Confrontación que implica una lucha de contrarios, una reacción ante el ataque que depende no solo de la capacidad de respuesta, sino que exige además la posibilidad de que se pueda repeler. Situación que no acontece en el caso concreto porque el artefacto fue activado por una sola persona desde una distancia prudencial y al efectuarse la explosión se extinguió el ataque, sin que la patrulla del Batallón Del’huyar pudiera rechazar una agresión que no subsistía. No se trabó el combate, hubo una acción de la insurgencia contra un escuadrón del Ejército Nacional y personas civiles, sin que la operación haya constituido una refriega.

Además, esta corporación en providencia de fecha 25 de septiembre de 1996, expresó que *“Son actos de ferocidad y barbarie los que reprueba el derecho internacional humanitario o derecho de gentes, precisamente por evidenciar la 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 que se afectó con semejante explosión en un populoso barrio..”*. (Rad. 12.051, M. P. Dr. Jorge Anibal Gómez Gallego). En el caso concreto, el medio utilizado, artefacto explosivo, llevó implícito el resultado de causar temor en los habitantes de San Vicente de Chucurí. Los tornillos y otros elementos de hierro contenidos en la bomba para aumentar su poder destructivo, expelidos con el estallido, estuvieron destinados a agravar las heridas y aumentar los padecimientos de las víctimas afectadas con la explosión, lo cual torna bárbaro el acto.

Circunstancias que impiden la aplicación de la eximente de pena que consagraba el artículo 127 del Código Penal a los delitos

señalados por el impugnante, incluido el delito contra la fe pública que simplemente menciona y no explica cómo pudo haber sido cometido durante el desarrollo de los hechos que denominó "combate".

(...)

No cabe duda que los Protocolos I y II, adicionales a los Convenios de Ginebra, ratificados por el Estado, son de obligatorio cumplimiento en los conflictos armados internacionales e internos. A pesar de que tienden a la protección de las eventuales víctimas, el recurrente de manera confusa aduce su inaplicación por el juzgador, no para favorecerlas sino pretendiendo que los homicidios y las lesiones inferidas a las personas civiles sean considerados como culposos.

La Corte en la citada providencia de 25 de septiembre de 1996, sobre la aplicación de derecho internacional humanitario indicó:

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” (“Principios metafísicos del derecho”, pág. 190). Sólo con el compromiso de los enfrentados en el conflicto, tanto los irregulares como la fuerza pública, de humanizar la terrible confrontación bélica, de evitar las crueldades innecesarias en las operaciones militares de uno u otro bando, para que no siga acreciendo el rencor y el deseo de venganza, se conserva la esperanza de la paz en la república y de la reconciliación entre los opositores armados.

Como acertadamente anota el Procurador Delegado en lo Penal, los invocados artículos 43-2, 51 y 57 del Protocolo I se refieren a los conflictos armados internacionales; la lucha por derrumbar el sistema y tratar de tomarse violentamente el poder estatal e implantar un nuevo orden por parte del E.L.N., no tienen ese carácter.

Sin embargo, se aprecia que la excesiva remisión normativa, realizada por el recurrente, no era indispensable porque interesa saber quienes son personas civiles y población civil, cuyas definiciones aparecen en el artículo 50 del Protocolo I y no en el Protocolo II, de ahí que sobrara referirse a quienes son combatientes y bastaba señalar dicho precepto en armonía con el artículo 13 de la segunda adición al Convenio de Ginebra, por ser sobre el cual gravita su planteamiento y formar parte del Derecho Internacional Humanitario, que protege a las víctimas en conflictos internos.

M.P. Dr. JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

*Radicado 13433 – 27 de agosto de 1999
Rebelión, terrorismo y homicidio terrorista*

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

*No tipifica los delitos ni señala las sanciones.
Homicidio cometido fuera de combate*

(...) si el casacionista consideraba que el homicidio del agente de policía era un hecho autónomo pero conexo con el de rebelión, se ha debido postular, simplemente, falta de aplicación del artículo 127 del Código Penal y aplicación indebida del artículo 29 del Decreto 180/88 (homicidio), por estimarse que a pesar de ser un hecho punible autónomo debía quedar impune, por haber sido cometido en combate por un rebelde y no constituir acto de ferocidad, barbarie o terrorismo.

Si lo pretendido era que se estaba en presencia de un delito complejo, al quedar el homicidio comprendido en la rebelión, como elemento típico constitutivo de la misma o circunstancia específica de agravación, se ha debido invocar, en cargo separado y subsidiario, interpretación errónea del artículo 125 del C. P. (rebelión) y aplicación indebida del artículo 29 del Decreto 180/88 (homicidio).

Pero, de todos modos, tampoco le asiste razón al recurrente.

Así, no es cierto que el homicidio del agente policial hubiera sido cometido en combate “expresión que no puede ser entendida en términos abstractos de confrontación política, ni de condición inherente o estado obvio y siempre presente de la actividad subversiva. Si se aceptara esta interpretación, habría de concluirse

que todos los actos delictivos cometidos en desarrollo de la acción rebelde serían sin excepción, actos ejecutados en combate, hipótesis de la cual no parte el legislador”¹.

El combate comporta “un enfrentamiento armado de carácter militar, regular o irregular, colectivo, determinado en tiempo y espacio, con el propósito de someter al contrario y con el fin último de imponer un nuevo régimen constitucional o derrocar al Gobierno Nacional por parte de los rebeldes.

*Confrontación que implica una lucha de contrarios, una reacción ante el ataque que depende no solo de la capacidad de respuesta, sino que exige además la posibilidad de que se pueda repeler*².

En el caso que nos ocupa no se trabó ni podía trabarse ningún combate entre la agrupación insurreccional y el solitario agente de policía, pues aquel exige un enfrentamiento de carácter colectivo.

Además, los atacantes se presentaron como personas civiles, no combatientes, resultando un contrasentido que se alegue ahora tal condición. Por otra parte, como lo explica el Procurador Delegado, el agente de la Policía Nacional se hallaba en imposibilidad de repeler tan sorpresivo ataque, pues no estaba ni preparado ni entrenado para enfrentar los ataques de la guerrilla, sino sólo para atender los asuntos atinentes a su función constitucional de proteger la vida, honra, bienes, libertades y demás derechos de los ciudadanos.

En cuanto al análisis que hace el Delegado sobre la naturaleza civil de la policía, su calidad de no combatiente y la finalidad de sus instalaciones, la Sala considera que no es necesario adentrarse en ese aspecto frente al caso concreto.

Por otra parte, descartado el combate, tampoco habría lugar a la eximente de pena del artículo 127, citado, si se considera, como

ya se expresó en otra parte de esta providencia, que se trató de un homicidio con fines terroristas.

Finalmente, tampoco se está en presencia de un delito complejo, en forma tal que la rebelión absorba el homicidio y que el procesado sólo deba ser sancionado por aquélla, pues los elementos típicos del homicidio no forman parte de la descripción típica de la rebelión.

(...)

Las normas del Derecho Internacional Humanitario que el impugnante cita como inaplicadas, están contenidas en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y en los Protocolos Adicionales I y II de 1977, los que fueron aprobados por Colombia, mediante las leyes 5 de 1960, 11 de 1992 y 171 de 1994, respectivamente, por lo que están incorporados a la legislación interna.

Sin embargo, como lo señala el artículo 3°, común a los cuatro Convenios de Ginebra y lo reiteró la Corte Constitucional al declarar exequible la ley aprobatoria del Protocolo II,

(...) las normas humanitarias no surten efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto”, conservando los Estados la potestad de regular soberanamente los conflictos armados y de “someter a los rebeldes al derecho penal interno, principio que también aparece ratificado por el artículo 3° del Protocolo Adicional II, según el cual no pueden invocarse las normas de dicho instrumento para justificar intromisiones extranjeras o ‘con el objeto de menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que incumbe al gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos’

(resaltado fuera del texto). En la referida sentencia de constitucionalidad sobre el Protocolo II, con cita del jurista chileno Hernán Montealegre, se reflexiona que ‘el derecho humanitario coexiste con el derecho interno, el que recibe su aplicación general, y no afecta la condición jurídica de las partes contendientes respecto a su posición legal o ilegal ante el recurso a la fuerza’ (hasta aquí el autor invocado). Y continúa la Corte Constitucional, ‘el Estado sigue entonces detentando el monopolio jurídico legítimo de la coacción, mientras que los alzados en armas quedan sometidos a las penas previstas para delitos como la rebelión y la sedición’ ”³.

En consecuencia, las normas del Derecho Internacional Humanitario tienen un contenido y finalidad dirigidas a ampliar la cobertura de protección a la humanidad y no a tipificar directamente los delitos ni señalar las sanciones, lo que corresponde al régimen penal de cada país.

En el caso que nos ocupa, la legislación penal colombiana y, concretamente, el artículo 29 del Decreto 180 de 1988, vigente para la época, reprimía el homicidio con fines terroristas imputado al procesado, por lo que resulta improcedente acusar la vulneración de las normas del Derecho Internacional Humanitario, que no suspenden la vigencia de las normas nacionales, lo que constituye una razón más para rechazar el cargo.

Además, no es cierto que las normas del D. I. H., legitimen la guerra o la existencia de los conflictos armados internos o el recurso a instrumentos bélicos por grupos armados irregulares o cualquier forma de ataque, sino que su filosofía, propósitos y principios buscan humanizar la guerra, evitar sus excesos y limitar los medios y métodos de acción, y, por lo tanto, no pueden ser sofisticadamente interpretadas en el sentido de que autorizan, permiten o legitiman

conductas como las que ocupan la atención de la Sala, sino que, por el contrario, aparece claro que las proscriben.

-
1. Casación 11.837, febrero 4/99, M. P. Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll.
 2. Casación 12.661, mayo 27/99, M. P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.
 3. Segunda instancia. Rad. 12051, septiembre 25/96, M.P. Dr. Jorge A. Gómez Gallego. En el mismo sentido Casación 12661, mayo 27/99, M.P. Dr. Nilson E. Pinilla Pinilla.

M.P. Dr. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Radicado 14538 – 21 de julio de 2004

*Secuestro extorsivo agravado y porte ilegal de
armas de fuego de defensa personal*

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

*El secuestro de civiles se encuentra proscrito en el derecho
internacional humanitario como método de guerra*

Tampoco le asiste la razón, puesto que la Sala ya se había pronunciado sobre el asunto, concluyendo que la tesis del casacionista no es atinada, por cuanto el secuestro de civiles resulta ajeno al conflicto armado interno, habida cuenta que está proscrito en el derecho internacional humanitario como método de guerra. En providencia del 2 de diciembre de 1998, se dijo:

La tesis expuesta por los casacionistas en el sentido de que entre los delitos de rebelión y secuestro extorsivo de personas civiles ajenas al conflicto armado, existe una relación de extensión comprensión, en razón de que el primero recoge al segundo, debiéndose aplicar solo la pena para el delito político, es jurídicamente insostenible.

La eximente de pena consagrada en el artículo 127 del Código Penal, hoy excluido del ordenamiento jurídico por haber sido declarado contrario a la Constitución Nacional (Sent. C456/97) comprendía únicamente los hechos punibles (delitos y contravenciones) cometidos en combate, siempre que no constituyeran actos de ferocidad, barbarie o terrorismo...

El secuestro de personas civiles ajenas al conflicto armado interno, está proscrito por el derecho internacional humanitario como medio o método de guerra, razón por la cual su ejercicio deviene de ilegítimo. De ahí que no pueda ser catalogado como actividad propia de la empresa subversiva, ni como acto de combate¹.

De otro lado, para el Tribunal, con base en los datos suministrados por las víctimas, fue claro que los procesados no pertenecían a ninguna organización insurreccional. En efecto, textualmente adujo: *“Estas puntuales declaraciones, vertidas precisamente por quienes fueron víctimas directas de la retención indebida por parte de un grupo de inconductados que vestían prendas de uso privativo de la fuerza pública, portaban armas de distintos calibres y se hacían pasar por integrantes de un grupo guerrillero, dan fe de la ocurrencia de un delito atentatorio de la libertad individual conocido como secuestro, pues, pese a las exculpaciones de los procesados reiterados en sus ampliaciones de indagatoria, resulta evidenciado por medios de convicción legal y oportunamente allegados, que a los señores BELTRÁN BELTRÁN y ALMANZA MOLINA se les privó de la libertad en forma violenta cuando se desplazaban a la hacienda ‘Pesqueros’ y mediante intimidación con armas se les obligó a cambiar de ruta, reteniéndoseles durante un tiempo relevante, para luego liberar al primero de los mencionados quedando en custodia el segundo mientras se conseguía una considerable suma de dinero que debía entregar BELTRÁN BELTRÁN el 22 de diciembre de 1994, comportamiento que por esas características tiene la connotación de extorsivo.*

¹. M.P. Dr., Fernando Arboleda Ripoll.

M.P. Dra. MARINA PULIDO DE BARÓN*Radicado 24310 – 18 de octubre de 2005**Concierto para delinquir agravado***DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO***Involucra conflicto armado internacional o interno.**Delito político.**Concurso entre los punibles de rebelión
y concierto para delinquir*

(...) aunque de manera tradicional se considera como actores de un conflicto armado no internacional a los miembros de movimientos insurgentes que por vía de las armas pretenden el derrocamiento del régimen vigente, en el desarrollo de los instrumentos internacionales para la protección de las víctimas de las confrontaciones armadas y ante nuevas realidades que evidenciaron enfrentamientos internos entre diversidad de grupos, no necesariamente insurgentes, que desbordaban dicha lógica, el Derecho Internacional Humanitario se dio a la tarea de involucrar en los instrumentos de humanización de la guerra a todos los posibles actores de un conflicto armado internacional o interno y las de mínimo respeto a quienes no participan en las hostilidades.

Es así como a través del Protocolo II adicional a los convenios de Ginebra se optó por una definición universal, omnicompreensiva de los diferentes actores que puedan concurrir en un conflicto armado no internacional, considerando por tales a todas las fuerzas organizadas, colocadas bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados y sometidos a un régimen de disciplina interno, cuyos miembros se consideran combatientes¹.

Precisamente esa definición fue la recogida por la legislación interna a través de la Ley 782 de 2002. Y últimamente, por virtud del artículo 72 de la Ley 975 de 2005 al considerar como conducta típica del delito de sedición la que se hace consistir en militar o pertenecer a uno de aquellos grupos, bien sea de guerrilla o autodefensas, bajo el entendido de que ellos ciertamente ejercen control territorial sobre una parte del territorio o se lo disputa mediante acciones militares sostenidas, que se dirigen ya sea contra las fuerzas regulares o bien entre los grupos armados irregulares entre sí, con la consecuencia inmediata de impedir el normal funcionamiento del régimen constitucional y legal.

No obstante lo anterior, no cabe duda que si en ese mismo escenario un grupo de personas acuerdan la comisión de delitos desligados de la lucha armada, o lo que es igual, de las causas que han llevado a sostener un conflicto que enfrenta a las fuerzas regulares del Estado con las irregulares, o a estas entre sí, tales comportamientos por manera alguna podían catalogarse de sediciosos, así se alegue la condición de miembro de un grupo de autodefensas o de uno guerrillero, y aun cuando se demuestre la efectiva militancia en el mismo.

A este respecto, ha de recordarse que esta Corporación ha prohijado el anterior criterio respecto de personas que estando incursas en el delito de rebelión, desbordan los objetivos pretendidos por la organización subversiva a la cual pertenecen, pasando a constituirse en células aisladas cuyas acciones no obedecen al logro de la finalidad política, eventos en los cuales se ha precisado que puede presentarse un concurso entre el delito de rebelión y el de concierto para delinquir. Sobre el particular tiene dicho la Sala:

(...) siempre que la agrupación alzada en armas contra el régimen constitucional tenga como objetivo instaurar un nuevo orden, sus integrantes serán delincuentes políticos en la medida en que las

conductas que realicen tengan relación con su pertenencia al grupo, sin que sea admisible que respecto de una especie de ellas, por estar aparentemente distantes de los fines altruistas que se persiguen, se predique el concierto para delinquir, y con relación a las otras, que se cumplen dentro del cometido propuesto, se afirme la existencia del delito político.

Dicho en otros términos, si los miembros de un grupo subversivo realizan acciones contra algún sector de la población en desarrollo de directrices erróneas, censurables o distorsionadas, impartidas por sus líderes, los actos atroces que realicen no podrán desdibujar el delito de rebelión, sino que habrán de concurrir con éste en la medida en que tipifiquen ilícitos que, entonces, serán catalogados como delitos comunes.

De lo contrario, se caería en el contrasentido de predicar el concurso entre el concierto para delinquir respecto de los actos de ferocidad y barbarie y la rebelión respecto de los que persiguen fines altruistas, sin tener en cuenta que unos y otros fueron realizados debido precisamente a su pertenencia al grupo insurgente y ejecutando las políticas trazadas por la dirección de la organización.

Por el contrario, si los diversos comportamientos son escindibles, de manera que algunos de ellos son realizados por varias personas concertadas para cometer delitos en beneficio puramente individual, egoísta, sin ningún nexo con la militancia política, y otros, ejecutados por esas mismas personas, se materializan en tanto miembros de la organización subversiva, el concurso entre el concierto para delinquir y la rebelión surge con nitidez².

En consecuencia, ampliado como fue por el legislador el marco de los delitos que atentan contra el Régimen Constitucional y Legal,

para incluir en ellos a los miembros de agrupaciones ilegales que responden a una estructura militar, que desarrollan acciones de tal naturaleza en parte del territorio enfrentando a las fuerzas regulares del Estado, o enfrentándose entre sí, llámense guerrilla o autodefensas, la imputación del delito político es posible sólo si el rol delictivo acordado y desarrollado apunta a efectuar las estrategias previstas por el mando responsable en el escenario de tal confrontación.

Desde luego, no quedan incluidos en esa categoría quienes hacen parte de bandas o pandillas, o quienes conforman grupos de justicia privada o de sicarios, pues no obstante que ellos acuden a la utilización de las armas, pueden llegar a ejercer cierto control territorial y asumen la forma de una organización con mandos definidos, sus acciones no se enmarcan en la lucha que pretende el derrocamiento del régimen *-guerrilla-*, ni tampoco se encamina a la eliminación de dicha disidencia por vía de las armas *-autodefensas-* de suerte que la sola pertenencia a ellos sigue siendo típica del delito de concierto para delinquir agravado.

1. Comité Internacional de la Cruz Roja, “Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados”, *Pietro Verri*, Impresora Limitada Editores, Bogotá, noviembre de 2002, pág. 16-17.

2. Auto de colisión de competencia, radicado 21639, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón

M.P. Dr. MAURO SOLARTE PORTILLA*Radicado 23893 – 26 de enero de 2006**Delitos de homicidio agravado, tentativa de homicidio y rebelión***DELITO DE REBELIÓN***Concepto**Efectos de la declaratoria de inexecutable del artículo 127 del decreto 100 de 1980.**Delitos cometidos en combate*

Para efectos de la definición del recurso, importa precisar que si estos comportamientos hubieren tenido realización con anterioridad a la ejecutoria de la sentencia C-456 del 23 de septiembre de 1997 mediante la cual la Corte Constitucional declaró la inexecutable del artículo 127 del Decreto 100 de 1980, sería evidente que los integrantes del grupo de las Farc capturados por efectivos del Ejército Nacional una vez finalizado el combate, no podrían ser juzgados sino por el delito de rebelión definido por el artículo 127 del Decreto 100 de 1980, modificado por el artículo 1º del Decreto 1857 de 1989, adoptado como legislación permanente por el Artículo 8 del Decreto Extraordinario 2266 de 1999.

Esto por la sencilla razón que el delito de rebelión subsume el tráfico, fabricación o porte de armas de fuego de defensa personal y de uso privativo de las fuerzas militares o de policía, toda vez que, como ha sido declarado por la Corte¹, es inherente a dicho comportamiento para lograr el objetivo de derrocar el Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, y, además, porque los restantes delitos realizados, en este caso fueron cometidos *en combate* por los insurgentes y no existe evidencia de que los mismos constituyeran actos de *ferocidad*,

barbarie o terrorismo, conforme la previsión al efecto contenida en el hoy en día separado del ordenamiento jurídico artículo 127 del Código Penal de 1980.

La disposición declarada contraria a los preceptos superiores por el Tribunal Constitucional, era del siguiente tenor:

ART. 127.- Exclusión de pena. Los rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo.

No obstante, a partir de la declaratoria de inexecutable del aludido precepto, el contenido de la decisión del órgano de control constitucional y la no inclusión de una disposición similar en la Ley 599 de 2000 que reemplazó el anterior Código Penal, no admite discusión alguna que los comportamientos delictivos realizados por los rebeldes que no sean elementos o circunstancia integrante de la configuración típica del delito de rebelión, en combate o fuera de él, deben, sin excepción, recibir el tratamiento de los hechos punibles concursales, como así ha sido declarado por esta Corte².

En efecto, como con acierto es destacado por la Procuradora Delegada en su concepto, cuyo criterio la Corte no puede menos que compartir,

el fallo de constitucionalidad precisa las consecuencias y alcances de la eliminación del artículo 127 del ordenamiento y permite inferir que la calidad de servidor público de los militares que en combate reciben la acción de los rebeldes no hace parte del tipo penal de rebelión, y que la calidad de militares de las víctimas de homicidio no impide que estos servidores puedan ser afectados con cualquiera de los delitos previstos en el ordenamiento penal.

En este sentido es de reiterar que los actos de rebelión no se agotan solamente en el enfrentamiento armado con los miembros de la fuerza pública, al punto que el tipo delictivo también encuentra realización en la sola pertenencia del sujeto agente al grupo subversivo y que por dicha razón le sean encomendadas labores de cualquier naturaleza, tales como financiamiento, ideológicas, planeación, reclutamiento, publicidad, relaciones internacionales, instrucción, adoctrinamiento, comunicaciones, inteligencia, infiltración, suministros, asistencia médica, o cualquier otra actividad que no se relacione directamente con el uso de las armas, pero que se constituyan en instrumento idóneo para el mantenimiento, fortalecimiento o funcionamiento del grupo subversivo. Por esto resulta de obvio entendimiento que se puede dar el calificativo de rebelde a quien tales actividades realiza, así materialmente no porte armas de fuego ni haga uso de ellas, porque la exigencia típica relativa al empleo de las armas se da con las que, en orden a lograr sus finalidades, utiliza el grupo rebelde al que se pertenece³.

Del mismo modo, si bien el tipo penal exige para su configuración que el propósito perseguido con el empleo de las armas sea derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, ello en modo alguno significa que en todos los casos los objetivos de la acción armada deban ser servidores públicos o más específicamente miembros de las fuerzas militares o de policía, como al parecer es entendido por el censor.

El casacionista supone equivocadamente, que la acción armada de los grupos rebeldes debe, necesariamente, recaer sobre miembros de la fuerza pública, o servidores públicos en general y que por dicho motivo los actos realizados en contra de éstos no pueden verse agravados pues ello implicaría desconocer la prohibición de non bis in idem. Un tal entendimiento no se colige del tipo penal, toda vez que en la definición comportamental no aparecen incluidas unas tales exigencias, no corresponde a la manera como de ordinario se busca alcanzar el propósito de derrocar las instituciones

legítimamente constituidas, ni se aviene a la interpretación constitucional del precepto que define la rebelión.

Deja de considerar el censor que doctrina y jurisprudencia se han orientado por reconocer que la acción rebelde adquiere variedad de manifestaciones asimismo delictivas, y que en su desarrollo puede verse afectado cualquiera de los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal, radicados en cabeza de autoridades o de particulares, cuya lesión o puesta en peligro no escapa a los efectos punitivos establecidos por el ordenamiento, ni siquiera so pretexto de tratarse de delitos conexos en combate o fuera de él, o que lleguen a denotar o no, actos de ferocidad, barbarie o terrorismo.

En este sentido vale la pena traer a colación, como en igual sentido procede la Delegada en su concepto, la opinión de algún reconocido autor nacional en donde se reproduce la tesis que la Sala viene de exponer:

Casi nunca las rebeliones y sediciones se presentan aisladas de delitos comunes. El ataque contra el gobierno o las instituciones, necesariamente entraña diversidad de conductas, muchas de las cuales no constituyen propiamente delitos políticos (...). Combatir hoy un sistema o un gobierno es obra más difícil que en épocas pasadas. Es una ingenuidad apelar a las armas si ese hecho no está reforzado por otras medidas estratégicas y tácticas que favorezcan la insurrección. Desde el 23 de julio de 1948, la jurisprudencia avanzó un auto en este sentido:

'Invitar al jefe de la guarnición militar a secundar el movimiento de rebelión o sedición; pedirle desarmar a la policía nacional y entregar las armas a la policía cívica; querer tomar el control de las comunicaciones, ya mediante el corte de las líneas, ya mediante la dirección de las oficinas transmisoras y receptoras,

son hechos efectuados en virtud el móvil del delito político y del cual son actos preparatorios y ejecutivos’.

Las actividades mencionadas no son sino ejemplos, a los cuales pueden agregarse muchos, sin limitaciones de ninguna clase, a saber: la toma violenta de estaciones y cuarteles; la destrucción de puentes, aeronaves, puertos y aeropuertos; la detención y aniquilamiento de contingentes; la voladura de vehículos con suministros; las huelgas y paros cívicos unidos a la acción para derrocar el poder existente; el asalto de almacenes para aprovisionar a los rebeldes, o la ocupación de poblaciones con el fin de instigar a la rebelión, la toma de bancos y el apoderamiento de dineros públicos o particulares; la ejecución de delatores o espías; las requisas domiciliarias; el robo de armas y de otros elementos de ataque y de defensa; la incautación de vehículos o su destrucción; el secuestro de personas, las lesiones, falsedades, y en fin, cualquiera de las actividades que aisladamente son delitos comunes⁴ (...).

Como quiera que lo dicho da lugar a inferir que carece de asidero la tesis que propugna por sostener que la acción rebelde sólo encuentra manifestación en el enfrentamiento armado con las autoridades de la República, hay que convenir entonces que también la población civil puede resultar afectada en su vida, integridad personal, libertad individual, o bienes patrimoniales o morales, entre otros, con ocasión de los comportamientos realizados por los alzados en armas.

Con base en este entendimiento, la Corte Constitucional, en el pronunciamiento párrafos arriba citado, precisó que

(...) la ‘inviolabilidad’ es un atributo de la persona humana, del cual la ley no puede disponer a su arbitrio.

Ni la alta consideración que se dispense al 'móvil político', o al programa ideológico que él defienda, puede llevar al legislador a optar por el sacrificio impune de las víctimas que, por su causa, arroje la violencia de los rebeldes y sediciosos. Las personas son inviolables e independientes, en la medida en que el ordenamiento constitucional garantiza que no sufrirán impunemente el daño producido por otras, así estas crean que su sacrificio se justifica en aras de un bienestar futuro para el mayor número que, en el caso de los rebeldes, se asocia al triunfo de sus ideales.

De este modo, si los efectos nocivos de la acción armada pueden aparecer evidenciados respecto de cualquier persona natural o jurídica, incluidas las que actúan a nombre del Estado, resulta legítima la manifestación de política criminal expresada en la previsión legal de agravar punitivamente los comportamientos realizados sobre la vida y la integridad personal de quienes tienen por deber defender sus instituciones, pues al momento de tomar posesión de los cargos juraron cumplir y hacer cumplir la constitución y las leyes de la República, lo que de suyo debe traer aparejado no sólo un mayor grado de compromiso sino de protección para el caso de que por dicho motivo los deberes oficiales pongan en riesgo o lesionen bienes jurídicos personalísimos como la vida, la libertad, o la integridad personal, para sólo mencionar algunos de ellos.

A efecto entonces de denotar la sin razón en el planteamiento del censor, la Sala no tiene más alternativa que reiterar el entendimiento dado por el Juez Constitucional sobre dicho particular, al indicar que

(...) los miembros de la Fuerza Pública, no sobra recordarlo, no agotan como servidores públicos su dimensión existencial. Ante todo, se trata de personas y, como tales, salvo los derechos que la Constitución

*expresamente no les otorga, gozan de los restantes. El aparato estatal requiere del esfuerzo y concurso de los militares y policías, con el objeto de cumplir misiones como las referidas a la defensa del territorio, la independencia nacional, la democracia y los derechos fundamentales. No obstante, el miembro de la fuerza pública no termina absorbido por el aparato estatal, como lo pretende una visión deshumanizadora y contraria a la dignidad de la persona humana. **En este orden de ideas, atentar contra la vida de un miembro de la Fuerza Pública, no se concreta en la simple lesión de un valor institucional.** Los militares y policías no son entelequias y, por tanto, el más elemental entendimiento de la dignidad humana, no puede negarles el carácter de sujetos pasivos autónomos de los agravios que desconozcan su personalidad y su vida (...).*

Por razón de lo expuesto, la Corte, acogiendo el criterio sentado por el Tribunal Constitucional al juzgar la constitucionalidad del artículo 127 del Decreto 100 de 1980, precisó que “en la actualidad, ante la declaratoria de inexequibilidad de la referida disposición penal, y el contenido de la decisión del órgano de control constitucional, los comportamientos delictivos que no sean elemento o circunstancia integrante de la configuración típica del delito de rebelión, deben, sin excepción, recibir tratamiento de hechos punibles concursales⁵.”

Siendo ello así, si lo que se presenta como resultado de la acción armada por parte de los rebeldes es un concurso de delitos conexos al de rebelión, cada uno debe imputarse con todos los elementos que dan autonomía a dichos comportamientos, como en este caso de manera acertada procedieron la fiscalía y los juzgadores.

Lo dicho resulta entonces más que suficiente para concluir que los juzgadores de instancia no cometieron error alguno al condenar a

los procesados imputándoles la configuración de la aludida circunstancia de agravación punitiva para los homicidios consumados y la tentativas de homicidio, por haber sido cometidos sobre servidores públicos por razón de sus funciones.

-
1. Cfr. Cas. de 12 de noviembre de 2003. Rad. 13952.
 2. Cfr. Cas. de 2 de diciembre de 1998. Rad. 11346.
 3. Cfr. Cas. de 12 de agosto de 1993. Rad. 7504.
 4. PEREZ, Luis Carlos. Derecho Penal, partes general y especial. Tomo III. Ed. Temis, Bogotá. Pág. 159. 1984.
 5. Cfr. Cas. de 2 de diciembre de 1998. Rad. 11346.

M.P. Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Radicado 26945 – 11 de julio de 2007

Concierto para delinquir agravado y fabricación, tráfico y porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas armadas, en la modalidad de conservación

1. DELITO DE SEDICIÓN

Los delitos cometidos por personas vinculadas a grupos paramilitares no pueden ser asimilados al concepto delito político

(...) **5.** La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha consignado que el *delito político* tiene ocurrencia cuando se atenta contra el régimen constitucional y legal vigente en búsqueda de un nuevo orden, resultando un imposible jurídico predicar de tales conductas su adecuación al delito de *concierto para delinquir*.

Siempre que la agrupación alzada en armas contra el régimen constitucional tenga como objetivo instaurar un nuevo orden, sus integrantes serán delincuentes políticos en la medida en que las conductas que realicen tengan relación con su pertenencia al grupo, sin que sea admisible que respecto de una especie de ellas, por estar aparentemente distantes de los fines altruistas que se persiguen, se predique el concierto para delinquir; y con relación a las otras, que se cumplen dentro del cometido propuesto, se afirme la existencia del delito político.

Dicho en otros términos, si los miembros de un grupo subversivo realizan acciones contra algún sector de la población en desarrollo de directrices erróneas,

censurables o distorsionadas, impartidas por sus líderes, los actos atroces que realicen no podrán desdibujar el delito de rebelión, sino que habrán de concurrir con éste en la medida en que tipifiquen ilícitos que, entonces, serán catalogados como delitos comunes¹.

6. Los delitos cometidos por personas vinculadas a grupos paramilitares, como es el caso de los miembros de los grupos de autodefensa que en virtud de acuerdos con el Gobierno Nacional se han desmovilizado, bajo ningún pretexto alcanzan a ser considerados como autores del punible de sedición, por cuanto tales comportamientos no pueden ser asimilados al concepto *delito político*.

7. Debido a que los hechos delictivos cometidos por cuenta o en nombre de los paramilitares no fueron ejecutados con el propósito de atentar contra el régimen constitucional y legal vigente, con denunciado apoyo de importantes sectores institucionales y procurando obtener beneficios particulares, pretender que una norma identifique como *delito político* conductas claramente señaladas como *delitos comunes* resulta contrario a la Constitución vigente, desconoce la jurisprudencia nacional y contradice la totalidad de doctrina nacional y extranjera.

8. De lo dicho se sigue que quienes hayan estado vinculados a los grupos paramilitares o de autodefensa, cualquiera sea el grado de participación en la organización y en los delitos cometidos por cuenta de la misma, no pueden ser beneficiarios de amnistía, indulto, su extradición está permitida y, por regla general, no podrán acceder al servicio público y si llegasen a ser elegidos a alguna corporación pública se encontrarán en causal de pérdida de la investidura por subsistir la inhabilidad derivada del antecedente penal que surge de la comisión de un delito que apareja pena de prisión.

2. DELITO POLÍTICO

*Difiere del delito de concierto para delinquir:
fundamentación desde la teoría del delito*

(...) **9.** Es bien sabido que toda ley debe también **guardar afinidad** sustancial con el acervo de valores, principios, derechos y deberes que consagra la Carta Política, la cual junto con el Código Penal, la Jurisprudencia y la Doctrina nacionales y comparadas, diferencian al delincuente **político** del **común**², de donde se desprende que al darles la Ley 975 de 2005 tratamiento punitivo similar, ataca valores superiores como la justicia, el orden justo, la seguridad ciudadana y jurídica, los fines de la pena, la resocialización del delincuente y la igualdad (por equipar a los que natural y jurídicamente son completamente distintos).

V.1.2. Fundamentación desde la teoría del delito:

La teoría del delito es una construcción que permite la explicación racional de los elementos que estructuran el concepto delito y desde la Constitución Política fundamenta la potestad estatal de imponer penas restrictivas de derechos a quienes vulneran los bienes jurídicos que han sido considerados como dignos, necesitados y merecedores de una especial tutela por parte del Estado.

Al hacer una comparación entre lo que se entiende por *delito político* frente a los elementos que estructuran el *concierto para delinquir*, aparecen notas sobresalientes que los hacen diferentes, inclusive los tipos penales “**se repelen entre sí, son excluyentes**”³, de manera que el legislador está impedido –so pena de subvertir el orden jurídico– para asimilarlos, homologarlos o igualarlos desde los elementos que estructuran uno y otro reato así como para darles idéntico tratamiento⁴.

Estos son algunos elementos a partir de los cuales se deriva la autonomía plena de cada uno de tales comportamientos típicos:

1. El **bien jurídico** protegido en los *delitos políticos* es el régimen constitucional y legal porque el rebelde o el sedicioso se levanta contra las instituciones para derrocarlas o perturbar su funcionamiento. En el *concierto para delinquir* se atenta contra el bien jurídico de la seguridad pública, el cual resulta lesionado cuando se altera la tranquilidad de la comunidad y se genera desconfianza colectiva para el ejercicio de las actividades ordinarias.
2. La **acción típica** del *rebelde* o *sedicioso* se encauza a un supuesto fin colectivo de bienestar pues busca derrocar al gobierno legítimo para instaurar uno que cree justo e igualitario o perturbar la operatividad jurídica del régimen vigente; en el *concierto* se busca la satisfacción de necesidades egoístas, individuales de los asociados pues el responsable de tal injusto se coliga con el propósito de cometer delitos en forma indiscriminada sin que sea necesaria la producción de un resultado y menos aún, la consumación de un ilícito que concrete el designio de la concertación⁵.
3. El **dolo** que se presenta en el *delito político* se dirige a socavar la institucionalidad proponiendo un nuevo orden o perturbando el existente y promoviendo otro en el que se mejore la dirección de los intereses públicos; el conocimiento y la voluntad de los copartícipes del *concierto* entraña solapamiento con la institucionalidad pues gracias a las carencias del Estado –la impunidad– buscan beneficios particulares a través del delito.
4. El **sujeto pasivo** del delito político es el Estado, la institucionalidad, el gobierno que se pretende derrocar o su régimen constitucional o legal suprimido o modificado, de donde se tiene que el rebelde puede ser investigado y juzgado en cualquier lugar del territorio nacional; en el concierto para delinquir el colectivo ciudadano, la sociedad, es quien resulta afectado y la judicatura del lugar en que se produce el acuerdo criminal es la encargada de investigar y juzgar el hecho⁶.

5. La **culpabilidad** predicable del *delincuente político* se constata al establecer que conocía la obligación de acatar y respetar las instituciones estatales y decidió participar en su desestabilización buscando su caída; en el *concierto para delinquir* la culpabilidad del sujeto surge del afán de satisfacer sus intereses particulares por medio de una organización creada para la comisión de delitos en forma indeterminada y del conocimiento que con su empresa se erige en un franco y permanente peligro para la sociedad en general y sin distinción⁷. A partir del principio de proporcionalidad se establece que la relación entre tipicidad y culpabilidad no permite tener como culpable de *sedición* a quien realiza una conducta típica de *concierto para delinquir* y viceversa.
6. La **punibilidad** que apareja el *concierto para delinquir* no permite tratos permisivos a los condenados y mucho menos el otorgamiento de gracias o perdones, fenómenos de alta política criminal cuya concesión se acepta para el caso de los *delincuentes políticos* como una forma de solución o apaciguamiento del conflicto⁸.
7. En el derecho internacional se observa de manera frecuente que los responsables de *delitos políticos* pueden ser acogidos a título de asilados, condición que impide otorgar en su contra la extradición. En cambio, los concertados para delinquir nunca se pueden beneficiar del asilo político y los Estados los extraditan como parte de la lucha global contra el crimen organizado.
8. Por sus fines, la calificación de una conducta como *delito político* descarta que la misma pueda ser señalada como crimen contra la humanidad⁹, genocidio¹⁰, crimen de guerra¹¹, violaciones graves de derechos humanos¹², reproches que perfectamente pueden haber constituido el motivo que dio origen al *concierto para delinquir*.

9. El éxito del *delincuente político* permite erigir un nuevo Estado en el que su comportamiento es exaltado a la categoría de heroico; el cumplimiento de las metas delincuenciales por los concertados no cambia las instituciones pero denota grave impunidad que obliga al Estado a redoblar esfuerzos que impidan a la sociedad aceptar que “el crimen paga”.
10. El *delito político* se presenta en sociedades que tienen altos grados de conflictividad social y tiende a desaparecer en comunidades que logran elevados niveles de consenso; el *concierto para delinquir* es un fenómeno delincencial que depende fundamentalmente de los fines egoístas que persiguen sus miembros y no se conoce sociedad que esté exenta del mismo¹³.

Como se puede concluir, también desde la teoría del delito es fácil constatar las diferencias que existen entre el *delito político* y el *concierto para delinquir*, siendo dicha razón una más entre las muchas que han llevado a los legisladores, nacionales y extranjeros, a diferenciar –la conducta típica y el tratamiento punitivo– entre una y otra clase de punibles, con lo que resulta fortalecida la tesis según la cual

*resulta impensable que una misma conducta ontológicamente considerada puede adecuarse a dos modelos delictivos diversos, dependiendo de factores extraños a los que deben orientar su definición como delito y el proceso de adecuación típica propiamente dicho*¹⁴.

Además: de lo que se viene de ver es impensable la equivocada idea de considerar a los miembros de otros grupos armados ilegales, diferentes a los paramilitares, como excusados de crímenes de *lesa humanidad* o de guerra, o de violaciones graves de los derechos humanos, pues la realidad impone señalar sus ataques a tales bienes como atentados que se desvinculan de la actividad *rebelde* o *sediciosa* y que por lo tanto también deben responder por *delitos comunes*¹⁵.

1. Colisión de competencias de 26 de noviembre de 2003, radicación 21639.
2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Auto* colisión de competencia, 26 de noviembre de 2003, radicación 21639.
3. Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Autos* de 23 de octubre de 1990 y de 10 de septiembre de 2003, radicación 21343.
4. Uno de los postulados fundamentales del ordenamiento jurídico está dado por el principio de proporcionalidad que en punto del delito político y el concierto para delinquir no autoriza que las consecuencias jurídicas para uno y otro punible sean iguales, pues de cara a la sociedad siempre será más disvaliosa la conducta del delincuente común.
5. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de única instancia, 18 de julio de 2001, radicación 17089 y sentencia de 23 de septiembre de 2003, radicación 17089.
6. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de colisión de competencia, 21 de febrero de 2001, radicación 18065.
7. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Autos* de 23 de octubre de 1990 y de 10 de septiembre de 2003, radicación 21343.
8. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, autos de segunda instancia, 25 de noviembre de 2004, radicación 9878 y de 7 de abril de 1995, radicación 10297, entre otros.
9. Cfr. Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 7°. Son crímenes perpetrados como parte de un ataque generalizado y sistemático dirigido a cualquier población civil (homicidio, exterminio, esclavitud, privaciones ilegales de la libertad, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo y esterilización forzada, desaparición de personas).
10. Cfr. Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 6°.
11. Cfr. Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 8°. Violaciones severas de las Convenciones de Ginebra de 12 de agosto de 1949.
12. Caracterizadas por no constituir un ataque generalizado y sistemático, y por ello su diferenciación respecto de los crímenes contra la humanidad.
13. Desde los Estados Unidos de Norteamérica, una de las sociedades más desarrolladas y con una estructura democrática avanzada, no se conoce de la existencia de grupos rebeldes pero sí es frecuente la comisión de delitos por bandas estructuradas con diversos fines antisociales, como por ejemplo de carácter racial. Igual situación se presenta en la inmensa mayoría de los Estados que integran la Unión Europea.
14. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 18 de octubre de 2005, radicación 24310.
15. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, autos de 23 de octubre de 1990 y de 26 de noviembre de 2003, radicación 21639. Mediante auto de segunda instancia de 19 de agosto de 2004, radicación 21025, se dijo expresamente que el delito de secuestro está excluido, entre otros, de los beneficios de indulto o cesación de procedimiento.



CAPÍTULO III

ACCIÓN DE REVISIÓN

“Artículo 192.4 Ley 906/04: *Cuando después del fallo absolutorio en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones. En este caso no será necesario acreditar existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates”.*

**CASO BARRIO PATIO BONITO
MUERTE DE UNA MENOR DE EDAD**

M.P. Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Radicado 26077 – 1 de noviembre de 2007

Homicidio agravado

HECHOS:

(...) Aproximadamente a las diez y media de la noche del sábado 21 de marzo de 1998, los jóvenes Nelson Javier González Macana, Miguel Ángel León y Jorge Luis y Leydi Dayán Sánchez Tamayo, se encontraban departiendo en una esquina del sector Patio Bonito, concretamente en la Calle 42G con Carrera 113b-42 en el sur de la ciudad de Bogotá, cuando se percataron de la llegada de varios vehículos, situación que les hizo colegir que se trataba de las “milicias” –grupos armados ilegales operantes en la zona- y por ello emprendieron veloz carrera, con el fin de ocultarse en un callejón, los dos primeros, y en su casa, ubicada cerca de allí, los hermanos Sánchez Tamayo.

A diferencia de su consanguíneo, la menor Leydi Dayán Sánchez Tamayo no pudo llegar a su destino, ya que fue alcanzada por el proyectil de un arma de fuego, que le causó graves lesiones en el cerebro, provocándole la muerte horas más tarde en un centro asistencial.

Se pudo establecer que en realidad los vehículos que alertaron a los jóvenes mencionados, correspondían

a la motocicleta en que se desplazaban los patrulleros José Libardo Cuspían Chávez –conductor- y JUAN BERNARDO TULCÁN VALLEJOS –parrillero-, y la camioneta en que se movilizaban los agentes de policía Israel Sierra Florián y Luis Arturo Sánchez Romero, quienes acudieron al sitio por indicación de la central de radio, con el objeto de contrarrestar la supuesta acción de una pandilla juvenil armada, denunciada telefónicamente a las autoridades por una persona que no se identificó.

Lo cierto del asunto es que primero arribó al sitio la motocicleta, de la cual descendió el patrullero TULCÁN VALLEJOS, quien desenfundó su revólver de dotación y accionó contra los jóvenes que corrían, según explicó, para responder a varios disparos que provenían de la oscuridad.

A TULCÁN VALLEJOS, precisamente, se le imputa la muerte de la menor Leydi Dayán Sánchez Tamayo, quien para esa fecha contaba 14 años de edad (...).

1. PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN

Legitimidad del Ministerio Público:

autorizado constitucionalmente para cumplir con las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

1. La Procuraduría General de la Nación, como defensora de los derechos humanos y especialmente los prevalentes de los niños, en lo cual tiene significativo interés la sociedad que representa, atendiendo a que dicha protección “no constituye un acto de caridad ni de liberalidad sino el cumplimiento y exigencia perentoria de principios y deberes como los de responsabilidad y solidaridad social a cargo del estado y sus servidores públicos (arts. 1 y 2 de la Carta Política)”¹, está autorizada constitucionalmente para cumplir con las recomendaciones realizadas por la Comisión Interamericana

de Derechos Humanos en materia de prevención de las infracciones a los derechos humanos.

Desde luego, entiende la Corte que esas facultades generales reclaman de asignación puntual de competencia para actuar en el caso específico, dentro de los lineamientos que para el efecto consagra, en el asunto examinado, la codificación penal adjetiva.

Pero, no puede pasarse por alto cómo aquí se analiza un asunto que desborda el ámbito interno de regulación penal e incluso constitucional, si se pasase por alto la forma dinámica que introduce el llamado bloque de constitucionalidad y, entonces, si no ocurre que se materialice alguna de las causales ordinariamente consignadas en nuestra legislación positiva para el efecto, sino aquella que reclama directa injerencia de un organismo internacional, elemental asoma que la exigencia simplemente formal de atender al criterio o decisión autónoma del funcionario del Ministerio Público que intervino en el proceso, además de insustancial se determina inoficiosa y ajena al contenido material del derecho que se busca proteger.

Por lo tanto, no es dable discutir la legitimidad que ampara al Procurador 7° Judicial II de Bogotá para incoar la demanda de revisión en este asunto, en cumplimiento de la comisión expresa del Procurador General de la Nación.

Ello a pesar de que en el desarrollo del trámite adelantado ante la justicia penal militar, el Procurador 241 Judicial I Penal de Bogotá que fungió como agente especial del Ministerio Público, abogó en todo momento por la absolución y desvinculación definitiva del sindicado (...). Posición que, incluso, avala de mayor manera la tesis de la Corte, como quiera que resulta un contrasentido exigir de ese funcionario, o mejor, dejar a su propia voluntad la decisión de interponer la acción, cuando es claro que ese no es su querer y, finalmente, prima la recomendación del ente internacional, fuente nutricia del trámite que ahora se finiquita.

2. SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Incorporación del Estado colombiano

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos se fundamenta en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en 1948, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en noviembre de 1969 y vigente desde julio de 1978.

Sus órganos fundamentales son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Washington D.C., y la Corte Internacional de Derechos Humanos, radicada en San José de Costa Rica.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, creada en 1959 mediante Resolución VIII de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, realizada en Santiago de Chile, es un organismo internacional que forma parte de la Organización de los Estados Americanos –OEA–.

Tiene a cargo la promoción y defensa de los derechos humanos, en desarrollo de lo cual es su atribución formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para que adopten medidas progresivas a favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos.

Mediante la Ley 16 de 1972 (publicada en el Diario Oficial N° 33780 del 5 de febrero de 1973), el Estado colombiano aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El 8 de mayo de 1985, mediante instrumento internacional, el Estado colombiano reconoció por tiempo indefinido la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, bajo

condición de estricta reciprocidad y para hechos posteriores a esta aceptación, sobre casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno.

En esa misma oportunidad, el Estado colombiano reconoció la competencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, órgano al cual la Comisión puede someter los casos por violación a los derechos humanos. Esta aceptación se hizo igualmente por tiempo indefinido y con idénticos condicionamientos.

En relación con los Estados partes de la Convención, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene la facultad de diligenciar peticiones y resolver casos que sean denunciados por violación de los derechos humanos, acatando el procedimiento señalado en la Convención, al final del cual emitirá su informe en los que expondrá los hechos y las conclusiones y, de ser procedente, *“hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada”* (artículo 51-2 de la Convención).

Establece la Convención que dichos informes serán presentados a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlos, y que transcurrido el plazo fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe.

En todo caso, la Comisión puede someter el asunto a consideración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A su turno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es un órgano judicial autónomo, cuyo propósito es aplicar e interpretar la Convención Americana y otros tratados sobre derechos humanos.

La Corte Interamericana tiene competencias contenciosa y consultiva.

La competencia contenciosa la faculta para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de la Convención, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, por declaración especial o por convención. En esencia, conoce de los asuntos en que se alegue que uno de los Estados ha violado un derecho o libertad protegidos por la Convención, siendo necesario que se hayan agotado los procedimientos previstos en la misma.

Las personas, grupos o entidades que no son Estado, no tienen legitimidad para presentar casos ante la Corte Interamericana, pero sí pueden recurrir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que a su vez está facultada, como se acotó antes, para llevar el asunto ante la Corte, siempre que el Estado cuestionado haya aceptado su competencia.

El procedimiento ante la Corte Interamericana es de carácter contradictorio. Termina con una sentencia motivada, obligatoria, definitiva e inapelable, la cual debe cumplir el Estado parte (artículos 66, 67 y 68 de la Convención).

La Corte Interamericana surgió con la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, según se anotó, fue suscrita en noviembre de 1969 y rige desde julio de 1978. Así mismo, mediante la Ley 16 de 1972, el Estado colombiano aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3. RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Naturaleza y alcance en el ordenamiento interno

(...) la Comisión emitió el mencionado Informe N° 05/06 del 28 de febrero de 2006, en el cual, conviene iterar, hizo al Estado colombiano las siguientes recomendaciones:

1. Realizar una investigación imparcial y efectiva ante la jurisdicción ordinaria con el fin de juzgar y sancionar a los responsables por la muerte de Leydi Dayán Sánchez Tamayo.

2. Reparar a los familiares de la víctima en forma integral por las violaciones a la Convención Americana establecidas en el presente informe.

3. Efectuar un reconocimiento público de responsabilidad estatal de las violaciones a la Convención Americana establecidas en el presente informe.

4. Adoptar medidas de capacitación, vigilancia y aplicación de la ley para garantizar que los agentes del Estado autorizados para emplear armas de fuego, hagan uso de aquéllas en estricto cumplimiento de los principios de necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad, particularmente en situaciones que involucren la presencia de niños y niñas, los cuales requieren especiales medidas de protección.

5. Adoptar las medidas necesarias para evitar que en el futuro se produzcan hechos similares, conforme al deber de prevención y garantía de los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana, así como dar pleno cumplimiento a la doctrina desarrollada por la Comisión y la Corte Interamericanas sobre el empleo exclusivo de la justicia penal militar respecto de los delitos de función.

El carácter limitado del alcance de las recomendaciones de la Comisión, ha sido reconocido por la jurisprudencia internacional, la nacional y por la doctrina.

Nótese, sobre el particular, cómo la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que las recomendaciones no tienen la categoría de una decisión jurisdiccional obligatoria, cuyo desacato conduciría a determinar la responsabilidad del Estado.

Así lo expresó en la Sentencia del 8 de diciembre de 1995 (Caso Caballero Delgado y Santana-Colombia), en los siguientes términos:

A juicio de la Corte, el término “recomendaciones” usado por la Convención Americana debe ser interpretado conforme a su sentido corriente de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, por ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado. Como no consta que en la presente Convención la intención de las partes haya sido darle un sentido especial, no es aplicable el artículo 31.4 de la misma Convención. En consecuencia, el Estado no incurre en responsabilidad internacional por incumplir con una recomendación no obligatoria. En cuanto al artículo 44 de la Convención Americana (norma transcrita en párrafos anteriores), la Corte encuentra que él se refiere al derecho a presentar peticiones ante la Comisión y que no tiene relación con las obligaciones del Estado (apartado 67).

Ahora bien, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969, regula en su Sección Tercera lo concerniente a la “Interpretación de los Tratados”. En sus artículos 31.1. y 31.4, citados por la Corte Interamericana, señala:

31. Regla general de interpretación. 1. 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.

(...)

Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

En este orden de ideas, es claro que si al término “recomendación” no se le otorgó un sentido especial en la Convención Americana de Derechos Humanos, el mismo debe entenderse en su sentido natural y obvio, como es la acción y el efecto de “recomendar”, el que a su vez, define el Diccionario Larousse, corresponde a “Aconsejar a alguien sobre lo que puede o lo que debe hacer por su propio beneficio”, o “encargar o encomendar a alguien que se ocupe o haga cargo de una persona o de una cosa”.

Se trata, entonces, la recomendación, de una sugerencia respetuosa, contenida en un informe, que se le hace al Estado parte, sin que tenga carácter obligatorio, en tanto, la propia Convención omitió definir un alcance diferente o especial, distinto del natural y obvio atrás referenciado.

Por su parte, la Corte Constitucional se ha referido al tema de las recomendaciones en varios pronunciamientos, analizando, en primer término, las emanadas de la Organización Internacional del Trabajo².

Manifiesta la Corte que son absolutamente claras las diferencias entre las convenciones y las recomendaciones, destacando que mientras las primeras tienen eficacia jurídica en el ordenamiento interno conferida por la Constitución Nacional, en la medida que el artículo 53 señala que “los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna”, las segundas ni siquiera son mencionadas en el Estatuto Fundamental.

Por lo tanto, las recomendaciones tienden a ser redactadas como sugerencias o invitaciones a los Estados a desarrollar determinadas políticas.

(...)

Ahora bien, en lo que respecta a las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional mantiene idéntica postura, en la medida en que ha considerado que las mismas, si bien constituyen actos jurídicos unilaterales, carecen de efecto vinculante y se limitan a proponerle a sus destinatarios un determinado comportamiento.

Reconoce, igualmente, que ciertos tribunales internacionales, así como un destacado sector de la doctrina internacionalista contemporánea, han considerado que las recomendaciones adoptadas por los órganos internacionales carecen de todo efecto vinculante.

Claro está, estima también, que dicha aseveración debe matizarse, o por lo menos, analizarse en el caso concreto. En este orden de ideas, el operador jurídico debe tomar en consideración la naturaleza del órgano internacional que adoptó la recomendación; si se trata de una invitación dirigida al Estado para que tome medidas legislativas o administrativas encaminadas a enfrentar situaciones generalizadas de violaciones de los derechos humanos o si por el contrario se alude a un caso concreto; y finalmente, los principios y las disposiciones del tratado internacional con base en los cuales la recomendación fue adoptada.

Así, por ejemplo, dado que el artículo 41 de la Convención faculta a la Comisión para “b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos”, el Estado colombiano expidió la Ley 288 de 1996, “por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de derechos humanos”.

De ahí, entonces, que haya sido necesaria la expedición de una ley con el fin de establecer un mecanismo adecuado para cumplir con las recomendaciones de los órganos internacionales de derechos humanos que refieren a la indemnización de perjuicios a las víctimas, lo cual, naturalmente, no aplica al caso concreto, al menos en lo que respecta a la recomendación N° 1 del citado Informe 5/06 del 28 de febrero de 2006.

Sobre la naturaleza jurídica y carencia de efectos vinculantes de las recomendaciones, y la morigeración de tal aseveración, se pronunció ampliamente la Corte Constitucional en la Sentencia T-558 del 10 de julio de 2003.

(...)

Es que, razona la Corte, si la sola recomendación tuviese fuerza vinculante para el Estado adscrito a la Convención Americana de Derechos Humanos, no tendría sentido adelantar, dentro del que se entiende sistema progresivo, a renglón seguido, si ella es desatendida, la actuación de naturaleza judicial ante la Corte Interamericana, que culmina, como se anotó anteriormente, con una decisión, ella sí vinculante.

En este sentido, mírese que la actuación de la Corte Suprema de Justicia, no puede ser eminentemente pasiva o de legitimación en el orden interno de la decisión tomada por la instancia judicial internacional –caso de las sentencias proferidas por la Corte Interamericana-, por la sencilla razón de que hasta el momento no se ha adelantado un nuevo proceso judicial que por su naturaleza y efectos derrumbe la cosa juzgada, luego de la práctica probatoria y argumental pertinente, desde luego, con amplio respeto por los derechos del perjudicado con la decisión.

Hasta el presente, cabe recordar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, recibió algunos informes y adelantó ciertos trámites formales, a partir de los cuales, el órgano administrativo

recomendó al Estado colombiano, también una autoridad administrativa, realizar algunas gestiones en aras de proteger los derechos humanos.

Esas gestiones implicaron, como ahora se desarrolla, acudir al Ministerio Público para que se adelante el proceso de revisión, pero de ninguna manera, como se anotó, conducen por sí mismas a determinar cubierta la causal de revisión a la que se acudió, ni mucho menos demostrado judicialmente que, efectivamente, se pasaron por alto en la investigación y juzgamiento los derechos de los afectados.

Por todo lo anterior, la Sala reitera que el efecto vinculante de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es limitado e insuficiente.

4. PROCESOS POR VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS O INFRACCIONES GRAVES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

*Admisibilidad de la causal 4ª del artículo 192
de la Ley 906 de 2004*

De acuerdo con la causal 4ª del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, aplicable a este caso, la acción de revisión procede contra sentencias ejecutoriadas “cuando después del fallo en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones. En este caso no será necesario acreditar existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates.

A su turno, el artículo 193 de la misma normatividad, señala que la acción de revisión podrá ser promovida por el fiscal, el Ministerio

Público, el defensor y demás intervinientes, siempre que ostenten interés jurídico y hayan sido legalmente reconocidos dentro de la actuación materia de revisión.

En este evento, la demanda fue presentada por el Procurador 7° Judicial Penal II de Bogotá, funcionario que si bien no intervino en el proceso (actuó, como agente especial, el Procurador Judicial 241 Penal de esta ciudad), la promovió atendiendo a la comisión emanada del señor Procurador General de la Nación, quien así lo dispuso mediante proveído del 30 de agosto de 2006.

El fundamento de la causal, como quedó consignado en el resumen de la demanda, fue el informe N° 5/06 del 28 de febrero de 2006, expedido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso 12.009 (Leydi Dayán Sánchez-Colombia), en cual concluye que el Estado “es responsable por la violación de los derechos a la vida, a las garantías judiciales, a los derechos del niño y a la protección judicial correspondientes a los artículos 4, 8, 19 y 25 de la Convención Americana en relación con su artículo 1(1), en perjuicio de la niña Leydi Dayán Sánchez Tamayo”. Así mismo, que “ha incurrido en la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial correspondientes a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana en relación con el artículo 1(1) de dicho instrumento internacional en perjuicio de los familiares de Leydi Dayán Sánchez Tamayo”.

Por lo anterior, en el informe se “RECOMIENDA”, entre otras cosas, “realizar una investigación imparcial y efectiva ante la jurisdicción ordinaria con el fin de juzgar y sancionar a los responsables por la muerte de Leydi Dayán Sánchez Tamayo”.

Establecido, entonces, que existe una decisión de instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un primer punto a dilucidar corresponde a la posibilidad de aplicar retroactivamente el numeral 4° de la Ley

906 de 2004, teniendo en cuenta que los hechos investigados ocurrieron el 21 de marzo de 1998, es decir, en vigencia del Decreto 2700 de 1991 y antes de que rigiera en el ordenamiento interno la Ley 600 de 2000.

Sobre el t3pico, cabe destacar que lo que debe definirse, antes que la legislaci3n procesal vigente para el momento de los acontecimientos, es, como en efecto indica el delegado del Ministerio P3blico, el marco constitucional en que ocurrieron los mismos y se impuls3 la cuestionada investigaci3n, que no es otro diferente al que actualmente nos rige.

(...)

Es, por todo lo anterior, admisible la causal invocada en este evento, con fundamento en el numeral 4º del art3culo 192 de la Ley 906 de 2004, a pesar de que para la fecha de los hechos, y, en general, para la 3poca en que la justicia penal militar ritu3 el tr3mite que culmin3 con sentencia absolutoria, no hab3a entrado en vigencia en el ordenamiento interno colombiano la norma en cuesti3n, en tanto, se reitera, independientemente de la legislaci3n interna regulatoria de la materia, ya para ese momento, en el 3mbito de los tratados vigentes suscritos por Colombia y, en consecuencia, con fuerza obligacional que dimana del bloque de constitucionalidad, era menester adelantar una adecuada y suficiente investigaci3n que tutelase los derechos de las v3ctimas a la verdad, la justicia y la reparaci3n.

El soporte de la misma, se itera, lo constituye el marco constitucional en rigor por ese entonces, que no es otro que los convenios y tratados internacionales aprobados y ratificados por Colombia.

En ese orden de ideas, se cumple con el presupuesto exigido por la norma en cita, como es que una instancia internacional de supervisi3n y control de derechos humanos, respecto de la cual

Colombia ha aceptado formalmente su competencia –Comisión Interamericana de Derechos Humanos-, ha emitido una decisión - Informe N° 5/06 del 28 de febrero de 2006-, con la cual ha establecido que el Estado incumplió de manera protuberante la obligación de investigar seria e imparcialmente las violaciones a los derechos humanos de la niña (...) y su núcleo familiar.

5. VÍCTIMAS

Concepto.

*Protección por los estándares internacionales
y el ordenamiento interno.*

Derecho a la verdad, justicia y reparación patrimonial

Por los efectos que para la decisión tiene el tópico, la corte estima necesario hacer algunas precisiones en torno del concepto de víctima y cómo ella, en el ámbito internacional e incluso en nuestra legislación interna, goza en la actualidad de un plus protectivo, bajo cuya égida se permite la intervención profunda de los organismos internacionales y de esta Corporación, a fin de materializar los derechos inherentes a su condición.

Partiendo del indiscutible reconocimiento de que los Estados están jurídicamente obligados a proteger los derechos humanos y, en consecuencia, deben investigar las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción con el fin de identificar los responsables e imponerles las sanciones pertinentes, porque la omisión a esta exigencia desconoce el derecho de las víctimas y sus familiares a conocer la verdad sobre lo sucedido, y a una adecuada reparación, la Constitución Política, los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, imponen el deber-obligación al Estado colombiano de incorporar en la legislación interna normas que permitan prohibir las violaciones del derecho a la vida, la integridad y libertad personales, etc., y que dispensen castigo a los responsables, lo cual, como lo recordó la Sala en la trascendente

decisión del 11 de julio de 2007, no sólo incumbe al órgano legislativo,

(...) sino a toda la institución estatal y a quienes deben resguardar la seguridad, sean éstas fuerzas de policía o fuerzas armadas. En razón de lo anterior, los Estados deben adoptar las medidas necesarias, no sólo a nivel legislativo, administrativo y judicial, mediante la emisión de normas penales y el establecimiento de un sistema de justicia para prevenir, suprimir y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, sino también para prevenir y proteger a los individuos de actos criminales de otros individuos e investigar efectivamente estas situaciones³.

En el sistema interamericano, la jurisprudencia sobre los derechos de las víctimas ha evolucionado a partir de denuncias internacionales de derechos humanos, luego de la apertura democrática en países que vivieron dictaduras en las décadas de los 70 y 80, particularmente en los casos de la autoamnistía en Chile, en Uruguay y en los casos contra Argentina por la promulgación de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, y de indultos presidenciales con posterioridad a la ratificación de la Convención⁴.

Es así como sobre el concepto de víctima, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señaló que:

(...) La palabra ‘víctima’ hace referencia a aquellos individuos que han sido afectados por la violación de sus derechos. La Comisión entiende que, en los casos en los cuales se produce una violación del derecho a la vida, la omisión del Estado de proveer recursos efectivos afecta a los familiares de la persona muerta, y por lo tanto, los transforma en ‘víctimas’ indirectas de la violación al derecho a la protección judicial, definida en un sentido amplio, es decir, incluyendo el derecho a la reparación⁵.

A su vez, la declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder, establece que:

(...) Se entenderá por ‘víctimas’ a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigentes en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

“Podrá considerarse ‘víctima’ a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión ‘víctima’ se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización⁶.

Por su parte, los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales (Principios de Bassiouni) adoptados por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU mediante resolución 2005/35, establecen que:

(...) Se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho

internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término 'víctima' también comprenderá a la familia inmediata o a las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a las víctimas en peligro o para impedir la victimización.

“Una persona será considerada víctima con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima.

Finalmente, cabe citar el Estatuto de Roma –reglas de procedimiento y pruebas-, que trae las siguientes definiciones:

*Sección III. Víctimas y testigos. Definición de Víctimas.
Por víctimas se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte.*

Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias, la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios.

En el orden interno, cabe señalar que la Carta Política de 1991 elevó a rango constitucional el concepto de víctima cuando en el numeral 4 del artículo 250 Superior (antes de la reforma introducida a través del Acto Legislativo 03 de 2002), señala que el Fiscal General de la Nación debe “velar por la protección de las víctimas”. Además, del artículo 2º de la Carta, se deduce que en las investigaciones y procedimientos necesarios para esclarecer los hechos punibles, las autoridades en general, y las judiciales en

particular, deben propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de bienes jurídicos de particular importancia para la vida en sociedad.

En cuanto a la finalidad de la intervención de las víctimas y perjudicados dentro del proceso penal, en un principio esa intervención sólo estaba orientada a la reparación de perjuicios materiales. No obstante, dicha posibilidad evolucionó hacia una protección más integral de los derechos de la víctima y hoy no se discute que también tienen un interés en la verdad y la justicia.

Es así como la jurisprudencia constitucional al advertir la necesidad de conciliar el alcance del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, de los contenidos materiales del debido proceso, del derecho de igualdad, del derecho de participación y los derechos de las víctimas, en la sentencia C-228-02, introdujo una importante modificación sobre los derechos de la parte civil en el proceso penal (en el sistema de la Ley 600 de 2000), concluyendo lo siguiente:

(...) tanto en el derecho internacional, como en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia -no restringida exclusivamente a una reparación económica- fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos.

De tal manera que la víctima y los perjudicados por un delito tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria. Algunos de sus intereses han sido protegidos por la Constitución de 1991 y se traducen en tres derechos relevantes para analizar la norma demandada en el presente proceso:

1. El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos.

2. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.

3. El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito⁷.

Esa decisión influyó en la jurisprudencia de esta Corte, pues a partir de entonces comprendió que los derechos de las víctimas de una conducta punible no se agotan en la reparación del daño patrimonial causado con el delito, ya que en un Estado social de derecho, en el caso de delitos, la justicia para las víctimas no se obtiene con la simple reparación patrimonial, sino que es necesario, además, que se realicen sus derechos a la verdad y a la justicia. El primero, en cuanto implica el derecho a que se determine la naturaleza, condiciones y modo en que ocurrieron los hechos y a que se descubran los responsables de tales conductas. Y, el segundo, en cuanto abarca la obligación del Estado a investigar lo sucedido, a perseguir a los autores y, de hallarlos responsables, a condenarlos”.

6. PRESCRIPCIÓN

Inoperancia del término prescriptivo cuando se acude a la acción de revisión

Conforme los derroteros consignados en la recomendación de la Comisión, dada la naturaleza del delito, debe precisarse el efecto de lo decidido respecto del tópico de la prescripción.

Al respecto, basta traer a colación reciente decisión que se ocupa adecuadamente del tema:⁸

“Unas precisiones adicionales, relacionadas con el tema de la prescripción.

1. Ejecutoriada una sentencia condenatoria, decae cualquier posibilidad de prescripción pues el proceso ha concluido dentro de los lapsos establecidos en la ley. Es decir, resulta inocuo, a partir de allí, pensar en la posibilidad de tal fenómeno extintivo de la acción.

2. Si se acude a la acción de revisión, entonces, no opera el fenómeno de la prescripción por cuanto se trata de reexaminar un proceso ya terminado.

3. Si la acción prospera y se retorna el asunto a una fase pretérita que incluya la caída de la sentencia, es decir, anterior a la ejecutoria de la misma, no es posible reanudar, para proseguir, el término de prescripción contando el tiempo utilizado por la justicia para ocuparse de la acción de revisión, precisamente porque el fallo rescindente no “prolonga” el proceso ya finiquitado, sino que da lugar a un “nuevo proceso”.

4. Por consiguiente:

4.1. Si respecto del fallo –obviamente en firme– se interpone la acción de revisión, no opera para nada la prescripción.

4.2. Durante el trámite de la acción en la Corte o en el Tribunal, tampoco se cuentan términos para efectos de la prescripción.

4.3. Si la Corte o el Tribunal declaran fundada la causal invocada y eliminan la fuerza de la sentencia, con lo cual, en general, se dispone el retorno del proceso a un estadio determinado, tampoco es posible adicionar el tiempo que ocupó el juez de revisión al tiempo que ya se había obtenido antes de la firmeza del fallo, para efectos de la prescripción, como si jamás se hubiera dictado.

4.4. Recibido el proceso por el funcionario al cual se le adjudica el adelantamiento del nuevo proceso, ahí sí se reinician los términos, a continuación de los que se habían cumplido hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia.

El motivo, se repite, es elemental: la acción de revisión es un fenómeno jurídico extraordinario que si bien puede romper la inmutabilidad e irrevocabilidad del fallo, no afecta otros temas, entre ellos el de la prescripción.

La Corte, entonces, insiste en su criterio, plasmado por ejemplo en la decisión del 15 de marzo de 1991, en el que afirmó:

Es importante recordar que cuando se dispone la revisión no son aplicables las normas sobre prescripción de la acción penal, pues no se puede desconocer que ya hubo una sentencia, luego no es predicable del Estado la inactividad que se sanciona con esa medida. Así mismo, nada impide que el nuevo fallo, el cual debe producirse, sea igualmente condenatorio, dada la oportunidad que se ofrece para practicar nuevas pruebas.

Sería absurdo que no existiendo un límite de tiempo para interponer el recurso extraordinario, la simple concesión de él permitiera la cesación del

procedimiento por prescripción, dando lugar así a una muy expedita vía para la impunidad y cambiando la finalidad que le da razón de ser a este especial medio de impugnación.

Finalmente, aclarado el tema de la prescripción, la Corte ordenará que se envíe lo actuado a la Fiscalía General de la Nación, a efectos de que de inmediato designe el funcionario, Fiscal Seccional de Bogotá, que ha de encargarse de adelantar el trámite del asunto a partir del momento en que tiene efectos la nulidad decretada, vale decir, desde el cierre de la investigación, inclusive, decretado por el Comandante de Policía de Bacatá, el 23 de julio de 1999.

-
1. Directivas Nos. 07, 08 y 09 del 21 de mayo de 2007, expedidas por el Procurador General de la Nación.
 2. Entre otras, las Sentencias C-562 del 22 de octubre de 1992, C-049 del 10 de febrero de 1994, C-147 del 23 de marzo de 1994 y C-468 del 25 de septiembre de 1997.
 3. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 1 de julio de 2006, Caso de la Masacre de Ituango - Colombia (negrillas agregadas). Véase <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.
 4. Documento elaborado por Claudia Cecilia Ramírez C., Corporación Sisma Mujer, Proyecto Regional Corte Penal Internacional y Justicia de Género.
 5. Caso Raquel Martín de Mejía vs. Perú, N° 10.970, informe No 5/96.
 6. Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder, suscrita en el séptimo congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente. Resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985.
 7. Con este pronunciamiento se consolidó una línea jurisprudencial ya planteada en las Sentencias C-740-01, C-1149-01 y SU-1184-0
 8. Sentencia del 15 de junio de 2006, radicado 18.769.

CASO MILITANTES DEL M-19
ASALTO A UN CAMIÓN TRANSPORTADOR DE LECHE

M.P. Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Radicado 26703 – 6 de marzo de 2008

Homicidio y lesiones personales

HECHOS:

(...) Cuando discurrían las seis y treinta de la mañana del día 30 de septiembre de 1985, varios militantes del grupo subversivo “M-19”, asaltaron un carro repartidor de leche, en momentos en que este se trasladaba por una de las vías del barrio Diana Turbay, de la ciudad de Bogotá, procediendo luego a repartir el producto entre los vecinos del sector.

Enteradas las autoridades de policía de lo ocurrido, se desplegó un amplio operativo encaminado a conjurar la acción, suscitando ello un primer cruce de disparos que condujo al lesionamiento de dos de los agentes que acudieron al lugar.

Los subversivos decidieron dividirse en varios grupos, tomando direcciones opuestas.

En estas condiciones, algunos de ellos subieron a una buseta de servicio público que cubría su ruta por el sector, acción que pudo ser observada por el agente JOSÉ MANUEL CRISTANCHO ROMERO, adscrito al F2 de la Policía Nacional, quien alcanzó a abordar el automotor y ya en su interior solicitó al conductor se desplazase hasta una estación de policía.

De inmediato uno de los sediciosos arrojó hacia la parte de adelante del automotor, donde se hallaba de

pie el policial, una especie de petardo que de inmediato estalló.

Ya después se hallaron en el interior del rodante los cuerpos sin vida de Javier Bejarano, José Alberto Aguirre, Jesús Fernando Fajardo Cifuentes y Francisca Irene Rodríguez Mendoza, todos con heridas de proyectil de arma de fuego en su humanidad. Allí mismo resultó lesionado, también por ese medio violento, Leonardo Bejarano, hermano del primero de los mencionados. El lesionado advirtió que él y su hermano no pertenecían a ningún grupo subversivo, anotando que el agente de policía, y al parecer otros servidores públicos que acudieron a prestarle ayuda, ejecutaron a las víctimas cuando estas se hallaban inermes, asunto que parece corroborar el estado en que se hallaron los cuerpos y lo arrojado por las respectivas necropsias..

1. ACCIÓN DE REVISIÓN

Naturaleza de la acción.

Diferente al recurso extraordinario de casación

Ya reiteradamente se ha señalado por la jurisprudencia de la Sala, cómo la naturaleza de la acción de revisión, precisamente por su potencialidad de derrumbar la cosa juzgada, exige de especiales causales y apropiada forma de postulación, dado que, huelga anotar, no es este un recurso más que vaya encaminado a prolongar el debate argumental o probatorio propio de las instancias.

Se busca, entonces, con este especial mecanismo, remover una sentencia que se ha demostrado injusta, en cuanto, la verdad allí declarada no se corresponde con lo realmente ocurrido.

Tampoco puede confundirse la acción de revisión con el recurso de casación, este último encaminado a verificar la legalidad de la sentencia, dado que ambos poseen un espacio y finalidades propios

que entre sí difieren, así especificados en reciente decisión¹ de esta Corporación:

*1. La acción de revisión, a diferencia del recurso extraordinario de casación—a través del cual, con apoyo en los motivos legales que lo hacen procedente, es posible discutir la regularidad del trámite procesal, el cumplimiento de las garantías debidas a las partes, los supuestos de hecho de la sentencia de segunda instancia no ejecutoriada y sus consecuencias jurídicas—, tiene como **objeto** una sentencia, un auto de cesación de procedimiento o una resolución de preclusión de la investigación que hizo tránsito a cosa juzgada y como **finalidad** remediar errores judiciales originados en causas que no se conocieron durante el desarrollo de la actuación y que están limitadas a las previstas en la ley. No es la acción de revisión por tanto un mecanismo disponible para reabrir el debate procesal, resultando indebido por lo mismo sustentarla en fundamentos propios del recurso de casación. Tampoco es una tercera instancia a la que se accede para discutir lo resuelto por los jueces o fiscales con base en los mismos elementos probatorios que les sirvieron a aquellos para tomar las decisiones.*

Lo anterior significa que por medio de la acción de revisión no se puede abrir de nuevo el debate sobre lo declarado en la sentencia.

2. PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN

Legitimidad del Ministerio Público: autorizado constitucionalmente para cumplir con las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Legitimidad del Procurador judicial comisionado

La discusión que se plantea, dice relación con la legitimidad que pueda tener el Procurador 3° Judicial II Bogotá, para, por comisión

del Procurador General de la Nación, presentar la demanda de revisión que se examina.

Al respecto, esto dijo la Sala en el fallo de revisión que sirve de soporte básico a lo que ahora se decide:²

Ahora bien, la Ley 906 de 2004, cuya aplicación procede en este evento, mantiene en términos generales, una regulación similar a la que para el trámite de la acción de revisión se contempla en la Ley 600 de 2000.

Es así como el artículo 221 de la última normatividad citada, hace radicar la titularidad para su ejercicio en los sujetos procesales con interés jurídico y que hayan sido reconocidos en el proceso penal.

Por su parte, el artículo 193 del Estatuto Procesal Penal de 2004, establece que la acción de revisión podrá ser promovida por el fiscal, el Ministerio Público, el defensor y demás intervinientes, siempre que ostenten interés jurídico y hayan sido legalmente reconocidos dentro de la actuación materia de revisión. En el asunto que ocupa la atención de la Sala, puede verificarse que el funcionario del Ministerio Público que presentó la demanda de revisión, no es el mismo que intervino en el trámite adelantado ante la justicia penal militar y, por consiguiente, en ningún momento fue legalmente reconocido durante la actuación procesal.

Luego, si en el proceso en mención fungió como agente especial del Ministerio Público el Procurador 241 Judicial I Penal de Bogotá, podría decirse que su homólogo 7° Judicial II de la misma ciudad, carecía de legitimidad para presentar la demanda y, por esa razón, debió inadmitirse.

Sin embargo, en este particular asunto, la legitimidad del demandante deviene, no en razón a las funciones específicas que como sujeto procesal le asignan las

Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, sino como consecuencia de las facultades generales previstas en el artículo 277 de la Constitución Política, en cuanto señala:

El Procurador General de la Nación, por sí mismo o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

(...)

*2ª) **Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo...**” (resalta la Sala).*

En este orden de ideas, la Procuraduría General de la Nación, como defensora de los derechos humanos y especialmente los prevalentes de los niños, en lo cual tiene significativo interés la sociedad que representa, atendiendo a que dicha protección “no constituye un acto de caridad ni de liberalidad sino el cumplimiento y exigencia perentoria de principios y deberes como los de responsabilidad y solidaridad social a cargo del estado y sus servidores públicos (arts. 1 y 2 de la Carta Política)³”, está autorizada constitucionalmente para cumplir con las recomendaciones realizadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de prevención de las infracciones a los derechos humanos.

Desde luego, entiende la Corte que esas facultades generales reclaman de asignación puntual de competencia para actuar en el caso específico, dentro de los lineamientos que para el efecto consagra, en el asunto examinado, la codificación penal adjetiva.

Pero, no puede pasarse por alto cómo aquí se analiza un asunto que desborda el ámbito interno de regulación penal e incluso constitucional, si se pasase por alto la forma dinámica que introduce el llamado bloque de constitucionalidad y, entonces, si no ocurre que se

materialice alguna de las causales ordinariamente consignadas en nuestra legislación positiva para el efecto, sino aquella que reclama directa injerencia de un organismo internacional, elemental asoma que la exigencia simplemente formal de atender al criterio o decisión autónoma del funcionario del Ministerio Público que intervino en el proceso, además de insustancial se determina inoficiosa y ajena al contenido material del derecho que se busca proteger. Por lo tanto, no es dable discutir la legitimidad que ampara al Procurador 7° Judicial II de Bogotá para incoar la demanda de revisión en este asunto, en cumplimiento de la comisión expresa del Procurador General de la Nación.

Ello a pesar de que en el desarrollo del trámite adelantado ante la justicia penal militar, el Procurador 241 Judicial I Penal de Bogotá que fungió como agente especial del Ministerio Público, abogó en todo momento por la absolución y desvinculación definitiva del sindicado JUAN BERNARDO TULCÁN VALLEJOS. Posición que, incluso, avala de mayor manera la tesis de la Corte, como quiera que resulta un contrasentido exigir de ese funcionario, o mejor, dejar a su propia voluntad la decisión de interponer la acción, cuando es claro que ese no es su querer y, finalmente, prima la recomendación del ente internacional, fuente nutricia del trámite que ahora se finiquita.

Para el caso concreto, solo resta anotar, acorde con lo verificado en la transcripción que, en efecto, cuando se trata de la causal cuarta del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, las connotaciones de la recomendación efectuada por el organismo internacional y las facultades que Constitucional, legal y reglamentariamente se han dado a la Procuraduría General de la Nación, advierten completamente legitimado a su titular, o a la persona comisionada por él, para promover, como aquí ocurre con el procurador 3° Judicial II de Bogotá, la acción de revisión que se examina.

3. RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Naturaleza y alcance en el ordenamiento interno

Como quiera que el origen de la acción no lo es una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino una recomendación del Comité, se hace necesario precisar cuál es la naturaleza de esa recomendación y, particularmente, qué efectos vinculantes tiene ella para el Estado colombiano y, particularmente, respecto de la decisión que aquí debe tomar la Corte Suprema de Justicia.

Sobre ese tópico, como se anunció en líneas anteriores, ya la Sala emitió cabal pronunciamiento en asunto similar al que se debate, dentro de la sentencia que ha servido de marco de referencia y que en concreto reseña: Ver radicado 26077 (01/11/07) M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez.

4. PROCESOS POR VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS O INFRACCIONES GRAVES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Admisibilidad de la causal 4ª del artículo 192 de la Ley 906 de 2004.

Aplicación retroactiva de la causal por hechos acaecidos en el año de 1985

Conforme el fundamento jurídico de la demanda instaurada por la representación de la Procuraduría General de la Nación, esto es, la causal 4ª del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, la acción de revisión procede contra sentencias ejecutoriadas “*cuando después del fallo en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un*

incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones. En este caso no será necesario acreditar existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates.

De igual manera, el artículo 193 de la misma normatividad, señala que la acción de revisión podrá ser promovida por el fiscal, el Ministerio Público, el defensor y demás intervinientes, siempre que ostenten interés jurídico y hayan sido legalmente reconocidos dentro de la actuación materia de revisión.

En este evento, la demanda fue presentada por el Procurador 3° Judicial Penal II de Bogotá, funcionario que si bien no intervino en el proceso, la promovió atendiendo a la comisión emanada del señor Procurador General de la Nación, quien así lo dispuso mediante proveído del 13 de diciembre de 2006.

El fundamento de la causal, como quedó consignado en el resumen de la demanda, fue el informe N° 26/97 del 30 de septiembre de 1997, expedido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso 11.142 (Arturo Ribón Avilán y otros), en cual concluye que el Estado:

(...) violó los derechos contenidos en los artículos 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad física), 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial), en concordancia con el artículo 1.1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la cual Colombia es Estado Parte, por la ejecución extrajudicial de Arturo Ribón Avilán, Yolanda Guzmán Ortiz, Martín Quintero Santana, Luis Antonio Huertas Puerto, Isabel Cristina Muñoz Duarte, José Alberto Aguirre Gutiérrez, Jesús Fernando Fajardo Cifuentes, Francisca Irene Rodríguez Mendoza, Javier Bejarano, José Alfonso Porras Gil y Hernando Cruz Herrera y la falta de justicia en la cual cayeron estos hechos.

201. *Que el Estado colombiano no dio cumplimiento al compromiso establecido en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos humanos, de adoptar, de acuerdo con sus procedimientos constitucionales y legales vigentes, las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho de las personas a obtener que se les haga justicia, mediante la sanción de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo que en desempeño de actos del servicio violaron el derecho a la vida.*

202. *Que el Estado colombiano no cumplió en este caso con su obligación de respetar y garantizar los derechos de las personas que caen fuera de combate, que se encuentran involucradas en un conflicto armado interno. La ejecución extrajudicial de las 11 víctimas constituyó una flagrante violación del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, pues los agentes del estado estaban obligados a tratar en toda circunstancia humanamente a todas las personas que se encontraba (sic) bajo su control, a causa de heridas sufridas, rendición o detención, sin importar que hubieran participado o no en las hostilidades anteriormente (...).*

Acorde con ello, en el informe se “*RECOMIENDA*”, entre otras cosas, que el Estado “*inicie las acciones que sean necesarias, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, para permitir la investigación y sanción penal de los responsables*”.

Establecido, entonces, que existe una decisión de instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un primer punto a dilucidar corresponde a la posibilidad de aplicar retroactivamente el numeral 4° de la Ley 906 de 2004, teniendo en cuenta que los hechos investigados ocurrieron el 30 de septiembre de 1985, es decir, en vigencia del Decreto 409 de 1971.

Ello fue dilucidado por la Corte en la Sentencia del uno de noviembre de dos mil siete, tantas veces relacionada... (Ver radicado 26077 (01/11/07) M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez).

(...)

Acorde con lo reseñado en el apartado jurisprudencial, si se tiene claro que los hechos por los cuales se pronunció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ocurrieron con posterioridad a la aprobación y ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que integra la legislación interna a través del bloque de constitucionalidad, no cabe duda de la pertinencia de acudir a la causal que contempla el numeral 4° del artículo 192 de la Ley 906 de 2004.

En ese orden de ideas, se cumple con el presupuesto exigido por la norma en cita, como es que una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual Colombia ha aceptado formalmente su competencia –Comisión Interamericana de Derechos Humanos-, ha emitido una decisión - Informe N° 26/97 del 30 de septiembre de 2006-, con la cual ha establecido que el Estado incumplió de manera protuberante la obligación de investigar seria e imparcialmente las violaciones a los derechos humanos de Javier Bejarano y otras personas.

5. ACCIÓN DE REVISIÓN

*Efectos en relación con la cesación de procedimiento
Causal 4ª del artículo 192 de la Ley 906 de 2004*

El numeral 4° del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, establece que la causal sólo opera respecto del fallo absolutorio, con lo cual, en principio, podría pensarse que la cesación de procedimiento ordenada por la Justicia Penal Militar, no permite acudir a este especial mecanismo.

Al respecto, debe anotarse, en primer lugar, que a través de la Sentencia C-979 de 2005, la Corte Constitucional declaró inexecutable el término “absolutorio”, que acerca del fallo pasible del recurso de revisión por obra de la causal cuarta se consagra allí, por entender que ello limita bastante la posibilidad de que se pueda derrumbar el valor de cosa juzgada, a través de la especial acción, en los casos en los cuales la condena es solo aparente y en la práctica conduce a la impunidad, reflejando así que el proceso no fue serio o imparcial.

Hecha la precisión, es necesario destacar también cómo la inclusión de la causal cuarta, dentro del listado de circunstancias que facultan acudir a la acción de revisión, si bien es novedosa en cuanto a la consagración legislativa comporta, no despunta actual o vigente únicamente desde la expedición de la Ley 906 de 2004, pues, por vía jurisprudencial ya la Corte Constitucional, en la Sentencia C-004 de 2003, había ampliado los efectos del numeral 3° del artículo 220 de la Ley 600 de 2000, precisamente para facultar que se derrumbasen las decisiones que pongan fin a un proceso que no se hubiese adelantado con seriedad e imparcialidad, generando impunidad.

En la sentencia en cuestión anotó la Corte Constitucional, que precisamente por los condicionamientos contenidos en el concepto de cosa juzgada, la posibilidad ofrecida demandaba de precisas limitaciones y, entonces, significó, para lo que nos ocupa, como exigencia necesaria para facultar la acción de revisión, que previamente exista un *“pronunciamiento judicial interno, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país”*.

No cabe duda, entonces, que lo consignado en el numeral 4° del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, constituye reproducción casi fiel de lo manifestado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-004.

Pero, en la sentencia citada, además se anotó:

(...) 37- Conforme a lo anterior, la Corte concluye que a fin de armonizar los derechos de las víctimas y el deber del Estado de lograr la vigencia de un orden justo con la protección de la seguridad jurídica y del non bis in ídem, es inevitable condicionar la constitucionalidad de las expresiones acusadas, puesto que es posible distinguir las siguientes tres hipótesis:

- De un lado, en relación con los hechos punibles en general, esas expresiones son constitucionales pues son un desarrollo legítimo de la garantía del non bis in ídem.

- De otro lado, en tratándose de violaciones a los derechos humanos y de infracciones graves al derecho internacional humanitario, dichas restricciones se tornan inconstitucionales, y por ello debe entenderse que frente a esos comportamientos, la acción de revisión por la aparición de un hecho nuevo o de una prueba no conocida al tiempo de los debates, procede también en los casos de preclusión de la investigación, cesación de procedimiento y sentencia absolutoria, con el fin de evitar la impunidad de esos comportamientos atroces y poder esclarecer la verdadera responsabilidad de los procesados. Con el fin de amparar la seguridad jurídica y el non bis in ídem, debe existir un pronunciamiento judicial interno, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, que constaten la existencia de ese hecho nuevo o de esa prueba no conocida al tiempo de los debates.

- Finalmente, también en los eventos de violaciones a los derechos humanos y violaciones graves a los derechos humanos, incluso si no existe un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo del proceso, la

acción de revisión procede frente a la preclusión de la investigación, la cesación de procedimiento o la sentencia absolutoria, siempre y cuando una decisión judicial interna, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar, en forma seria e imparcial, las mencionadas violaciones. Esa decisión judicial interna o de una instancia internacional de supervisión de derechos humanos que constata la omisión del deber estatal de impartir justicia es entonces el elemento que justifica dejar sin efecto la decisión absolutoria que había hecho formalmente tránsito a cosa juzgada, pues pone en evidencia que la cosa juzgada era en realidad aparente.

De esta manera, está claro que la Corte Constitucional, en la Ratio Decidendi de la sentencia examinada, considera que establecer restricciones a la acción de revisión cuando esta versa sobre violaciones a los derechos humanos o al Derecho Internacional Humanitario y se ha presentado decisión judicial interna o de organismo internacional de verificación de derechos humanos, atenta contra caros principios constitucionales.

Desde luego que esas mismas razones operan para lo consagrado en el numeral 4° del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, no solo porque, como se vio, este no hace más que desarrollar ese antecedente jurisprudencial, sino en atención a que los presupuestos de hecho se avienen completamente con las situaciones que referencia esa alta Corporación como sustento de la necesidad de que se pueda derrumbar cualquier decisión, no solo el fallo absolutorio o condenatorio aparente, que represente violación de derechos humanos o del Derecho Internacional Humanitario, con afectación de las víctimas por no haberse adelantado una investigación seria e imparcial.

Así las cosas, evidente surge que la decisión tomada por la Justicia Penal Militar, en cuanto decretó la cesación de procedimiento a favor de JOSÉ MANUEL CRISTANCHO ROMERO, con plenos efectos de cosa juzgada y facultad material de terminar el proceso y conducir a su archivo, se aviene con aquellas circunstancias concretas de impunidad que permiten, desde luego, con el cumplimiento de los otros requisitos consagrados en la norma, acudir a la acción de revisión para enervar esos que se entienden nocivos efectos.

6. NULIDAD

Momento desde el cual se declara la invalidez de lo actuado

La Sala, en la Sentencia del uno de noviembre de 2007, que ha servido de base a esta providencia, sostuvo lo siguiente:

Sobre el punto, ya la Sala ha manifestado en ocasiones anteriores su posición, señalando que la potestad del funcionario instructor competente, se materializa trascendente en la posibilidad de cerrar la investigación y formular la acusación, actos que no pueden ser ejecutados legítimamente por persona distinta.

Ahora, si se atendiese a que lo adelantado en la etapa instructiva, dentro de los parámetros contemplados en el Código Penal Militar, impide al procesado acceder a beneficios tales como los de colaboración con la justicia y sentencia anticipada, es necesario señalar que con la decisión invalidatoria operada a partir del cierre investigativo, se protegen los derechos del encartado, en tanto, aún es posible que, de quererlo, haga las solicitudes pertinentes sobre el particular y obtenga las rebajas punitivas o beneficios judiciales que ello pareja.

Al respecto, estableció la Corte^A:

“Por tanto, oficiosamente se casará el fallo de segundo grado y se dispondrá la invalidación de la actuación desde la diligencia de formulación de cargos para sentencia anticipada -fl. 85, cuaderno original-, acto procesal que en el trámite abreviado resulta equivalente a la resolución de acusación y que exige como requisito previo la competencia del Fiscal instructor que la profiere, de la cual como ya se precisó, carecía el Delegado ante el Juez Penal del Circuito de Chocontá.

*“Lo anterior teniendo en cuenta que la jurisprudencia de esta Sala ha sido uniforme y reiterada en **abstenerse de extender hasta los inicios de la actuación los efectos invalidantes que genera la incompetencia del fiscal instructor**, decisión reservada sólo para aquellos eventos que comprometen el desconocimiento del fuero por razón del cargo dada su naturaleza puramente objetiva -Cfr: Sentencias del 18 de septiembre de 1996, radicado 9.9.96; 13 de marzo de 1997, radicado 9592; 16 de mayo de 2001, radicado 13004, 6 de marzo de 2003, radicado 17550, entre otras (resaltado ajenas al original).*

Precisamente, sobre este particular, la Corte ha limitado la invalidación total de lo adelantado en la fase instructiva, a los casos específicos en los que, contando con fuero la persona, la investigación se adelantó por funcionario instructor incompetente. Así se ha dejado sentado pacífica y reiteradamente, entre otras decisiones, en Sentencia del 21 de febrero de 2002, Radicado 15234, cuya parte pertinente reza:

“Al respecto la Sala, de manera reiterada ha sostenido, que si ab inicio se establece que se trata de persona aforada y no obstante lo cual, un funcionario incompetente dicta resolución de apertura de instrucción, recibe indagatoria y practica pruebas, lo único inválido será aquella decisión y la indagatoria, pero no los restantes medios de convicción, los que

conservan su validez y se entienden incorporados a las diligencias de indagación preliminar⁵.

En los demás casos, la Corte ha establecido el límite a partir del cual, en la instrucción, se entiende pasible de saneamiento la actuación cuando ella ha sido surtida por funcionario incompetente.

Así lo dijo en decisión del seis de mayo de 2001, en el radicado 13.004:

Se casará el fallo, entonces, de acuerdo a como lo solicitan los Procuradores Delegados ante el Tribunal y la Corte. Y la invalidación será, inclusive, desde la orden de celebrar la audiencia de aceptación de cargos, dispuesta por el Fiscal 13 Seccional de Fusagasugá al finalizar la ampliación de indagatoria de POLO MILLAN (fl. 101 c. principal). Dicha determinación, en cuanto acto de preparación de la calificación del sumario (el cual tiene lugar en la respectiva audiencia en virtud de la equivalencia legal prevista en el artículo 37 B-2 del C. de P.P.) supone la competencia del Fiscal instructor, de la cual carecía el Delegado ante el Juez Penal del Circuito del municipio anotado.

No existe ninguna razón para acceder a la invalidación de toda la actuación, que fue lo que solicitó el Procurador Delegado en su concepto. Uno de los fines de la investigación es el esclarecimiento de los hechos y naturalmente la determinación de si se ha infringido o no la ley penal, por lo que los actos de instrucción orientados a esa finalidad se consideran válidos ante la eventualidad de que como producto de los mismos se genere una conclusión de cambio de competencia. La jurisprudencia de la Sala ha sido reiterada al respecto y ha considerado que sólo es viable extender el vicio de incompetencia al auto de apertura de la instrucción en casos de fuero por razón del cargo, en atención a que en los mismos el privilegio se deriva

de una circunstancia puramente objetiva, que como tal se puede advertir antes de la iniciación del proceso⁶.

Por último, en auto del 10 de agosto de 2005, Radicado 23871, esta corporación señaló:

a) El Tribunal declaró la nulidad de la acusación, pues consideró que la conducta que recogía lo relacionado con el arma de uso privativo de la fuerza pública era el porte, no la conservación, y que, por tanto, la calificación solo la podía proferir el fiscal seccional (competente para conocer del porte) y no el especializado (a quien la ley le asignó la conservación).

Pero olvidó que el acto de clausura exige plena competencia, porque si bien cualquier delegado de la fiscalía puede instruir, solo en quien recaigan todos los factores de competencia está habilitado para ordenar el cierre”.

Evidenciado que el asunto ahora sometido a examen, no comporta el presupuesto de tratarse de persona aforada el encartado –todo lo contrario, como se ha referenciado a lo largo de esta providencia-, la decisión de nulidad no tiene por qué abarcar la investigación en su desarrollo, sino apenas los momentos procesales en los cuales se demanda de competencia objetiva del fiscal, vale decir, el cierre instructivo y consecuente calificación del mérito de la instrucción.

No son necesarias mayores precisiones, dada la claridad de lo antes reseñado, tornándose imperiosa la declaratoria de nulidad a partir del auto de cierre investigativo, inclusive, pues, no fue el fiscal competente quien emitió esta providencia y la calificatoria, ni era del resorte del Juzgado de Primera Instancia, Comando de Policía Bacatá, adelantar la fase de enjuiciamiento’

Frente a lo transcrito, el Ministerio Público señala que efectivamente conoce y acepta como válida la postura de la Corte, pero significa que en el caso concreto debe retrotraerse la actuación para que la invalidación cobije, inclusive, la indagatoria del procesado y su ampliación, dado que en esos actos procesales estuvo acompañado de otro efectivo policial, a manera de defensor, y no se conoce que fuera abogado, con lo cual se vulnera el derecho de defensa, asunto que debe ser considerado por la Sala en esta instancia.

Respecto de ello, en primer lugar debe señalar la Corte, que la solicitud efectuada por el representante de la Procuraduría implica para esta Corporación desbordar el objeto y alcances de la acción examinada de fondo que, como se recuerda, obedece a la causal 4° consignada en el artículo 192 de la Ley 906 de 2004, por consecuencia de la recomendación que realizara el Comité Interamericano de Derechos Humanos, en busca de que se investigara seria e imparcialmente el hecho, para que así se protegiera el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la preparación.

Bajo tan precisos postulados fácticos y personales, el análisis obligado de hacer no puede consultar la propuesta efectuada por el Ministerio Público, en tanto, resulta ella ajena a la competencia de la Corte, signada esta precisamente por el objeto del mismo, entre otras razones, porque de abrirse tan puntual posibilidad, muchas otras pueden ingresar por el mismo camino, en lo que respecta al trámite adelantado por la Justicia Penal Militar.

Junto con ello, si se tratase de verificar lo postulado por el funcionario en su alegato final, la apreciación de lo ocurrido en la indagatoria practicada con el procesado el día 20 de junio de 1988, no permite concluir que de verdad el procesado careciese de defensa técnica o mejor, que quien lo representó no fuese idóneo para el efecto.

Así, al comienzo de la diligencia, cabe destacar, se anota que el defensor fue designado para esa actuación expresamente por el procesado, correspondiendo la función al Capitán de la Policía Nacional Carlos Alberto Vélez Fadud”.

7. ANÁLISIS PROBATORIO EN REVISIÓN

Ahora, el que no se trate aquí de definir responsabilidad penal, no obsta para que la Corte, dentro de la verificación objetiva que hizo del trámite adelantado por la Justicia penal Militar, en aras de definir si este fue serio e imparcial, advierta cuando menos digno de credibilidad el testimonio del sobreviviente, pues, basta acudir a lo que la prueba arrimada al expediente informa, para observar completamente sesgada y parcializada la actuación de los funcionarios de primera y segunda instancias, quienes con una pretensión clara de lograr la impunidad de los miembros de la Fuerza Pública, no solo se abstuvieron de investigar las aristas incriminatorias consignadas en la atestación de Leonardo Bejarano, sino que tomaron de forma aislada y descontextualizada las pruebas recogidas, dando credibilidad a la declaración del procesado, cuando esta ni siquiera reseña lo ocurrido, en tanto, argumentó el policial no recordar lo sucedido después de que detonó el explosivo.

Entonces, si ni siquiera el procesado controvertió efectivamente lo dicho por Leonardo Bejarano, aduciendo una especie de amnesia producida por la onda explosiva, era necesario que la investigación se dirigiera a establecer la veracidad de lo expuesto por el testigo.

Lejos de ello, tanto la primera como la segunda instancias automáticamente desecharon lo expresado por el declarante, basados en que pertenecía al grupo subversivo, a pesar de que ninguna prueba se aportó sobre el particular y ni siquiera se le vinculó penalmente por una dicha pertenencia o por los hechos ocurrido la mañana del 30 de septiembre de 1985.

(...)

Sucede, no obstante, que las diligencias de necropsia, el croquis elaborado respecto de la posición de las víctimas en la buseta y las fotografías tomadas a la posición de los cadáveres en el interior del vehículo de servicio público, advierten ajeno al combate o la pretensión defensiva pregonada por el procesado, el resultado mortal.

Si de verdad, como debería entenderse de lo que parcamente señaló el policial y expresamente se consigna en las decisiones de ambas instancias, el servidor público reaccionó en contra de los subversivos una vez pasada la explosión, disparando su arma contra ellos por intentar estos arrojar otros artefactos de similar tenor, resultaría imposible que estos fueran impactados en las regiones anatómicas señaladas en las correspondientes actas de necropsia, o en la posición en que tuvieron que hallarse para verificar la trayectoria de los disparos que allí también se despejó.

-
1. Auto del 25 de julio de 2007, Rad. 23.690.
 2. Sentencia del uno de noviembre de dos mil siete, Radicado 26.077
 3. Directivas Nos. 07, 08 y 09 del 21 de mayo de 2007, expedidas por el Procurador General de la Nación.
 4. Auto del 17 de agosto de 2006, Rad. 21.923.
 5. Ver, entre otras única 13806, auto junio/98. M. P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda; casación 9412 noviembre 5/96 y 9842 octubre 8/97, M. P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda
 6. Cfr. Sentencia del 18 de septiembre de 1996, Rad. 9.9.96.

CASO DE LOS 19 COMERCIANTES

M.P. Dr. JAVIER ZAPATA ORTÍZ

Radicado 24841 – 6 de marzo de 2008

Homicidio agravado, secuestro y hurto

HECHOS:

Fueron resumidos de la siguiente manera por el Juzgado Militar de Primera Instancia:

En el mes de octubre de 1987, los ciudadanos particulares ÁLVARO LOBO PACHECHO, JERSON RODRÍGUEZ, ISAREL PUNDOR, ÁNGEL BARRERA, ANTONIO FLÓREZ OCHOA, CARLOS ARTURO RIATIGA, VÍCTOR AYALA, ALIRO CHAPARRO, JAVIER PÉREZ, ÁLVARO CAMARGO, RUBÉN PINEDA, GILBERTO ORTIZ, REINALDO CORZO, HERNÁN JÁUREGUI, JUAN BAUTISTA, ALBERTO GÓMEZ y LUIS SUASA, se reunieron en la ciudad de Cúcuta y adquirieron mercancías de contrabando, cuyo valor se ha estimado entre 50 y 70 millones según los precios de esa época y emprendieron viaje en dos camiones de placas XK3363 y UZ0265, un taxi y un campero de placas UR3780 y MC2367, con rumbo a la ciudad de Medellín.

Como quiera que las mercancías eran de contrabando y para eludir los retenes y controles aduaneros optaron por internarse dentro de la ruta de la zona del Magdalena Medio que corresponde a los departamentos de Santander, Boyacá y Antioquia. El último reporte de los mercaderes se obtuvo con sus

familiares, vía telefónica desde Puerto Araujo, en donde incluso fue observado y requisado uno de los vehículos en un retén militar y a partir de ese momento no se tuvo más noticia de esas personas.

En tales condiciones, dos jóvenes de nombres JUANITO MONTERO y FERNÉY FERNÁNDEZ, se abocaron (sic) en la aventura de ir a buscarlos para conocer de su suerte y resulta que también desaparecieron junto con una motocicleta en que se transportaban estos últimos.

Pasado un tiempo los familiares de los desaparecidos organizaron grupos de búsqueda, se internaron en el Magdalena Medio y con fundamento en sus apreciaciones dedujeron que los mercaderes habían sido retenidos por grupos mal llamados paramilitares y así lo hicieron conocer de las autoridades, hasta que la investigación por versiones de varias personas e incluso de sujetos pertenecientes a esos grupos, condujo a establecer que los 19 mercaderes habían sido secuestrados después de pasar por un punto denominado Lizama y llevados a la finca el Diamante de propiedad del Jefe de los paramilitares HENRY PÉREZ, en donde fueron miserablemente asesinados, descuartizados sus cuerpos y arrojados a las aguas del río Ermitaño como afluente del Magdalena.

Las mercancías fueron sustraídas por los mal llamados paramilitares, repartidas varias entre ellos y la mayoría fueron puestas a la venta en el almacén “Q-qui”, ubicado en el municipio de Puerto Boyacá y de propiedad de la esposa del reconocido Jefe de los paramilitares HERNRY PÉREZ. Los vehículos fueron destruidos en sus partes mediante el empleo de acetileno y arrojados a las aguas del río Magdalena. Con fundamento en versiones aceptadas por la Fiscalía de Derechos Humanos y que serán objeto de crítica probatoria en el contexto de esta providencia, se dispuso vincular a los militares sindicados en autos:

General(r) FARUK YANINE DÍAZ, Teniente Coronel(r) HERNANDO NAVAS RUBIO, Mayor(r) OSCAR DE JESÚS ECHANDÍA SÁNCHEZ y Sargento Primero(r) OTONIEL HERNÁNDEZ ARCINIEGAS, a quienes se les resolvió su situación jurídica, a través del proceso, profiriéndose en su contra medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, bajo las sindicaciones de conformar y auxiliar a los mal llamados grupos paramilitares que para esa época operaban en el Magdalena Medio, así como el haber participado en el secuestro y posterior asesinato de cada uno de los infortunados mercaderes. (Folio 10 Cdno. 1)

1. PROCESOS POR VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS O INFRACCIONES GRAVES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Admisibilidad de la causal 3ª del artículo 220 de la Ley 600 de 2000.

Exequibilidad de la norma (sentencia C-004/03)

48. Pertenece a la esencia del derecho penal interno el principio de *cosa juzgada*, previsto en el artículo 29 de la Constitución Política y desarrollado por el artículo 19 del Código de Procedimiento Penal (*Ley 599 de 2000*), según el cual, la persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometida a una nueva actuación por la misma conducta, aunque a ésta se le dé una denominación jurídica distinta.

49. Sin embargo, dicho principio, generalmente conocido como *non bis in ídem*, no es absoluto, puesto que en consideración a intereses superiores de justicia y al interés público prevalente en el resultado de la acción penal, la misma normatividad contempla excepciones taxativas y establece un procedimiento, denominado

acción de revisión, para remover el estatus de cosa juzgada alcanzado por la sentencia ejecutoriada o la providencia que tenga la misma fuerza vinculante, cuando se demuestre que son materialmente injustas, a través de alguna de las causales previstas en el artículo 220 de la Ley 600 de 2000.

50. La causal la que acude el demandante, en la concepción original del numeral 3° del artículo 220 de la Ley 600 de 2000, permite la revisión cuando “*después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad*”.

Como se observa, aquél motivo de revisión estaba destinado exclusivamente contra las sentencias condenatorias y por el surgimiento de hechos nuevos o pruebas nuevas, con aptitud para establecer la inocencia o la inimputabilidad del condenado.

51. Sin embargo, al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra dicho precepto, mediante Sentencia C-004 de 2003 (*20 de enero*), la Corte Constitucional lo declaró exequible,

en el entendido de que, de conformidad con los fundamentos 31, 36 y 37 de esta sentencia, la acción de revisión por esta causal también procede en los casos de preclusión de la investigación, cesación de procedimiento y sentencia absolutoria, siempre y cuando se trate de violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, y un pronunciamiento judicial interno, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, haya constatado la existencia del hecho nuevo o de la prueba no conocida al tiempo de los debates. Igualmente, y conforme a lo señalado en los fundamentos 34, 35 y 37 de esta

sentencia, procede la acción de revisión contra la preclusión de la investigación, la cesación de procedimiento y la sentencia absolutoria, en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, incluso si no existe un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo de los debates, siempre y cuando una decisión judicial interna o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar en forma seria e imparcial las mencionadas violaciones.

52. Entonces, para la prosperidad de la causal tercera de revisión contenida en artículo 220 la Ley 600 de 2000, cuyo espectro fue ampliado por la decisión de la Corte Constitucional, el demandante debe demostrar lo siguiente:

- *Que la providencia cuya autoridad de cosa juzgada busca removerse haya decidido la precluir la investigación, cesar procedimiento o sentencia absolver a los implicados.*
- *Que los hechos investigados dicen relación con violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario.*
- *Que un pronunciamiento judicial interno, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por Colombia, haya constatado la existencia del hecho nuevo o de la prueba no conocida al tiempo de los debates.*
- *O, alternativamente que, no existiendo un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo de los debates, una decisión judicial interna o una decisión de una instancia internacional*

de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente en Colombia, constató un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar en forma seria e imparcial con violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario.

El numeral 4° del artículo 192 del Código de Procedimiento Penal para el sistema acusatorio, Ley 906 de 2004, contiene un precepto similar, en el que se dice expresamente que no es necesario acreditar el hecho nuevo o la prueba nueva, si una instancia internacional reconocida por Colombia, verificó un incumplimiento protuberante del Estado de su obligación de investigar en forma seria e imparcial infracciones graves a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario.

53. El Procurador 24 Judicial Penal II tiene legitimidad e interés jurídico en la instauración la demanda; y ésta satisface los anteriores requisitos –con excepción del relativo a la prueba nueva, no necesario en el presente asunto-, por lo cual sus pretensiones están llamadas a prosperar”.

2. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Cumplimiento obligatorio de sus fallos por parte del Estado colombiano

(...) la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* es un juez colegiado cuyos fallos son obligatorios y vinculantes para los Estados Parte de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, bajo la condición de que el Estado haya declarado que “*reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención (Artículo 63).*”

Colombia es Estado Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a través de un instrumento de derecho internacional público declaró que reconoce como obligatoria de pleno derecho, la competencia de la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Por consiguiente, los fallos de este órgano judicial son vinculantes y de obligatorio acatamiento para el Estado colombiano.

En efecto, el Estado Colombiano:

El 21 de junio de 1985 presentó un instrumento de aceptación por el cual reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por un tiempo indefinido bajo condición de estricta reciprocidad y para hechos posteriores a esta aceptación, sobre casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno. En el mismo instrumento reconoce la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido, bajo condición de reciprocidad para hechos posteriores a esta aceptación, sobre casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno¹.

63. En el trámite de esta acción de revisión, en respuesta a una consulta sobre la fuerza vinculante de la Sentencia del 5 de julio de 2005, proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de “Los 19 Comerciantes”, la Directora de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia, con oficio DDH. GOI 45651/2483 del 5 de septiembre de 2007, conceptuó:²

En lo referente a la pregunta sobre la fecha a partir de la cual tiene fuerza vinculante la sentencia de la Corte Interamericana de 5 de julio de 2005 y cuáles son los requisitos para ello, le informo que Colombia mediante Ley 16 de 1972 ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el 21 de junio de 1985 aceptó la competencia de la Corte Interamericana. En este sentido, de acuerdo con el artículo 68 de la Convención Americana, los Estados partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso que sean partes y en el caso concreto de “19 comerciantes” la sentencia tiene fuerza vinculante a partir del momento de su notificación al Estado, es decir desde el 19 de julio de 2004.

Así mismo, me permito recordar que la sentencia proferida en esta caso dispone sobre el cumplimiento de las medidas de reparación:

El Estado obligado no puede invocar las disposiciones de derecho interno para modificar o incumplir sus obligaciones de reparar, las cuales son reguladas en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinaciones de los beneficiarios) por el Derecho Internacional³.

En este caso, cuando se actúa como órgano de control y supervisión de derechos humanos, se está ante una decisión de carácter vinculante.

3. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Intangibilidad e inobjetabilidad de sus fallos

64. De conformidad con lo estipulado en el artículo 66 de la *Convención Americana Sobre Derechos Humanos*, el fallo de la *Corte* es definitivo e inapelable.

En el fallo del 5 de julio de 2004, en el caso de “Los 19 Comerciantes”, la “Corte tuvo por probado (*supra párr. 86.b*) que miembros de la Fuerza Pública apoyaron a los ‘paramilitares’ en los actos que antecedieron a la detención de las presuntas víctimas y en la comisión de los delitos en perjuicio de éstas. Ha quedado demostrado (*supra párr. 85.b*) que los altos mandos militares y “paramilitares” creían que las primeras 17 presuntas víctimas vendían armas y mercancías a los grupos guerrilleros de la zona del Magdalena Medio”.

De igual manera, declaró que el Estado colombiano vulneró el principio del “juez natural”, estipulado en los artículo 8.1 y 25 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, porque con relación a los militares presuntamente implicados, cesó el procedimiento la Justicia Penal Militar, cuando el asunto era de competencia de la justicia ordinaria. Cabe recordar el los párrafos 174 y 177 del fallo:

*174. El juzgamiento de los militares vinculados a la investigación de los delitos cometidos contra los 19 comerciantes por jueces penales militares que carecían de competencia, el cual culminó con la cesación de procedimiento a su favor, implicó una violación al principio de juez natural y, consecuentemente, al derecho al debido proceso y acceso a la justicia, y además conllevó a que no fueran investigados y sancionados por tribunales competentes los miembros de la fuerza pública que participaron en los hechos (*infra párr. 263*).*

(...)

177. Por todo lo anterior, la Corte concluye que Estado violó los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma...

Por ello, la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* impartió, entre otras, las siguientes órdenes: “*Por unanimidad,*

5. el Estado debe, en un plazo razonable, investigar efectivamente los hechos del presente caso, con el fin de identificar, juzgar y sancionar a todos los autores materiales e intelectuales de las violaciones cometidas en perjuicio de los 19 comerciantes, para los efectos penales y cualesquiera otros que pudieran resultar de la investigación de los hechos, y que el resultado de este proceso deberá ser públicamente divulgado, en los términos de los párrafos 256 a 263 de la presente Sentencia.

Entonces, lo inobjetable, lo que debe cumplirse sin posibilidad de oponer argumentos en contra es la orden que la autoridad competente investigue efectivamente los hechos, para identificar y juzgar a los responsables.

Debe quedar claro que la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* declaró la responsabilidad del Estado únicamente, en los términos antes vistos. La tipificación de las conductas punibles, su calificación circunstanciada y la individualización de los autores y partícipes es, precisamente, lo que corresponde a la autoridad nacional competente, vale decir, investigar a la Fiscalía General de la Nación y, si a ello hubiere lugar, adelantar la etapa del juzgamiento a los jueces de la jurisdicción penal común que resultaren competentes.

65. El defensor del general retirado FAROUK YANINE DÍAZ postula argumentos para atacar la Sentencia del 5 de julio de 2005 de la Corte Interamericana de Derechos humanos, en cuanto a su motivación y decisión.

Piensa que el Tribunal Superior Militar sí era competente, toda vez que, de acuerdo con la Constitución Política de Colombia, el Consejo Superior de la Judicatura, al dirimir un conflicto, atribuyó el conocimiento del asunto a la justicia castrense.

No debe perderse de vista que la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* adelantó un proceso contra el Estado colombiano, donde el gobierno tuvo todas las posibilidades de defensa que el Sistema Interamericano contempla. Si en ese escenario, después de agotar el debido proceso, dicha *Corte* determinó que el caso de “Los 19 Comerciantes” debió ser investigado por la justicia ordinaria y no por la jurisdicción penal militar, tal conclusión es ya inobjetable, porque su sentencia es “definitiva e inapelable”, como en forma diáfana lo estipula el artículo 67 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

Por lo tanto, esa discusión sencillamente no puede volver a plantearse en el contexto procesal interior.

-
1. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. OEA. Washington.D.C. 2007-2007. P 53.
 2. Folio 73, cdno. 3, acción de revisión.
 3. Corte IDH, Caso “19 comerciantes”, Sentencia de 5 de julio de 2004, párrafo 221.



CAPÍTULO IV

**JUSTICIA PENAL MILITAR:
competencia, fuero militar y conductas relacionadas
con el servicio**

M.P. Dr. NILSON PINILLA PINILLA

Radicado 18499 – 25 de octubre de 2001

Homicidio agravado, concierto para delinquir y terrorismo

1. JUSTICIA PENAL MILITAR

Incompetencia funcional para el juzgamiento de civiles

Al amparo de la causal tercera de casación, se predica que el juicio está viciado de nulidad, por incompetencia funcional de la justicia ordinaria y desconocimiento de corresponder a la Penal Militar, reproche al que se unen los defensores de (...), quienes estiman que estos civiles también debieron ser juzgados por la especialidad castrense, porque los delitos por los cuales fueron condenados les fueron imputados como auxiliares de los miembros de la Fuerza Pública.

Razón tiene la representación del Ministerio Público, en cuanto carece de sustento legal y constitucional que civiles puedan ser sometidos a una jurisdicción que expresamente los excluye, ya que la Constitución Política de 1991, bajo cuyo amparo se adelantó la etapa del juicio, descarta categóricamente esa posibilidad, aún en estado de excepción, como se lee en el inciso final de su artículo 213: “En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar”, disposición que deja sin mínima base la alegación de nulidad por tan supuesta incompetencia funcional.

Por el contrario, por carecer de relación alguna con el servicio que está a cargo de las fuerzas del orden los comportamientos enrostrados, constitutivos de terrorismo, también los oficiales del Ejército y de la Policía Nacional fueron investigados y juzgados por la jurisdicción común, de conformidad con la previsión del

artículo 221 de la Carta Política, modificado por el Acto Legislativo N° 02 de 1995, que sustituyó el 170 de la anterior Constitución y enfatiza que “De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar”.

Siendo palmario que el cargo de nulidad, por supuesta incompetencia, planteado por la defensa de los civiles (...) y (...), no prospera, tampoco tendrá el resultado que se demanda en los libelos a nombre de los oficiales.

2. JUSTICIA PENAL MILITAR

Competencia: delito relacionado con el servicio

Esa definición de competencia tuvo como fundamento el artículo 170 de la Constitución de 1886, pero sus presupuestos no variaron en el 221 de la Carta Política de 1991, cuyo alcance, como bien lo acotó la representante del Ministerio Público, fue precisado por la Corte Constitucional en sentencia C-358 de 1997, análisis concretado por esta Sala en sentencia del 21 de febrero de 2001, radicación 12.308, siendo ponente el Magistrado Jorge Aníbal Gómez Gallego, así:

Conforme a la interpretación restrictiva que se impone en este campo, un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor -es decir del servicio- que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la Fuerza Pública...

La expresión “relación con el mismo servicio”, a la vez que describe el campo de la jurisdicción penal militar, lo acota de manera inequívoca. Los delitos que

se investigan y sancionan a través de esta jurisdicción no pueden ser ajenos a la esfera funcional de la fuerza pública. Los justiciables son únicamente los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, cuando cometan delitos que tengan “relación con el mismo servicio”. El término “servicio” alude a las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares -defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional- y de la policía nacional -mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica-.

Allí mismo agregó la Corte Suprema, en cuanto a los presupuestos para ser cobijado por la Justicia Penal Militar:

Tal definición, según el fallo de constitucionalidad examinado, exige tres precisiones:

- a) Que el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad conectada con una función propia del cuerpo armado;*
- b) Que en el caso de conductas punibles de inusitada gravedad, por ser abiertamente contrarias a la función constitucional de la fuerza pública, de una vez se rompe el nexo funcional del agente con el servicio; y*
- c) Que la relación del hecho punible con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran en el proceso.*

M.P. Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Radicado 17550 – 6 de marzo de 2003.

*Homicidio, favorecimiento, falsedad ideológica en
ejercicio de funciones, concusión y cohecho*

COLISIÓN DE COMPETENCIA

Precisión y alcance del concepto “ley del proceso”.

*Excepcionalidad que permite variar la competencia ante la
aparición de nuevos hechos, ello en preservación del principio
constitucional de juez natural*

5. En ese orden de ideas, para la Corte no hay temas vedados dentro del juicio de casación, de modo que de su conocimiento no pueden excluirse a priori asuntos, por haber sido resueltos por otras autoridades con vocación de permanencia procesal.

Específicamente no puede afirmarse que la definición de un conflicto de competencia por la autoridad a la que la Constitución o la Ley le haya asignado esa atribución, sea un tema intocable en juicio de casación por constituirse tal pronunciamiento en “ley del proceso”, pues en ese caso habría que reconocer dos situaciones: Una, que el juicio de casación no es comprensivo de manera absoluta, sino solo relativa, dando lugar a otra clase de acciones extraordinarias encaminadas a la reparación de agravios fundamentales; y, dos, el concepto de “ley del proceso” estaría por fuera del ordenamiento jurídico, pues no podría abordarse por la autoridad que tienen tal función dentro de la sede que justamente verifica que no haya sido violentado, esto es, reconocerle a aquél supremacía sobre la Constitución y la Ley.

6. En torno a la precisión y alcance del concepto “ley del proceso” es necesario señalar que es toda aquella definición procesal con

vocación de permanencia dentro de la actuación por cerrar una fase, definir un límite, o tener la virtud de dar inicio a etapas superiores dentro de la progresividad que el delineamiento del conocimiento del objeto procesal va marcando hasta obtener la certeza que declara la sentencia.

En la estructura actual del procedimiento penal colombiano, la resolución de acusación es un claro ejemplo de un acto considerado como ley del proceso en tanto define la finalización de la etapa instructiva y marca la iniciación de la fase de juzgamiento, no obstante lo cual esa naturaleza no es oponible a su revisión en sede de casación en cuanto pueda demostrarse que resulta violatoria de la Constitución o de la Ley.

7. De tiempo atrás la Corte ha reconocido que la asignación de competencia por parte de la autoridad judicial encargada de adoptar esa clase de definiciones se constituye en “ley del proceso”¹, advirtiéndolo en los siguientes términos:

*“Convertida en ley del proceso la asignación de competencia en un conflicto de jurisdicciones, todos los Jueces que con posterioridad a ella intervengan en él, deben respetarla sujetándose a ella, **salvo que surjan nuevos hechos que la modifiquen**. Es el presupuesto de orden y de seriedad que garantiza el Estado a sus asociados y la pauta de la organización jerárquica de la autoridad jurisdiccional que marca el mantenimiento de su prevalencia”². (resaltado ajenas al texto).*

Resulta entonces evidente que el concepto de ley del proceso, que se asigna a las definiciones de colisión de competencias, no es automático ni derivado per sé de la definición en sí misma considerada, sino que, como ocurre con cualquier ley, está sujeto a los juicios de pertinencia y validez que preceden la aplicabilidad del texto legal formalmente considerado.

De esa manera y, conforme a la advertencia del antecedente jurisprudencial, la definición de competencia es acatable sólo en “cuanto no surjan hechos nuevos que la modifiquen” pues, resulta evidente, que tanto esa que es tenida por “ley del proceso”, como cualquiera otra, únicamente es aplicable a los hechos que puedan enmarcarse dentro de ella. De modo que si las condiciones fácticas o jurídicas cambian y de ellas surge la variación de competencia, su traslado al órgano correspondiente es ineludible so pena de afectar el principio constitucional del juez natural.

8. Justamente esa situación fue la que ocurrió en este caso concreto: la investigación por los hechos que se han descrito al inicio de esta providencia, se inició de manera simultánea en el mes de octubre de 1993 por la Jurisdicción Ordinaria y la Justicia Penal Militar, planteándose colisión de competencia positiva por un Fiscal Regional de Cali el 4 de noviembre de 1994, que fue trabada por el Comandante de la Tercera Brigada del Ejército mediante resolución del 18 del mismo mes y año, definiéndose por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura por decisión mayoritaria del 30 de marzo de 1995, asignándola a la justicia castrense.

9. El 19 de febrero de 1998 un Juez Regional de Cali estimó que las circunstancias para el juzgamiento de los militares involucrados en la masacre de Riofrío habían variado pues a la evidencia probatoria que ponía de presente “que la actuación del Ejército en el operativo en cuestión fue simulada, con el fin de proteger la acción delictiva de quienes dieron muerte a las 13 personas cuyos cadáveres fueron inicialmente reportados como pertenecientes a una cuadrilla subversiva y muertos en combate, indicando luego el recaudo probatorio que ya estaban muertos cuando llegó el Ejército, lo cual ciertamente genera una duda más que razonable en cuanto a la relación con el servicio que guardan los actos realizados por el personal militar en aquella infausta oportunidad y tiene incidencia definitiva en materia de competencia para

conocer el respectivo proceso”, se sumaba la sentencia C-358 de 1997 de la Corte Constitucional, cuya aplicabilidad, según esa misma Corporación, cobijaba también los procesos en curso.

10. Y al enfrentar la autoridad competente la resolución del conflicto, se abstuvo de dirimirlo con el argumento de haberlo hecho en oportunidad anterior, sin que se haya consagrado “recurso alguno contra tal decisión o la posibilidad de volver sobre el tema, a no ser que existan nuevas pruebas no aportadas inicialmente” (folio 60, cuaderno 6) y agregó, en extraño párrafo que ninguna relación tiene con éste asunto, que:

De esta manera se procedió en el asunto en concreto, pues esta Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, el 5 de octubre de 1995 dirimió el conflicto positivo de jurisdicción propuesto entre el Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá en su condición de Juez de Primera Instancia y el Juez 45 Penal del Circuito en el sentido de atribuir a la Justicia Penal Militar el conocimiento del Proceso Penal adelantado contra el Agente Hernando Cortés Pérez por el delito de homicidio (folio 60).

Enseguida afirmó: que no se había adjuntado prueba nueva; que esa Sala Jurisdiccional no podía revisar su propia decisión; volvió a hacer mención del caso que enfrentaba al Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá con un Juez de la misma ciudad, del que no es posible establecer ninguna relación con éste (...)

(...)

(...) resultaba imperativo para la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura resolver el conflicto de competencia que se le planteó en 1998, sin que fuera válido oponer la excusa de la solución anterior que había adoptado en 1995, pues se proponía bajo la existencia de nuevas circunstancias que era su

deber examinar, máxime cuando una de ellas era que los fundamentos jurídicos que esgrimió para asignar la competencia en el año de 1995 a la Justicia Penal Militar habían sido declarados inconstitucionales por la Corte Constitucional en la sentencia de 1997 a que se viene haciendo referencia.

-
1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Cas. Junio 2 de 1980, M.P., Dr. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ; y Noviembre 22 de 1989. M.P., Dr. JAIME GIRALDO ÁNGEL; y, Segunda Instancia, Septiembre 3 de 2002. M.P.,Dr. HERMAN GALÁN CASTELLANOS.
 2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Cas. Noviembre 22 de 1989, M.P., Dr. JAIME GIRALDO ÁNGEL.

M.P. Dra. MARINA PULIDO DE BARÓN
Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Radicado 13813 – 2 de junio de 2004

Homicidio agravado

FUERO MILITAR

*Delito cometido “con ocasión del servicio” diferente al
perpetrado “en relación con la función constitucional de las
fuerzas militares”.*

Acogimiento de la sentencia C-358/97

1. En ese orden de ideas, la Sala mayoritaria¹ advierte que bajo la égida de la Carta de 1991, acontecimientos delictivos tan graves como los que describe este expediente rompen toda relación con el servicio que corresponde prestar a la fuerza pública y, por ende, no quedan amparados por el fuero castrense, debiendo ser investigados y juzgados por la justicia ordinaria.

Pese a tal convencimiento, en el expediente que se examina no se presenta nulidad por falta de competencia de la jurisdicción penal militar -que investigó y juzgó a (...) y a algunos miembros de su tropa- toda vez que las cortes marciales conocieron del acontecer delictivo antes que se profiriera la Sentencia C-358 del 5 de agosto de 1997 (M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz), a través de la cual la Corte Constitucional declaró, con efectos hacia el futuro, que el fuero castrense se conserva exclusivamente cuando los delitos hubiesen sido cometidos en relación con el servicio militar; y no así, cuando los ilícitos se cometieren con ocasión del servicio o por causa de éste, pues en los dos últimos eventos la jurisdicción común es la competente para investigar y juzgar las conductas punibles.

(...)

“2. En la Sentencia C-358 de 1997, La Corte Constitucional partió de la redacción del artículo 221 de la Carta, perteneciente al capítulo De la Fuerza Pública, que se refiere al fuero militar en los siguientes términos:

De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo las prescripciones del Código Penal Militar. (Se destaca)

Hizo una aproximación conceptual acerca de lo que significa la expresión en relación con el mismo servicio, y explicó cuáles eran las razones para que resultaran inexecutable las frases con ocasión del servicio o por causa de éste, contenidas en diversas disposiciones del Código Penal Militar, Decreto 2550 de 1988.

La Corte Constitucional sentó la siguiente jurisprudencia en la Sentencia C-358 de 1997, que se viene comentando:

La expresión “relación con el mismo servicio”, a la vez que describe el campo de la jurisdicción penal militar, lo acota de manera inequívoca. Los delitos que se investigan y sancionan a través de esta jurisdicción no pueden ser ajenos a la esfera funcional de la fuerza pública. Los justiciables son únicamente los miembros de la fuerza pública en servicio activo, cuando cometan delitos que tengan “relación con el mismo servicio”. El término “servicio” alude a las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares - defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional - y de la policía nacional - mantenimiento de las condiciones

necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica.

(...)

La exigencia de que la conducta punible tenga una relación directa con una misión o tarea militar o policiva legítima, obedece a la necesidad de preservar la especialidad del derecho penal militar y de evitar que el fuero militar se expanda hasta convertirse en un puro privilegio estamental. En este sentido, no todo lo que se realice como consecuencia material del servicio o con ocasión del mismo puede quedar comprendido dentro del derecho penal militar, pues el comportamiento reprochable debe tener una relación directa y próxima con la función militar o policiva. El concepto de servicio no puede equivocadamente extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice. De lo contrario, su acción se desligaría en la práctica del elemento funcional que representa el eje de este derecho especial.

(...)

Hacer caso omiso de la relación funcional o relajarla hasta el punto de que por ella pueda entenderse todo lo que ocurra mientras se adelanta una acción emprendida por miembros de la fuerza pública o todo aquello que se siga de su actuación, como se desprende de las expresiones examinadas, conduce inexorablemente a potenciar sin justificación alguna el aspecto personal del fuero militar.

Con los argumentos expuestos en la Sentencia C-358 de 1997, fue declarada la inexequibilidad de las expresiones: “con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo, o de sus deberes oficiales” incluida en el artículo 190 (peculado sobre

bienes de dotación); “con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo”, contenida en los artículos 259 (homicidio), 261 (homicidio preterintencional), 262 (homicidio por piedad), 263 (inducción o ayuda al suicidio), 264 (homicidio culposo) y 266 (lesiones); “con ocasión del servicio o por causa de éste” comprendida en el artículo 278 (hurto calificado); y “u otros con ocasión del servicio”, incluida en el artículo 291 (juez natural), todos del Código Penal Militar, Decreto 2550 de 1988.

No obstante, por decisión jurídica expresa de la Corte Constitucional, la Sentencia C-358 del 5 de agosto de 1997 produce efectos hacia el futuro, sin que pueda afectar aquellos procesos donde la justicia penal militar hubiese conocido por delitos con ocasión del servicio, y ya se hubiese proferido sentencia. Así lo expresó dicha Corporación:

Como ya se ha señalado reiteradamente, corresponde a la Corte Constitucional determinar los efectos temporales de sus sentencias. Por razones de seguridad jurídica y de respeto al debido proceso, esta sentencia surtirá efecto a partir de su notificación y, en relación con el pasado, sólo se aplicará a los procesos en curso en los cuales todavía no se hubiere dictado sentencia.

Lo anterior significa que lo resuelto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-358 del 5 de agosto de 1997, no se aplica en el presente asunto, puesto que el fallo de segundo grado fue proferido por el Tribunal Superior Militar el 3 de junio del mismo año.

Ello se aviene al caso que se examina, pues mientras adelantaba una labor de patrullaje legítimo en la población de Juntas de Urumita, el capitán COTES CORVACHO decidió retener a los civiles Joaquín Guillermo Varela López, Conrado Emilio Varela López, Aníbal Eduardo Higueta y Octavio de Jesús Navales Higueta, sindicados por un colaborador del Ejército, de pertenecer a un grupo

subversivo, ocurriendo que estas personas aparecieron sin vida, ultimadas con balas de fusil, el 2 de enero de 1990, en el municipio de Dabeiba (Antioquia).

Es decir, valiéndose de la ocasión brindada por el servicio, los implicados desviaron el poder que les permitía identificar y retener a los sospechosos para dejarlos a disposición de las autoridades, los ocultaron en parajes deshabitados, y luego les segaron la vida.

5. Quede claro entonces que los delitos fueron cometidos con ocasión del servicio, y no en relación con la función constitucional de las fuerzas militares. Por tanto, no es del caso decretar la nulidad por falta de competencia de la jurisdicción penal militar, bajo el entendido que la expresión “*con ocasión del servicio*” fue retirada del Código Penal Militar por la inexecutable declarada en la Sentencia C- 358 del 5 de agosto de 1997, vale decir, con posterioridad a la fecha de los hechos (*2 de enero de 1990*) y al proferimiento del fallo de segundo grado (*3 de junio de 1997*).

¹. Con aclaración de voto del H. Magistrado, Dr. Edgar Lombana Trujillo.

M.P. Dra. MARINA PULIDO DE BARÓN*Radicado 25627 – 13 de julio de 2006****Prevaricato por acción y privación ilegal de la libertad*****1. JUSTICIA PENAL MILITAR**

Grado jurisdiccional de consulta en relación con la decisión que dispone cesar procedimiento

Con el fin de adoptar la decisión que en derecho corresponda, impera señalar en primer término que, según lo ha precisado esta Sala en repetidas ocasiones, el instituto procesal de la consulta no es un medio de impugnación ni un recurso, sino un mecanismo de carácter imperativo fundado en razones de interés general, por cuyo medio se examina la legalidad de ciertas decisiones judiciales.

Por ello, el pronunciamiento que ahora compete a la Sala, corresponde al examen sobre las causales que el estatuto penal militar contempla para que pueda proferirse cesación de procedimiento y, fundamentalmente, si en este caso puede tenerse por acreditada aquella que el funcionario de instancia tuvo en cuenta para sustentar la decisión objeto de consulta, adoptada al momento de calificar el mérito probatorio del sumario seguido contra el Mayor (.).

En esa dirección, bien está recordar que el estatuto penal militar en su artículo 231, establece que habrá lugar a decretar la cesación de procedimiento en cualquier momento del proceso, cuando aparezca plenamente comprobado que (i) el hecho imputado no existió, (ii) que el procesado no lo cometió, (iii) que la conducta es atípica, (iv) que está plenamente demostrada la presencia de una causal excluyente de antijuridicidad o de culpabilidad, ó (v) que la actuación no podía iniciarse o proseguirse.

En el caso que concita la atención de la Sala, la decisión de cesar procedimiento en favor del Mayor LOPEZ CABARCAS, se fundó en el carácter atípico de las conductas que le fueron imputadas como presuntamente constitutivas de los delitos de prevaricato por acción y privación ilegal de la libertad, decisión que desde ya se anuncia será confirmada, en la medida en que la Sala encuentra que el obrar del fiscal militar no se adecua en los referidos modelos delictuales, ni en ninguno otro (...)

2. JUSTICIA PENAL MILITAR

Fases del proceso penal militar.

Competencia del Fiscal penal militar para imponer medida de aseguramiento

(...) la tesis interpretativa de la ley castrense antes referida, encuentra arraigo en la separación de funciones de investigación y acusación dispuesta por la Ley 522 de 1999, en cuya virtud se asignó a los Jueces de Instrucción Penal Militar la tarea de investigar las conductas punibles llegadas a su conocimiento cometidas por miembros de la fuerza pública con ocasión o por razón de sus funciones, mientras que a los fiscales penales militares, creados a partir de esa codificación, se les delegó competencia para “*calificar el mérito del sumario profiriendo resolución de acusación o disponiendo la cesación de procedimiento*” -artículo 554 ejusdem-, aspecto destacado desde la misma exposición de motivos del proyecto de ley correspondiente, en donde se dijo:

Según lo expresó el señor Presidente, al momento de instalar la mencionada comisión -redactora del nuevo Código Penal Militar, se aclara-, ésta debería encargarse de analizar expresamente determinados aspectos, entre los que pueden señalarse el señalamiento del alcance de las conductas que se encuentran cobijadas por la noción de ‘Acto del

Servicio’, la separación de las ‘funciones de investigación y juzgamiento, de aquellas relacionadas con la comandancia operativa de la Fuerza Pública’, la adopción del ‘sistema acusatorio’ en el interior de la justicia castrense mediante la creación de una ‘Fiscalía Militar’, integrada dirigida y operada por miembros de la propia fuerza pública’’¹.

Sobre la referida división de funciones de investigación y acusación, se pronunció también la Corte Constitucional en sentencia C-361 de 2001, señalando que ella constituía una innovación del legislador, efectuada con la intención de incorporar un elemento acusatorio dentro de la estructura del procedimiento penal castrense, motivo por el cual “... hoy en día el proceso penal militar se desarrolla en varias fases o etapas, la primera de las cuales es la fase de investigación, que se adelantada por funcionarios de instrucción. En una segunda etapa, los fiscales califican el sumario y si es el caso profieren la resolución de acusación. Finalmente viene la etapa del juicio penal militar propiamente dicho”.

Bajo tal entendimiento se acuñó la tesis interpretativa según la cual a los fiscales penales militares les estaría vedado referirse a temas diversos a los que corresponden a su estricta competencia, esto es, la calificación del sumario acusando u ordenando la cesación del procedimiento, y la de intervenir en sede del juicio como sujetos procesales.

Es esta la posición hermeneútica a partir de la cual se considera que a los fiscales penales militares no les asiste competencia para adoptar determinaciones relativas a la privación de la libertad del sindicado, pues no corresponde a ellos pronunciarse sobre su situación jurídica ni imponer medidas de aseguramiento, criterio interpretativo que vino a ser reforzado con la expedición de la Ley 906 de 2004, en la cual efectivamente se estableció una cláusula de reserva judicial para restringir la libertad individual de quien es

sujeto pasivo de la acción penal, de suerte que a partir del 1 de enero de 2005, se ha venido entendiendo que no corresponde a los fiscales penales militares tomar determinaciones en el sentido antes dicho, por ser ello de la exclusiva órbita judicial².

No obstante lo anterior, antes de la expedición de la ley 906 de 2004 y aun bajo el entendimiento de que en la Ley 522 de 1999 subyació el propósito de introducir elementos propios de la sistemática del procedimiento acusatorio, encuentra la Sala que era razonable que los fiscales penales militares asumieran que al momento de calificar el mérito del sumario les asistía competencia para variar la medida de aseguramiento que hubiera sido impuesta por el juez de instrucción penal militar o, para imponer una cuando ella no se hubiera dictado y aún para revocar la existente.

Las razones para arribar a esta conclusión estriban en que la codificación castrense de 1999, al momento de definir las etapas que integran el proceso, las determinaciones que ponen fin a cada una de ellas y establecer los requisitos sustanciales para adoptar decisiones en las cuales se va evaluando el compromiso de responsabilidad penal del procesado, siguió idénticos lineamientos a los que entonces recogía el código de procedimiento penal vigente, Decreto 2700 de 1991, mediante una reproducción de las fases procesales allí previstas –*investigación previa, sumario, acusación y juicio*– así como de los presupuestos establecidos para abrir investigación, imponer medida de aseguramiento, calificar el mérito del sumario y proferir sentencia.

De esta manera, no sólo se implementó en el estatuto castrense un esquema procesal gradual en donde, a medida que avanzaba la actuación, también se hacía más exigente el sustrato probatorio exigido para la toma de decisiones sobre el compromiso de responsabilidad penal del procesado sino que, además, dejó vigente un modelo procesal mixto en el cual pervive una fase sumarial en donde se acopian pruebas con vocación de permanencia, apoyo

básico para adoptar las subsiguientes decisiones, lo que a vista de cualquier interprete podía llevar a la conclusión de que el procedimiento allí regulado no se distanciaba sustancialmente del que era aplicable en la jurisdicción penal ordinaria, último que vino a ser reemplazado por otro de idénticos matices -*Ley 600 de 2000*-, en momentos en los cuales el fiscal militar *LOPEZ CABARCAS* adoptó la decisión que se le cuestiona.

En consecuencia, el entendimiento según el cual la división de funciones de investigación y acusación relegaba la función de los fiscales a la de netos acusadores, sin competencia funcional para adoptar otras determinaciones diferentes a la de acusar o cesar el procedimiento, se aprecia sólo como una de las posibles formas de interpretar las novedades introducidas en la codificación castrense de 1999 o de asumir el rol delegado al fiscal penal militar, mas no la única posible, pues desde otras perspectivas hermenéuticas que no se ofrecen irrazonables o ilógicas, bien podía asumirse que las funciones del fiscal penal militar al momento de calificar el mérito del sumario eran similares a las que asistían a los fiscales de la jurisdicción ordinaria, en tanto unos y otros estaban revestidos de facultad para acusar o precluir la investigación, opción última que en términos del Código Penal Militar se denominó “*cesación de procedimiento*” pero con origen en idénticas causales previstas por la ley adjetiva penal de la jurisdicción ordinaria - *decreto 2700 de 1991 y ley 600 de 2000*-.

Y de allí que también resultara razonable interpretar que esa similitud de roles permitía a los fiscales penales militares adoptar todas las decisiones inescindiblemente vinculadas a la calificación que impartieran al mérito sumarial entre ellas, por supuesto, las referidas a la libertad o detención del procesado.

Por lo demás, impera recordar que tal idea fue la que persistentemente, se tuvo hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, y por ello se consideró que la ley castrense

ofrecía un vacío normativo, como lo entendió el fiscal militar *LOPEZ CABARCAS* y así lo refirió en su indagatoria y como también se menciona en la decisión objeto de consulta, en la medida que no se asignó en tal codificación a los fiscales militares la expresa función de modificar o revocar la medida de aseguramiento que hubiera adoptado en fase sumarial el juez de instrucción penal militar, no empece que luego de que ellas se proveen se sigue acopiando prueba de donde resulta factible que al momento en que se califica el mérito del sumario haya variado sustancialmente la verdad probatoria tenida en cuenta cuando el juez de instrucción penal miliar impuso una determinada medida de aseguramiento o se abstuvo de hacerlo.

Y resulta claro que esta hipótesis es perfectamente realizable, bastando con considerar los eventos en los cuales, luego de resolverse situación jurídica, se acopia prueba que informa sobre la comisión de un delito que no tiene prevista la medida que se impuso -*caución en lugar de detención preventiva, por ejemplo, conforme a los artículos 522 y s.s., Ley 522 de 1999-*, o cuando pese a haberse impuesto una medida de aseguramiento la decisión final que adopta el fiscal militar es la de cesar procedimiento como forma de calificación del mérito del sumario, situaciones en las cuales no parecería razonable concluir que el fiscal militar deba limitarse a proferir la acusación por el delito que corresponde sin ajustar la medida de aseguramiento respectiva, o que proceda a cesar el procedimiento pero no disponga de la libertad del sindicado.

Así las cosas, no cabe duda que la interpretación que de la ley castrense realizó el fiscal investigado, particularmente en punto a las funciones de las cuales estaba revestido al momento en que calificó el mérito del sumario con resolución de acusación y que, en su leal entender, lo habilitaban para modificar la determinación anteriormente adoptada por el juez de instrucción penal militar que se había abstenido de imponer medida de aseguramiento en

contra del sindicato *Benavides*, no se ofrece ostensible y manifiestamente ilegal. Y si ello es así, como en efecto lo es, tampoco resulta típica del delito de prevaricato por acción al adoptar la cuestionada decisión judicial, como así se declaró en la decisión consultada.

-
1. Exposición de motivos al proyecto de Ley 064 de 1997 Cámara. Gaceta del Congreso N° 368 del 11 de septiembre de 1997.
 2. Tribunal Superior Militar, auto del 8 de febrero de 2006, folio 291.

M.P. Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ*Radicado 25630 – 11 de abril de 2007**Homicidio simple***FUERO MILITAR***Nulidad: incompetencia por errada interpretación
del fuero militar*

No ha sido objeto de controversia, conforme lo determinado finalmente por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, pro hijado por la Corte, que el conocimiento del asunto siempre fue del resorte de la jurisdicción ordinaria, y por ello, carecían de competencia el Juzgado 45 de Instrucción Penal Militar, la Fiscalía 20 Penal Militar ante el Juzgado de Instancia de las Brigadas XVI y XVIII, y el Juzgado de Primera Instancia ante las Brigadas XVI y XVIII, para adelantar la tramitación de la etapa instructiva y gran parte del juicio.

Ello, ni más ni menos, representa ostensible violación al principio del juez natural, que reporta fundamento constitucional -inciso segundo, art. 29 de la Carta Política- y de principialística legal -art. 6, Ley 599 y Ley 600 de 2000-, dentro del amplio espectro que al término han dado esta Corte y la Constitucional, y no a partir de la curiosa limitación establecida por el Delegado del Ministerio Público, cuando en su concepto aplica un criterio asaz restrictivo de lo que la normatividad reseñada enseña, para advertir que un tan profundo compromiso con las garantías insertas en el principio de legalidad, solamente opera respecto de la decisión de fondo que tome el Juez.

En contravía de lo conceptuado por el procurador judicial, definiendo cómo la irregularidad afecta tan caro principio, sostuvo esta corporación:¹

No puede desconocerse que la competencia para juzgar es uno de los principios basilares del debido proceso que atañe con el principio del juez natural y la organización judicial, expresamente consagrado en el artículo 29 constitucional cuando refiere al juzgamiento ante el “juez o tribunal competente”, y esa especial connotación impide al funcionamiento judicial pasar por alto o desconocer tal requisito al asumir el conocimiento de los procesos, o adoptar en ellos decisiones, defecto que de ocurrir, tampoco puede subsanarse sino mediante la declaratoria de nulidad por incompetencia que se advierte en los artículos 304-1 y 305 del Código de Procedimiento Penal (hoy regulados de manera similar, en los artículos 306-1 y 307, de la Ley 600 de 2000, acota la Sala).

Desde luego que la pérdida de tiempo y de actividad de la jurisdicción derivada de una invalidación es causa de natural desazón, tanto ante el riesgo de fenómenos como la prescripción -en este caso aún distante- como por la inoperancia de una justicia tardía. Más, no por esas solas consideraciones, aún siendo importantes, podría la Corte rehuir el deber oficioso de escudriñar y corregir las irregularidades sustanciales que afecten el proceso, y menos so pretexto de la prevalencia del derecho material, pues no resulta de su arbitrio fallar a voluntad, sino dentro del más estricto ceñimiento a la ley, de la cual emanan tanto el poder coercitivo como sus precisas facultades.

Desde este punto de vista no podrá valorarse la competencia como una simple formalidad legal y menos creerse que su inobservancia se subsane con el silencio, la voluntad de los sujetos procesales, o la indiferencia de los funcionarios, pues sin ella el valor jurídico de las decisiones se verá permanentemente interferido por la ilegitimidad representada en la

suplantación del juez natural, verdadero detentador del poder conferido por el Estado para juzgar. Desde otro aspecto, la tesis de que el juez de mayor jerarquía, por ser más capacitado puede asumir competencias asignadas a su inferior, no solo es arbitraria y opuesta a la ley, sino que irremediablemente lleva al riesgo de abolir en la práctica toda la estructura organizativa jurisdiccional, y de paso el principio de la doble instancia.

El derecho a ser juzgado “conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”, es además una garantía de rango superior que no accidentalmente se consagra en la Carta sino de modo coherente con compromisos suscritos por Colombia en el ámbito internacional, sin que pueda válidamente sostenerse que haya dentro de la Constitución Política preceptos de mayor jerarquía (en este caso por vía de ejemplo el de la efectividad del derecho sustancial que se consagra en el artículo 228 superior) frente a otros, pues ello implicaría el desconocimiento de la naturaleza armónica de esas normas supremas y de la doctrina constitucional de invariable arraigo en nuestro derecho, según la cual todos los preceptos de la Carta se integran, complementan y sirven recíprocamente para su interpretación más adecuada y certera.

Así, entonces, mal puede sostenerse que so pretexto de la operancia del derecho sustancial sobre las formas puedan sacrificarse principios como el de legalidad, o el del juez natural, pues no resulta difícil comprender que la operancia de aquel imperativo práctico de eficacia sólo puede realizarse al interior de un proceso debido y no mediante la adopción de decisiones arbitrarias de cualquier funcionario incompetente.

“En otros términos, valga apuntar que lo importante para un Estado de derecho no es el que se emitan muchos fallos de condena, sino que éstos se produzcan con respeto pleno de los principios y las garantías constitucionales que son el presupuesto de legitimidad de las decisiones judiciales, y cuyo extrañamiento, así fuese por motivos de conveniencia o pragmatismo, tornarían el ejercicio del poder del juez en prototipo de arbitrariedad y tiranía.

“Por lo tanto, de conformidad con lo dispuesto en el segundo de los apartes del artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, y sin que por lo dicho pueda entrar la Sala al estudio de la demanda presentada, procederá a casar oficiosamente la sentencia de segunda instancia, y en su lugar a declarar la nulidad de lo actuado a partir inclusive , del auto por medio del cual se declaró cerrada la etapa instructiva, previendo la remisión del expediente al funcionario que corresponda de conformidad con los artículos 120-1 y 127 del Código de Procedimiento Penal.

Es esta una postura, por lo demás, que permanece inmodificable hasta el presente².

En el asunto examinado, incluso, el yerro adquiere matices de mayor envergadura nulificante, pues, a más de desbordarse la competencia de los funcionarios llamados a conocer del asunto, se pasó por alto la misma jurisdicción ordinaria, como quiera que, pretextando un inexistente fuero, se adelantó el trámite conforme la regulación asignada por vía excepcionalísima a la jurisdicción Penal Militar.

Desbordadas jurisdicción y competencia, ostensible se aprecia que la única solución a la mano -como quiera que se trata de la violación de una garantía constitucional-, incluso de oficiosa declaración en

caso de no haber sido postulada por el demandante, y así se responde a lo consignado por la Delegada en su concepto, cuando referencia necesario rechazar el cargo postulado por el demandante dada la insuficiente argumentación, es la de decretar la nulidad de lo actuado.

Es esta, cabe anotar, la posición pacífica que sobre el tema de la incompetencia por una errada interpretación del fuero militar, ha adoptado la Corte, entre otras decisiones, en los radicados 17750, Sentencia del 6 de marzo de 2003, y 18643, Sentencia del 2 de octubre de 2003.

Agréguese a lo anotado, para responder al planteamiento realizado por el señor Procurador delegado en su concepto, que la remisión efectuada al tópico de la prueba trasladada, para soportar así su argumento de que no es necesario decretar la nulidad de lo actuado por los funcionarios incompetentes, asoma completamente desenfocada, dado que la irregularidad no remite apenas al aspecto probatorio, esto es, que se recaudasen adecuadamente y sin vulnerar derechos concretos de los sujetos procesales unos dichos elementos de juicio, sino con la legitimidad misma de la actuación y, en especial, de los funcionarios que la adelantaron pasando por alto el principio tutelar del juez natural, a la manera de entender que lo adelantado está viciado desde su origen, independientemente de que la prueba pueda conservar o no su valor.

En tratándose, el principio del juez natural, de una garantía básica, instituida constitucional y legalmente para facultar la existencia de un proceso debido con claro respeto por el principio de legalidad, la irregularidad que ahora se destaca es por sí misma una conculcación trascendente de la garantía, sin que se demande argumentar o demostrar un presunto perjuicio, en seguimiento del principio de trascendencia, como parece exigirlo el representante del Ministerio Público en su escrito.

1. Sentencia del 17 de abril de 1995, Radicado 8954.

2. Véase, entre otros, Auto del 17 de agosto de 2006, radicado 22135.

M.P. Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ*Radicado 26077 – 1 de noviembre de 2007**Homicidio agravado***1. FUERO MILITAR***Conductas relacionadas con el servicio.**Interpretación de la Corte Interamericana**de Derechos Humanos*

El nexo causal directo que ha de existir entre el servicio y la conducta punible, para que se entienda pasible de adelantar el conocimiento del asunto por la Justicia Penal Militar, ha sido definido reiteradamente por la Corte:¹

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con palabras suyas, pero también compartiendo las de la Corte Constitucional, ha explicado de manera pacífica, reiterada y conteste, que para que una conducta sea considerada “en relación con el servicio”, no basta que el agente ostente esa condición para la época de comisión de los hechos. Es imprescindible, además, que de manera patente el acto esté vinculado con las funciones asignadas a las fuerzas militares.

Por vía de ejemplo, en sentencia de segunda instancia del 3 de septiembre del 2002 (radicado 16.482), la Sala hizo propio el siguiente análisis de la Corte Constitucional, expuesto en el fallo T-806 del 29 de junio del 2000:

En sentencia C-358 de 1997, esta Corporación fijó el alcance del término “en relación con el servicio” a que alude el artículo 221, para concluir, en el mismo

sentido que en su momento lo hiciera la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que el fuero militar, por ser una excepción a la regla del juez ordinario, sólo puede operar cuando el delito cometido por el miembro de la fuerza pública tenga un relación directa, un nexo estrecho con la función que la Constitución le asigna a ésta, esto es, la defensa de la soberanía, de la independencia, de la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, como el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica de todos los habitantes del territorio colombiano (artículos 217 y 218 de la Constitución).

Por tanto, al no existir el vínculo directo entre conducta delictiva y función militar o policial, y en razón del carácter restrictivo que tiene la institución del fuero militar, la competencia para investigar y sancionar aquélla sólo le corresponde al juez ordinario. Una interpretación diversa, produciría una violación flagrante del texto constitucional, al socavarse la competencia de los órganos que por regla general están llamados a administrar justicia, transgrediéndose así, no sólo uno de los pilares del principio de legalidad y del debido proceso, como lo es el del juzgamiento por el juez natural, sino el principio de igualdad, por cuanto el fuero castrense se convertiría en un privilegio para la fuerza pública, sin razón alguna para ello.

(...)

Como consecuencia del fallo anterior, los términos “con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo” que estaban contenidos en algunos de los preceptos del Código Penal Militar, se excluyeron del ordenamiento jurídico, por cuanto se entendió que el legislador amplió el ámbito o radio de competencia de la justicia castrense por fuera de los límites establecidos en la Constitución.

Por tanto, se dejó en claro que el artículo 221 de la Constitución sólo podía ser aplicable cuando, además de verificarse el elemento personal, es decir, la pertenencia activa a la fuerza pública, se demostrase que el delito tuvo “un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional”.

Así mismo, la Corte precisó dos aspectos de suma importancia que han de tenerse en cuenta a la hora de definir la aplicabilidad o no del fuero militar.

El primero, hace referencia a que en ningún caso los delitos denominados de lesa humanidad podrán ser de conocimiento de la justicia penal militar, por la evidente contradicción que se presenta entre éstos y las funciones asignadas por la Constitución a la fuerza pública, por cuanto su ocurrencia a más de no guardar ninguna conexidad con éstas, son, en sí mismas, una transgresión a la dignidad de la persona y vulneración evidente de los derechos humanos. Por tanto, se dejó sentando que un delito de esta naturaleza, siempre ha de ser investigado por la justicia ordinaria, so pena de vulnerarse la naturaleza misma del fuero militar y, por ende, el texto constitucional.

El segundo, tiene que ver más con la dinámica del proceso, pues se determinó que en el curso de éste, deben aparecer pruebas claras sobre la relación existente entre la conducta delictiva del agente de la fuerza pública y la conexidad de ésta con el servicio que cumplía. En

caso de no existir aquéllas, o duda sobre en que órgano debe radicarse la competencia, siempre habrá de discernirse ésta en favor de la justicia ordinaria.

3.4. Así, ha de aceptarse que el fuero militar y consecuentemente la justicia penal militar, son una excepción a la regla general, según la cual la justicia penal ordinaria, integrada por la Fiscalía General de la Nación y los jueces individuales y colegiados, es la competente para investigar y sancionar a los infractores del régimen penal. Como excepción a la regla general, aquella sólo tendrá efectividad cuando no exista la más mínima duda en el sentido que debe ser ésta y no la jurisdicción ordinaria la que debe conocer de un asunto determinado.

En la misma línea, mediante providencia del 13 de febrero del 2003 (radicado 15.705), la Sala de Casación Penal explicó:

En efecto, el fuero militar previsto en el artículo 221 de la Carta Política sólo cobija a los miembros de la fuerza pública en servicio activo y exclusivamente por las conductas ilícitas relacionadas con el servicio. Al respecto no han sido pocas las oportunidades en que la jurisprudencia se ha ocupado en torno al concepto de “relación con el servicio”, el cual no puede entenderse como una conexión genérica que se presenta entre el servicio activo militar o policial y el delito que realiza quien lo presta, por el contrario, es imprescindible, determinar una “correspondencia” entre el hecho constitutivo de la infracción penal y los deberes que legalmente le competen a esos servidores públicos, dado que, los preceptos superiores imponen los límites dentro de los cuales se puede actuar en un Estado Social de Derecho.

De este modo, debe señalarse que entre las funciones propias del servicio militar y la conducta ilícita investigada, debe presentarse una relación según la

cual el ilícito debe ser el producto de un ejercicio extralimitado o desviado de las funciones propias del servicio, es decir, perteneciente a ellas, situación que no se precisa en este evento, habida consideración de que la conducta ilícita que dio origen a este proceso no se desarrolló en relación con el servicio militar que prestaba el procesado... ni como manifestación de un ejercicio desviado o excesivo del mismo, en la misión de inteligencia y contrainteligencia que le fue encomendada, según lo afirman bajo la gravedad del juramento sus superiores jerárquicos.

Es evidente, entonces, que se trata de un delito cometido por fuera de cualquier atribución o deber, dado que, el hurto calificado y agravado por el cual fue investigado, acusado y condenado en nada se aproxima a una conducta aneja al servicio.

La Corte Constitucional, al examinar la constitucionalidad del Código Penal Militar, a la luz de la nueva Carta Política sobre el fuero militar, señaló...

Conforme a la interpretación restrictiva que se impone en este campo, un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor – es decir del servicio- que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la fuerza pública (...).

(...) La expresión ‘relación con el mismo servicio’, a la vez que describe el campo de la jurisdicción penal militar, lo acota de manera inequívoca. Los delitos que se investigan y sancionan a través de esta jurisdicción no pueden ser ajenos a la esfera funcional de la fuerza pública. Los justiciables son únicamente los miembros de la fuerza pública en servicio activo, cuando cometan delitos que tengan “relación con el mismo servicio”. El término “servicio” alude a las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares -defensa de la

soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional- y de la policía nacional -mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica-².

Por su parte, esta Sala de la Corte, ha señalado que la competencia castrense, de linaje constitucional sólo se atribuye cuando el hecho que motiva el proceso ha sido realizado por un miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional en ejercicio activo de sus funciones, siempre y cuando la conducta tenga relación con el servicio militar o policial, es decir, que no basta que se trate de un militar o de un policía en servicio activo, sino que es necesario que la conducta ilícita haya sido realizada en relación con el servicio oficial a desempeñar³.

El 2 de octubre del 2003 (radicado 18.729) reiteró esa postura, así:

En lo que hace referencia al concepto “relación con el servicio”, la jurisprudencia ha sido reiterativa al señalar que no puede entenderse como una conexión genérica que se presenta entre el servicio activo militar o de policía y la conducta punible que realiza quien lo presta, sino que es necesario determinar una conexión entre el comportamiento constitutivo de infracción a la ley penal y los deberes que constitucional y legalmente le competen a esos servidores públicos, toda vez que tales preceptos imponen las barreras dentro de las cuales se puede actuar en un Estado Social de Derecho.

Por tanto, entre las funciones propias del servicio militar o policial y la conducta punible investigada, debe presentarse una relación según la cual el delito debe ser el producto de un ejercicio extralimitado o desviado de las funciones propias del servicio que prestan las Fuerza Armadas o la Policía Nacional.

En orden a lograr la necesaria claridad sobre el contenido y alcance del referido concepto, bien está traer a colación, como así también lo hizo el Tribunal Superior de Cúcuta, lo que sobre el particular puntualizó la Corte Constitucional cuando analizó la exequibilidad de la norma legal que desarrollaba el fuero militar.

(...)

Un criterio restrictivo como el que revela el pronunciamiento jurisprudencial que se acaba de citar, venía siendo aplicado por la Sala al interpretar el artículo 170 de la Constitución Política anterior, según criterio contenido en auto del 23 de agosto de 1989, del cual fue ponente el Magistrado Gustavo Gómez Velásquez. Más próximos son los pronunciamientos del 26 de marzo de 1996 (M.P. Jorge E. Córdoba Poveda); 21 de febrero del 2001, Rad. 12.308 (M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego); y 18 de julio del 2001, Rad. 11660 (M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote), entre otros.

El criterio del que se hace remembranza ha sido reiterado recientemente, como se puede leer en la sentencia del 6 de abril del 2006 (radicado 20.764), citada en el proyecto original.

En conclusión, para que un comportamiento humano desplegado por un miembro de las fuerzas armadas sea considerado como cometido “en relación con el servicio”, debe estar unido a éste de manera muy cercana e inmediata, de tal forma que la ilicitud sea explicada como consecuencia de la extralimitación o del desvío de la función normal y legítima.

En esta misma línea jurisprudencial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Sentencia del 16 de agosto de 2000 –Caso Durand y Ugarte, Perú– señaló, respecto de la jurisdicción penal militar, que esta “*ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su*

aplicación a los militares que hayan incurrido en delito falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias.

Sostiene, asimismo, que en un Estado democrático de Derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y encaminarse a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar⁴.

En este orden de ideas, la Corte Interamericana considera que la aplicación de la justicia militar debe estar estrictamente reservada a militares en servicio activo y por ello, cuando la dicha jurisdicción asume competencia sobre un asunto que ha de conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. Ello por cuanto el juez encargado del conocimiento de una causa, debe ser competente, independiente e imparcial.

(...)

El homicidio atribuido al servidor público, asoma delito común, aunque se reporte ejecutado en un escenario particular, la prestación del servicio policial.

Por ello, competía a la jurisdicción ordinaria adelantar el conocimiento del asunto, en cabeza de la Fiscalía Seccional, para la fase instructiva, y un Juzgado Penal del Circuito de Bogotá en lo que atiende a la etapa enjuiciatoria.

Ya definido que el asunto debió tramitarse por la jurisdicción ordinaria y por ello, carecían de competencia el Juzgado de primera Instancia, Comando de Policía Bacatá, y el Tribunal Penal Militar,

en segunda instancia, para adelantar el conocimiento del asunto, se hace imperativo significar que esa intervención de la justicia castrense representa ostensible violación del principio del Juez Natural, que reporta basamento constitucional –inciso segundo, art. 29 de la Carta Política- y de principialística legal –artículo 6, Ley 599 y Ley 600 de 2000-, dentro del amplio espectro que al término han dado esta Corte, la Constitucional y la Interamericana de Derechos Humanos.

2. JUSTICIA PENAL MILITAR

Nulidad: la actuación de la justicia penal militar en asuntos ajenos a su competencia vulnera el debido proceso y el principio de juez natural

Destacando el profundo efecto nocivo que genera la intervención de la justicia penal militar en asuntos ordinarios, sostuvo esta corporación⁵:

No puede desconocerse que la competencia para juzgar es uno de los principios basilares del debido proceso que atañe con el principio del juez natural y la organización judicial, expresamente consagrado en el artículo 29 constitucional cuando refiere al juzgamiento ante el “juez o tribunal competente”, y esa especial connotación impide al funcionamiento judicial pasar por alto o desconocer tal requisito al asumir el conocimiento de los procesos, o adoptar en ellos decisiones, defecto que de ocurrir, tampoco puede subsanarse sino mediante la declaratoria de nulidad por incompetencia que se advierte en los artículos 304-1 y 305 del Código de Procedimiento Penal (hoy regulados de manera similar, en los artículos 306-1 y 307, de la Ley 600 de 2000, acota la Sala).

Desde luego que la pérdida de tiempo y de actividad de la jurisdicción derivada de una invalidación es causa de natural desazón, tanto ante el riesgo de

fenómenos como la prescripción –en este caso aún distante- como por la inoperancia de una justicia tardía. Más, no por esas solas consideraciones, aún siendo importantes, podría la Corte rehuir el deber oficioso de escudriñar y corregir las irregularidades sustanciales que afecten el proceso, y menos so pretexto de la prevalencia del derecho material, pues no resulta de su arbitrio fallar a voluntad, sino dentro del más estricto ceñimiento a la ley, de la cual emanan tanto el poder coercitivo como sus precisas facultades.

Desde este punto de vista no podrá valorarse la competencia como una simple formalidad legal y menos creerse que su inobservancia se subsane con el silencio, la voluntad de los sujetos procesales, o la indiferencia de los funcionarios, pues sin ella el valor jurídico de las decisiones se verá permanentemente interferido por la ilegitimidad representada en la suplantación del juez natural, verdadero detentador del poder conferido por el Estado para juzgar. Desde otro aspecto, la tesis de que el juez de mayor jerarquía, por ser más capacitado puede asumir competencias asignadas a su inferior, no solo es arbitraria y opuesta a la ley, sino que irremediablemente lleva al riesgo de abolir en la práctica toda la estructura organizativa jurisdiccional, y de paso el principio de la doble instancia.

El derecho a ser juzgado “conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”, es además una garantía de rango superior que no accidentalmente se consagra en la Carta sino de modo coherente con compromisos suscritos por Colombia en el ámbito internacional, sin que pueda válidamente sostenerse que haya dentro de la Constitución Política preceptos de mayor jerarquía (en este caso por vía de ejemplo el de la efectividad del derecho sustancial que se

consagra en el artículo 228 superior) frente a otros, pues ello implicaría el desconocimiento de la naturaleza armónica de esas normas supremas y de la doctrina constitucional de invariable arraigo en nuestro derecho, según la cual todos los preceptos de la Carta se integran, complementan y sirven recíprocamente para su interpretación más adecuada y certera.

Así, entonces, mal puede sostenerse que so pretexto de la operancia del derecho sustancial sobre las formas puedan sacrificarse principios como el de legalidad, o el del juez natural, pues no resulta difícil comprender que la operancia de aquel imperativo práctico de eficacia sólo puede realizarse al interior de un proceso debido y no mediante la adopción de decisiones arbitrarias de cualquier funcionario incompetente.

En otros términos, valga apuntar que lo importante para un Estado de derecho no es el que se emitan muchos fallos de condena, sino que éstos se produzcan con respeto pleno de los principios y las garantías constitucionales que son el presupuesto de legitimidad de las decisiones judiciales, y cuyo extrañamiento, así fuese por motivos de conveniencia o pragmatismo, tornarían el ejercicio del poder del juez en prototipo de arbitrariedad y tiranía.

Por lo tanto, de conformidad con lo dispuesto en el segundo de los apartes del artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, y sin que por lo dicho pueda entrar la Sala al estudio de la demanda presentada, procederá a casar oficiosamente la sentencia de segunda instancia, y en su lugar a declarar la nulidad de lo actuado a partir inclusive, del auto por medio del cual se declaró cerrada la etapa instructiva, previendo la remisión del expediente al funcionario que corresponda de conformidad con los artículos 120-1 y 127 del Código de Procedimiento Penal.

Es esta una postura, por lo demás, que permanece inmodificable hasta el presente⁶.

En el asunto examinado, incluso, el yerro adquiere matices de mayor envergadura, pues, a más de desbordarse la competencia de los funcionarios llamados a conocer del asunto, se pasó por alto la misma jurisdicción ordinaria, como quiera que, pretextando un inexistente fuero, se adelantó el trámite conforme la regulación asignada por vía excepcionalísima a la jurisdicción Penal Militar.

Desde luego, conforme se anotó en apartado precedente, también ello generó cara afectación a los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, como quiera que, en términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, completamente compartidos por esta Sala y la Corte Constitucional, como ampliamente se anotó en líneas precedentes, las garantías judiciales adquieren una connotación bilateral, esto es, se asumen válidas, en el mismo plano de igualdad, para el procesado y la víctima; la actuación de la justicia penal militar en asuntos ajenos a su competencia vulnera el principio del juez natural; ello deriva en afectación del debido proceso que por contera afecta grandemente el derecho de acceso material a la justicia; y, finalmente, se pasan por alto de manera flagrante los principios de imparcialidad del juez y seriedad en la investigación.

Desbordadas jurisdicción y competencia, ostensible se aprecia que la única solución a la mano –como quiera que se trata de la violación de una garantía constitucional-, incluso de oficiosa declaración, es la de decretar la nulidad de lo actuado.

1. Sentencia del 25 de mayo de 2006, radicado 21923

2. Corte Constitucional, Sentencia C-358/97.

3. C. S. de J. Mm. PP. Drs. CÓRDOBA POVEDA, Jorge Enrique, marzo 26 de 1996 y GÓMEZ GALLEGO, Jorge Aníbal, febrero 21 de 2001.

4. Sentencias del 18 de agosto de 2000 (Caso Cantoral Benavides – Perú), 6 de diciembre de 2001 (Caso Las Palmeras – Colombia), 5 de junio de

2004 (Caso 19 Comerciantes – Colombia), 25 de noviembre de 2004 (Caso Lori Berenson Mejía – Perú), 15 de septiembre de 2005 (Caso de la Masacre de Mapiripán – Colombia), 22 de noviembre de 2005 (Caso Palamara Iribarne – Chile), 31 de enero de 2006 (Caso de la Masacre de Pueblo Bello – Colombia), 26 de septiembre de 2006 (Caso Almonacid Arellano y otros – Chile), 29 de noviembre de 2006 (Caso La Cantuta (Perú), 11 de mayo de 2007 (caso de la Masacre de La Rochela), 4 de junio de 2007 (Caso Escué Zapata – Colombia) y 4 de julio de 2007 (Caso Zambrano Vélez y otros – Ecuador)

5. Sentencia del 17 de abril de 1995, Radicado 8.954.
6. Véase, entre otros, Auto del 17 de agosto de 2006, Rad. 22.135.

M.P. Dr. JAVIER ZAPATA ORTÍZ*Radicado 24587 – 6 de noviembre de 2007**Homicidio simple***JUSTICIA PENAL MILITAR***Competencia: delitos típicamente militares y delitos comunes*

La segunda motivación expuesta por el actor menos aún es de recibo para la Sala, pues jamás será un acto de servicio o relacionado¹ con él, la consumación de conductas antijurídicas puntualizadas en la Ley 599 de 2000, so pretexto de pertenecer a las fuerzas militares. En esencia, lo que busca el libelista, se sintetiza en el hecho que, la jurisdicción castrense debería haber sido la que hubiera adelantado la instrucción y juzgamiento contra el imputado porque los actos perpetrados a los internos se realizaron en el turno citado, con una misión de servicios y respetando el reglamento de la institución.

Teoría confusa y emblemática es la propuesta por el demandante, imprimiéndole su particular y exclusiva visión ortodoxa al caso y, desechando de contera, los postulados constitucionales, legales, internacionales y jurisprudenciales² que explican de manera concluyente por qué el miembro de la fuerza pública debe ser juzgado, no por su par, sino por la administración de justicia ordinaria, cuando vulnera la ley penal por actos desligados del servicio, como en el caso de estudio.

La Corte Constitucional expuso que “*el término “servicio” alude a las actividades concretas que se orientan a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares –defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional, y del orden constitucional*” (...)

Cuando los militares infringen el código penal, es claro que si los actos antijurídicos no tienen ninguna conexión con la función que desempeñan o relación con aquella que les hubiere sido asignado, será siempre competente como su juez natural, el ordinario; pues no es admisible que las infracciones a la ley penal sean un camino expedito para salvaguardar una determinada finalidad nacional, por ejemplo, la independencia; ello desde luego, no es un desempeño legal o constitucional de los funcionarios que conforman la fuerza militar: perpetrar delitos con tales connotaciones, en un determinado caso, conlleva necesariamente a estipularse que el juez competente es el castrense.

Las exigencias jurisprudenciales que adoptó la *Corte Constitucional*³ para establecer si un comportamiento ilícito ejecutado por un miembro de la fuerza pública, es de la esfera militar, se resumen: **i)** la conducta punible “*debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado*”, **ii)** tal vínculo debe ser “*propio y directo, y no puramente hipotético y abstracto*”, **iii)** los delitos de *lesa humanidad*, son muy graves, por ello, nunca podría existir ningún enlace entre delito y función, se quiebra, con lo cual, el proceso deberá ser asignado a la administración de justicia común “*dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la fuerza pública*”; y **iv)** corresponderá probarse en la respectiva actuación penal que el servicio tiene relación directa con el acontecer criminal.

En el caso en estudio, fue un miembro activo de la policía el que realizó actos contrarios a la ley para vengarse regocijándose con el sufrimiento y dolor ajeno a fin de satisfacer oscuros instintos, los cuales no fueron realizados en ejercicio de sus funciones o ligados a ellas, para que se le asignara a la justicia penal militar la competencia; aclarándose que nunca podrá ser una misión de servicio la *tortura* ni jamás alcanzaría relación alguna con el cometido castrense, por ende, no se encuentran aforados⁴ en tal sentido.

1. Coste Constitucional: sentencia C-361 del 28 de mayo de 2001.
2. Corte Suprema de Justicia, radicado: 20754 del 23 de agosto de 2006 y 4183 del 23 de agosto de 1989.
3. Sentencia C-358 de 1997.
4. Corte Constitucional: (Fuero Militar) Sentencia C-878, 12 julio 2000. Mismo sentido, Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto número 1729 del 23 de mayo de 2006.

M.P. Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS*Radicado 27041 – 23 de enero de 2008**Peculado por apropiación***JUSTICIA PENAL MILITAR**

Juez natural: Código Penal Militar se ajusta a la política estatal de protección de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario

Tradicionalmente la legislación colombiana reglamentaria de la justicia penal militar fue expedida por el ejecutivo mediante el ejercicio de funciones asumidas por delegación o por vía excepcional, tal como ocurrió con el Decreto 2550 del 12 de diciembre de 1988, estatuto que en 731 artículos desarrollaba la legislación especial sustantiva y adjetiva, normatividad que a su vez derogó los Decretos 0250 del 11 de julio de 1958, con 620 artículos, y 2038 del 9 de octubre de 1958, de 27 artículos.

Los hechos que aquí han sido materia de juzgamiento en principio deben ser examinados a la luz del Decreto 2550 de 1988 (1), vigente hasta el 13 de agosto de 2000(2), fecha a partir de la cual entró en vigor la Ley 522 de 1999 o nuevo Código Penal Militar (CPM), señalado como el primer código de los últimos tiempos aprobado mediante proceso legislativo.

Al momento de la sanción del nuevo estatuto se dijo que éste se enmarcaba dentro de la política estatal de protección y respeto de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, y que por lo mismo tal reforma hacía honor a las Fuerzas Militares, todo lo cual debe encuadrarse dentro de nuestro moderno sistema constitucional que expresa el carácter social de nuestro Estado,

fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas.

(..)

“Dice el libelista que a los procesados GIRÓN ORJUELA y NARVÁEZ LÓPEZ se les sustrajo del conocimiento del juez natural, pues como agentes de policía, y en los términos del artículo 258 del Código Penal Militar, debió juzgarlos en primera instancia el Juzgado de Departamento y no el Juzgado de la Inspección General de la Policía que tiene competencia exclusivamente sobre los oficiales de la Policía Nacional.

El principio del juez natural o garantía del “juez legal” significa que nadie puede ser juzgado sino por el juez preconstituido y establecido legalmente con los presupuestos que connotan al juez auténtico; esto es, independencia, inamovilidad y responsabilidad, lo cual lleva a la proscripción, en consecuencia, de los jueces “ad hoc”, y “ex post facto”. En la Constitución Política de Colombia (artículo 29) se reconoce ésta garantía cuando se señala que

*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, **ante juez o tribunal competente** y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*

La Carta Política de 1991 establece en el Título VIII la organización y funcionamiento de la Rama Judicial, distribuyendo la potestad estatal para “*dictar el derecho*” (*jurisdictio*), en las jurisdicciones ordinaria, contencioso administrativa, constitucional y las especiales, entre las que se encuentra la Justicia Penal Militar.

Las normas especiales aplicables al presente asunto son el Decreto 2550 de 1988 y la Ley 522 de 1999, las cuales, en atención al principio de integración, deben concordarse con los Códigos Penal y Procesal Penal.

La competencia de una autoridad judicial ha sido entendida como

la porción, la cantidad, la medida o el grado de la jurisdicción que corresponde a cada juez o tribunal, mediante la determinación de los asuntos que le corresponde conocer, atendidos determinados factores (materia, cuantía, lugar, etc.)³.

Igualmente, resulta claro que

“La competencia se fija de acuerdo con distintos factores, a saber: la naturaleza o materia del proceso y la cuantía (factor objetivo), la calidad de las partes que intervienen en el proceso (factor subjetivo), la naturaleza de la función que desempeña el funcionario que debe resolver el proceso (factor funcional), el lugar donde debe tramitarse el proceso (factor territorial), el factor de conexidad⁴.

En el CPM se establece que se radican funciones de jueces de primera instancia, entre otros, a funcionarios vinculados a la Inspección General de la Policía Nacional y los Departamentos de Policía, así:

*ARTÍCULO 256. INSPECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL. La Inspección General de la Policía Nacional, conoce en primera instancia de los procesos penales que se adelanten contra Oficiales subalternos, Suboficiales, personal del nivel ejecutivo, **Agentes**, y personal que preste el servicio militar orgánicos de la Dirección General; así como contra los Suboficiales, personal del nivel ejecutivo y Agentes de la Escuela Nacional de Policía General Santander, y Centro de Estudios Superiores de la Policía Nacional; y, además, de los procesos contra el personal policial cuyo conocimiento no esté atribuido a otro juzgado.*

Y,
*ARTÍCULO 258. JUZGADOS DE DEPARTAMENTO DE POLICÍA. Los Juzgados de departamento de Policía, conocerán en primera instancia de los procesos penales que se adelanten contra, Suboficiales, personal del nivel ejecutivo, Agentes de la Policía Nacional y personal que preste el servicio militar en las diversas unidades policiales que se les asigne territorialmente, así como de los procesos penales que se adelanten contra los Suboficiales, personal del nivel ejecutivo, **Agentes** y personal que preste el servicio militar, orgánicos de las Escuelas de Formación, Capacitación y Técnicas que se encuentren en la jurisdicción, de conformidad con la organización administrativa que fije la ley.*

Se destaca que los dos jueces de primera instancia citados son competentes para conocer de procesos que se adelanten, entre otros, contra agentes de la Policía Nacional, razón por la cual se descarta de plano el argumento expresado por el demandante.

Adicionalmente, el CPM establece como rectora de la actividad procesal la regla de la **unidad** (artículo 217), de acuerdo con la cual:

Por cada hecho punible se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera que sea el número de autores o partícipes, salvo las excepciones constitucionales y legales. Los hechos punibles conexos, de competencia de la justicia penal militar, se investigarán y juzgarán conjuntamente. La ruptura de la unidad procesal no genera nulidad, siempre que no afecte los derechos y garantías fundamentales.

Cuando en la comisión del hecho punible intervenga una persona que deba ser juzgada por una jurisdicción diversa de la penal militar, se romperá la unidad procesal.

Tal disposición obliga a los jueces penales militares a adelantar una sola investigación y juzgamiento por cada hecho punible, sin que importe el número o calidad de autores y partícipes, salvo las excepciones, norma que por su carácter de rectora tiene prevalencia sobre las demás⁵.

Así mismo, en el presente asunto existe una conexidad procesal que impuso la tramitación del asunto por una misma cuerda, porque existía **comunidad de medio probatorio**, al demostrarse la conducta punible a través de unas mismas pruebas y **unidad de denuncia**, que surgió ante la investigación de los hechos con motivo del informe del servidor público que los puso en conocimiento de la autoridad judicial.

Ha de tenerse en cuenta que el CPM no prohíbe a los jueces de primera instancia que tienen competencia para tramitar procesos contra servidores policiales con la mayor altura en el escalafón que también asuman por conexidad el conocimiento de los asuntos que implican al personal subalterno; adicionalmente, la legislación procesal penal ordinaria, que por virtud del principio de integración es aplicable, determina que la conexidad procesal se presenta, entre otros supuestos, cuando

la conducta punible haya sido cometida en coparticipación criminal” (Ley 600 de 2000, artículo 90-1),

razón por la cual se autoriza que

cuando deban investigarse conductas punibles conexas conocerá de ellas el funcionario de mayor jerarquía de acuerdo con la competencia por razón del fuero legal o la naturaleza del asunto” (Ibidem, artículo 91).

La conexidad procesal permitió que un solo juez de primera instancia, en éste caso el de la Inspección General de la Policía

Nacional, adelantara el juzgamiento de los policiales de diferente nivel en el escalafón policial, facultad que no tenía el Juzgado de Departamento porque uno de los acusados ostentaba el grado de oficial, de donde se tiene que por tal hecho no ha existido vulneración de derechos y garantías a los procesados.

-
1. En el artículo 607 del CPM se previó que *Los procesos en los que se hubiese iniciado el juicio se continuarán rituando hasta su culminación por las normas de competencia y procedimiento establecidas para ello en el Decreto 2550 de 1988 y las normas que lo complementan*, razón por la cual al presente le es aplicable la nueva legislación.
 2. El CPM fue sancionado y publicado en el *Diario Oficial* N° 43.665, de 13 de agosto de 1999 y en los términos del artículo 608 su vigencia se produjo un (1) año después de su expedición, lo que significa que entró en rigor el 13 de agosto de 2000.
 3. Corte Constitucional, sentencia C-040/97.
 4. Corte Constitucional, sentencia C-655/97.
 5. CPM Artículo 218. PREVALENCIA DE LAS NORMAS RECTORAS. Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este código y serán utilizadas como fundamento de interpretación.

M.P. Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Radicado 26703 – 6 de marzo de 2008

Homicidio y lesiones personales

1. FUERO MILITAR

Conductas relacionadas con el servicio.

Interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Como lo anotó el Ministerio Público en su concepto, dentro de la concepción del debido proceso ocupa lugar predominante el concepto de competencia, en inescapable simbiosis con el principio de juez natural y la forma de organización judicial, conforme la consagración expresa que de ello se hace en el artículo 29 constitucional cuando refiere que “*nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*”

Por lo tanto, el desconocimiento a este principio constituye una violación del derecho al debido proceso, ya que implica la ausencia de uno de sus elementos fundamentales, esto es, que la valoración jurídica sea llevada a cabo por quien tiene la facultad y la autoridad para hacerlo, de modo que exista un fundamento para asumir las cargas e implicaciones que de ella se derivan.

Y ello adquiere especial connotación en punto a los derechos a la justicia y a la verdad de las víctimas de delitos, pues como lo advirtió la Corte Constitucional¹, resulta decisivo establecer si un hecho punible atribuido a un militar es un acto relacionado con el servicio, ya que la responsabilidad derivada de la existencia o no de la mencionada relación será distinta. De esa manera, el primer

elemento para conocer la verdad de lo acaecido y establecer quiénes son los responsables depende, en buena medida, de que se determine si el acto reunía dichas calidades.

Precisamente, detallando las particularidades y aristas del fuero examinado, la Corte Constitucional señaló en la sentencia de exequibilidad C-358 de 1997 (...).

(...)

La Corte, de forma reiterada, ha establecido los linderos que signan la relación causal indispensable entre el servicio y el delito a fin de facultar la intervención de la Justicia Castrense:²

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con palabras suyas, pero también compartiendo las de la Corte Constitucional, ha explicado de manera pacífica, reiterada y conteste, que para que una conducta sea considerada “en relación con el servicio”, no basta que el agente ostente esa condición para la época de comisión de los hechos. Es imprescindible, además, que de manera patente el acto esté vinculado con las funciones asignadas a las fuerzas militares.

Por vía de ejemplo, en sentencia de segunda instancia del 3 de septiembre del 2002 (radicado 16.482), la Sala hizo propio el siguiente análisis de la Corte Constitucional, expuesto en el fallo T-806 del 29 de junio del 2000:

En sentencia C-358 de 1997, esta Corporación fijó el alcance del término “en relación con el servicio” a que alude el artículo 221, para concluir, en el mismo sentido que en su momento lo hiciera la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que el fuero militar, por ser una excepción a la regla del juez ordinario, sólo puede operar cuando el delito cometido por el miembro de la fuerza pública tenga un relación directa, un nexo

estrecho con la función que la Constitución le asigna a ésta, esto es, la defensa de la soberanía, de la independencia, de la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, como el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica de todos los habitantes del territorio colombiano (artículos 217 y 218 de la Constitución).

Por tanto, al no existir el vínculo directo entre conducta delictiva y función militar o policial, y en razón del carácter restrictivo que tiene la institución del fuero militar, la competencia para investigar y sancionar aquélla sólo le corresponde al juez ordinario. Una interpretación diversa, produciría una violación flagrante del texto constitucional, al socavarse la competencia de los órganos que por regla general están llamados a administrar justicia, transgrediéndose así, no sólo uno de los pilares del principio de legalidad y del debido proceso, como lo es el del juzgamiento por el juez natural, sino el principio de igualdad, por cuanto el fuero castrense se convertiría en un privilegio para la fuerza pública, sin razón alguna para ello.

(...)

Como consecuencia del fallo anterior, los términos “con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo” que estaban contenidos en algunos de los preceptos del Código Penal Militar, se excluyeron del ordenamiento jurídico, por cuanto se entendió que el legislador amplió el ámbito o radio de competencia de la justicia castrense por fuera de los límites establecidos en la Constitución. Por tanto, se dejó en claro que el artículo 221 de la Constitución sólo podía ser aplicable cuando, además de verificarse el elemento personal, es decir, la pertenencia activa a la fuerza pública, se demostrase que el delito tuvo “un vínculo claro de origen entre él

y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional”.

Así mismo, la Corte precisó dos aspectos de suma importancia que han de tenerse en cuenta a la hora de definir la aplicabilidad o no del fuero militar.

El primero, hace referencia a que en ningún caso los delitos denominados de lesa humanidad podrán ser de conocimiento de la justicia penal militar, por la evidente contradicción que se presenta entre éstos y las funciones asignadas por la Constitución a la fuerza pública, por cuanto su ocurrencia a más de no guardar ninguna conexidad con éstas, son, en sí mismas, una transgresión a la dignidad de la persona y vulneración evidente de los derechos humanos. Por tanto, se dejó sentando que un delito de esta naturaleza, siempre ha de ser investigado por la justicia ordinaria, so pena de vulnerarse la naturaleza misma del fuero militar y, por ende, el texto constitucional.

El segundo, tiene que ver más con la dinámica del proceso, pues se determinó que en el curso de éste, deben aparecer pruebas claras sobre la relación existente entre la conducta delictiva del agente de la fuerza pública y la conexidad de ésta con el servicio que cumplía. En caso de no existir aquéllas, o duda sobre en que órgano debe radicarse la competencia, siempre habrá de discernirse ésta en favor de la justicia ordinaria.

3.4. Así, ha de aceptarse que el fuero militar y consecuentemente la justicia penal militar, son una

excepción a la regla general, según la cual la justicia penal ordinaria, integrada por la Fiscalía General de la Nación y los jueces individuales y colegiados, es la competente para investigar y sancionar a los infractores del régimen penal. Como excepción a la regla general, aquella sólo tendrá efectividad cuando no exista la más mínima duda en el sentido que debe ser ésta y no la jurisdicción ordinaria la que debe conocer de un asunto determinado.

En la misma línea, mediante providencia del 13 de febrero del 2003 (radicado 15.705), la Sala de Casación Penal explicó:

En efecto, el fuero militar previsto en el artículo 221 de la Carta Política sólo cobija a los miembros de la fuerza pública en servicio activo y exclusivamente por las conductas ilícitas relacionadas con el servicio. Al respecto no han sido pocas las oportunidades en que la jurisprudencia se ha ocupado en torno al concepto de “relación con el servicio”, el cual no puede entenderse como una conexión genérica que se presenta entre el servicio activo militar o policial y el delito que realiza quien lo presta, por el contrario, es imprescindible, determinar una “correspondencia” entre el hecho constitutivo de la infracción penal y los deberes que legalmente le competen a esos servidores públicos, dado que, los preceptos superiores imponen los límites dentro de los cuales se puede actuar en un Estado Social de Derecho.

De este modo, debe señalarse que entre las funciones propias del servicio militar y la conducta ilícita investigada, debe presentarse una relación según la cual el ilícito debe ser el producto de un ejercicio extralimitado o desviado de las funciones propias del servicio, es decir, perteneciente a ellas, situación que no se precisa en este evento, habida consideración de que la conducta ilícita que dio origen a este proceso no se desarrolló en relación con el servicio militar que

prestaba el procesado... ni como manifestación de un ejercicio desviado o excesivo del mismo, en la misión de inteligencia y contrainteligencia que le fue encomendada, según lo afirman bajo la gravedad del juramento sus superiores jerárquicos.

Es evidente, entonces, que se trata de un delito cometido por fuera de cualquier atribución o deber, dado que, el hurto calificado y agravado por el cual fue investigado, acusado y condenado en nada se aproxima a una conducta aneja al servicio.

La Corte Constitucional, al examinar la constitucionalidad del Código Penal Militar, a la luz de la nueva Carta Política sobre el fuero militar, señaló...

Conforme a la interpretación restrictiva que se impone en este campo, un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor – es decir del servicio- que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la fuerza pública (...).

(...) La expresión ‘relación con el mismo servicio’, a la vez que describe el campo de la jurisdicción penal militar, lo acota de manera inequívoca. Los delitos que se investigan y sancionan a través de esta jurisdicción no pueden ser ajenos a la esfera funcional de la fuerza pública. Los justiciables son únicamente los miembros de la fuerza pública en servicio activo, cuando cometan delitos que tengan “relación con el mismo servicio”. El término “servicio” alude a las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares -defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional- y de la policía nacional -mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica-³.

Por su parte, esta Sala de la Corte, ha señalado que la competencia castrense, de linaje constitucional sólo

se atribuye cuando el hecho que motiva el proceso ha sido realizado por un miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional en ejercicio activo de sus funciones, siempre y cuando la conducta tenga relación con el servicio militar o policial, es decir, que no basta que se trate de un militar o de un policía en servicio activo, sino que es necesario que la conducta ilícita haya sido realizada en relación con el servicio oficial a desempeñar⁴.

El 2 de octubre del 2003 (radicado 18.729) reiteró esa postura, así:

En lo que hace referencia al concepto “relación con el servicio”, la jurisprudencia ha sido reiterativa al señalar que no puede entenderse como una conexión genérica que se presenta entre el servicio activo militar o de policía y la conducta punible que realiza quien lo presta, sino que es necesario determinar una conexión entre el comportamiento constitutivo de infracción a la ley penal y los deberes que constitucional y legalmente le competen a esos servidores públicos, toda vez que tales preceptos imponen las barreras dentro de las cuales se puede actuar en un Estado Social de Derecho.

Por tanto, entre las funciones propias del servicio militar o policial y la conducta punible investigada, debe presentarse una relación según la cual el delito debe ser el producto de un ejercicio extralimitado o desviado de las funciones propias del servicio que prestan las Fuerza Armadas o la Policía Nacional.

En orden a lograr la necesaria claridad sobre el contenido y alcance del referido concepto, bien está traer a colación, como así también lo hizo el Tribunal Superior de Cúcuta, lo que sobre el particular puntualizó la Corte Constitucional cuando analizó la exequibilidad de la norma legal que desarrollaba el fuero militar.

(...)

Un criterio restrictivo como el que revela el pronunciamiento jurisprudencial que se acaba de citar, venía siendo aplicado por la Sala al interpretar el artículo 170 de la Constitución Política anterior, según criterio contenido en auto del 23 de agosto de 1989, del cual fue ponente el Magistrado Gustavo Gómez Velásquez. Más próximos son los pronunciamientos del 26 de marzo de 1996 (M.P. Jorge E. Córdoba Poveda); 21 de febrero del 2001, Rad. 12.308 (M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego); y 18 de julio del 2001, Rad. 11660 (M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote), entre otros.

El criterio del que se hace remembranza ha sido reiterado recientemente, como se puede leer en la sentencia del 6 de abril del 2006 (radicado 20.764), citada en el proyecto original.

En conclusión, para que un comportamiento humano desplegado por un miembro de las fuerzas armadas sea considerado como cometido “en relación con el servicio”, debe estar unido a éste de manera muy cercana e inmediata, de tal forma que la ilicitud sea explicada como consecuencia de la extralimitación o del desvío de la función normal y legítima.

Y, tampoco el tema ha sido ajeno a la intervención de los organismos internacionales de justicia, pues, en similar sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Sentencia del 16 de agosto de 2000 –Caso Durand y Ugarte, Perú– señaló, respecto de la jurisdicción penal militar, que esta “*ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias*”.

Asevera, de igual manera, que en un Estado democrático de Derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y encaminarse a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas

militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar⁵.

Bajo estos postulados, la Corte Interamericana considera que la aplicación de la justicia militar debe estar estrictamente reservada a militares en servicio activo y por ello, cuando la dicha jurisdicción asume competencia sobre un asunto que ha de conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. Ello por cuanto el juez encargado del conocimiento de una causa, debe ser competente, independiente e imparcial.

Los argumentos plasmados en líneas precedentes, sumados a la cauda jurisprudencial traída a colación, obliga significar absoluta coincidencia entre los pronunciamientos de esta Corporación, la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto, advierten excepcionalísimo el fuero militar, con aplicación eminentemente restrictiva –esto es, que no quepa ninguna duda de la relación entre la conducta y el servicio- y sin posibilidad de actuación de la justicia castrense cuando lo ejecutado comporta un delito de lesa humanidad.

(...)

Conforme las pautas arriba trazadas la Sala advierte que, en efecto, como lo postulan el demandante y el representante del Ministerio Público, en sus respectivos alegatos previos a la decisión que ahora se toma, la muerte de las personas al interior del bus de servicio público, la mañana del 30 de septiembre de 1985, en esta ciudad, de ninguna manera puede estimarse un acto propio del servicio, o consecuencia de él, en lo que corresponde a la Fuerza Pública y, particularmente, al agente JOSÉ MANUEL CRISTANCHO ROMERO”.

2. JUSTICIA PENAL MILITAR

Nulidad: la actuación de la justicia penal militar en asuntos ajenos a su competencia vulnera el debido proceso y el principio de juez natural

Competía a la jurisdicción ordinaria adelantar el conocimiento del asunto, en cabeza de la Fiscalía Seccional, para la fase instructiva, y un Juzgado Penal del Circuito de Bogotá en lo que atiende a la etapa enjuiciatoria.

Y esa irregularidad tiene efectos trascendentes, en punto de nulidad, como ya lo sostuvo la Corte⁶:

“No puede desconocerse que la competencia para juzgar es uno de los principios basilares del debido proceso que atañe con el principio del juez natural y la organización judicial, expresamente consagrado en el artículo 29 constitucional cuando refiere al juzgamiento ante el “juez o tribunal competente”, y esa especial connotación impide al funcionamiento judicial pasar por alto o desconocer tal requisito al asumir el conocimiento de los procesos, o adoptar en ellos decisiones, defecto que de ocurrir, tampoco puede subsanarse sino mediante la declaratoria de nulidad por incompetencia que se advierte en los artículos 304-1 y 305 del Código de Procedimiento Penal (hoy regulados de manera similar, en los artículos 306-1 y 307, de la Ley 600 de 2000, acota la Sala).

“Desde luego que la pérdida de tiempo y de actividad de la jurisdicción derivada de una invalidación es causa de natural desazón, tanto ante el riesgo de fenómenos como la prescripción –en este caso aún distante- como por la inoperancia de una justicia tardía. Más, no por esas solas consideraciones, aún siendo importantes, podría la Corte rehuir el deber oficioso de escudriñar y corregir las irregularidades sustanciales que afecten el proceso, y menos so pretexto

de la prevalencia del derecho material, pues no resulta de su arbitrio fallar a voluntad, sino dentro del más estricto ceñimiento a la ley, de la cual emanan tanto el poder coercitivo como sus precisas facultades.

Desde este punto de vista no podrá valorarse la competencia como una simple formalidad legal y menos creerse que su inobservancia se subsane con el silencio, la voluntad de los sujetos procesales, o la indiferencia de los funcionarios, pues sin ella el valor jurídico de las decisiones se verá permanentemente interferido por la ilegitimidad representada en la suplantación del juez natural, verdadero detentador del poder conferido por el Estado para juzgar. Desde otro aspecto, la tesis de que el juez de mayor jerarquía, por ser más capacitado puede asumir competencias asignadas a su inferior, no solo es arbitraria y opuesta a la ley, sino que irremediamente lleva al riesgo de abolir en la práctica toda la estructura organizativa jurisdiccional, y de paso el principio de la doble instancia.

El derecho a ser juzgado “conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”, es además una garantía de rango superior que no accidentalmente se consagra en la Carta sino de modo coherente con compromisos suscritos por Colombia en el ámbito internacional, sin que pueda válidamente sostenerse que haya dentro de la Constitución Política preceptos de mayor jerarquía (en este caso por vía de ejemplo el de la efectividad del derecho sustancial que se consagra en el artículo 228 superior) frente a otros, pues ello implicaría el desconocimiento de la naturaleza armónica de esas normas supremas y de la doctrina constitucional de invariable arraigo en nuestro derecho, según la cual todos los preceptos de la Carta se integran, complementan y sirven recíprocamente para su interpretación más adecuada y certera.

Así, entonces, mal puede sostenerse que so pretexto de la operancia del derecho sustancial sobre las formas puedan sacrificarse principios como el de legalidad, o el del juez natural, pues no resulta difícil comprender que la operancia de aquel imperativo práctico de eficacia sólo puede realizarse al interior de un proceso debido y no mediante la adopción de decisiones arbitrarias de cualquier funcionario incompetente.

“En otros términos, valga apuntar que lo importante para un Estado de derecho no es el que se emitan muchos fallos de condena, sino que éstos se produzcan con respeto pleno de los principios y las garantías constitucionales que son el presupuesto de legitimidad de las decisiones judiciales, y cuyo extrañamiento, así fuese por motivos de conveniencia o pragmatismo, tornarían el ejercicio del poder del juez en prototipo de arbitrariedad y tiranía.

Por lo tanto, de conformidad con lo dispuesto en el segundo de los apartes del artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, y sin que por lo dicho pueda entrar la Sala al estudio de la demanda presentada, procederá a casar oficiosamente la sentencia de segunda instancia, y en su lugar a declarar la nulidad de lo actuado a partir inclusive, del auto por medio del cual se declaró cerrada la etapa instructiva, previendo la remisión del expediente al funcionario que corresponda de conformidad con los artículos 120-1 y 127 del Código de Procedimiento Penal

Es esta una postura, por lo demás, que permanece inmodificable hasta el presente⁷.

No sobra anotar, que además de la ostensible vulneración al debido proceso y al principio del juez natural, también la irregularidad afectó los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, como quiera que, como lo han expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional, prohijado por

esta Sala, las garantías judiciales adquieren una connotación bilateral, esto es, se asumen válidas, en el mismo plano de igualdad, para el procesado y la víctima.

Desbordadas jurisdicción y competencia, a más de verificada la violación evidente de las garantías de seriedad e imparcialidad en la investigación, como ampliamente se anotó en precedencia, la única solución a la mano –como quiera que se trata de la violación de una garantía constitucional-, incluso de oficiosa declaración, es la de decretar la nulidad de lo actuado.

Ello, por cuanto, cabe anotar, se ha demostrado efectivamente estructurada la causal de revisión consagrada en el numeral 4° del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, vale decir, el “*incumplimiento flagrante de las obligaciones del estado de investigar seria e imparcialmente*”, la violación a los derechos a la vida, a la integridad física, a las garantías judiciales y a la protección judicial, así como la vulneración de las normas del Derecho Internacional Humanitario (artículo 3 común de los Convenios de Ginebra).

-
1. Sentencia SU-1184 de 2001.
 2. Sentencia del 25 de mayo de 2006, radicado 21923
 3. Corte Constitucional, Sentencia C-358/97.
 4. C. S. de J. Mm. PP. Drs. CÓRDOBA POVEDA, Jorge Enrique, marzo 26 de 1996 y GÓMEZ GALLEGO, Jorge Aníbal, febrero 21 de 2001.
 5. Sentencias del 18 de agosto de 2000 (Caso Cantoral Benavides – Perú), 6 de diciembre de 2001 (Caso Las Palmeras – Colombia), 5 de junio de 2004 (Caso 19 Comerciantes – Colombia), 25 de noviembre de 2004 (Caso Lori Berenson Mejía - Perú), 15 de septiembre de 2005 (Caso de la Masacre de Mapiripán – Colombia), 22 de noviembre de 2005 (Caso Palamara Iribarne –Chile), 31 de enero de 2006 (Caso de la Masacre de Pueblo Bello – Colombia), 26 de septiembre de 2006 (Caso Almonacid Arellano y otros –Chile), 29 de noviembre de 2006 (Caso La Cantuta (Perú), 11 de mayo de 2007 (caso de la Masacre de La Rochela), 4 de junio de 2007 (Caso Escué Zapata – Colombia) y 4 de julio de 2007 (Caso Zambrano Vélez y otros – Ecuador).
 6. Sentencia del 17 de abril de 1995, Radicado 8.954
 7. Véase, entre otros, Auto del 17 de agosto de 2006, Rad. 22.135.



CAPÍTULO V

**RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN CRIMINAL Y
RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR
(Posición de Garante)**

M.P. Dr. JAVIER ZAPATA ORTÍZ

Radicado 23825 – 7 de marzo de 2007

Homicidio, terrorismo, lesiones personales y rebelión

1. COAUTORÍA IMPROPIA

Desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales.

Organización criminal: sus directivos responden como coautores.

*Crimen organizado: se gesta un conocimiento y voluntad común
(grupo guerrillero)*

Se predica la coautoría, cuando plurales personas son gregarias por voluntad propia de la misma causa al margen de la ley, comparten conscientemente los fines ilícitos propuestos y están de acuerdo con los medios delictivos para lograrlos, de modo que cooperan poniendo todo de su parte para alcanzar esos cometidos, realizando cada uno las tareas que le corresponden, coordinadas por quienes desempeñen a su vez el rol de liderazgo.

En tales circunstancias, quienes así actúan, coparticipan criminalmente en calidad de *coautores*, aunque no todos concurren por sí mismos a la realización material de los delitos específicos; y son *coautores*, porque de todos ellos puede predicarse que dominan el hecho colectivo y gobiernan su propia voluntad, en la medida justa del trabajo que les correspondiere efectuar, siguiendo la división del trabajo planificada de antemano o acordada desde la ideación criminal.

En el presente caso, donde subversivos del ELN, de distintas jerarquías, sumaron sus voluntades libres para dinamitar el oleoducto cercano a Machuca, en cumplimiento de las políticas de ataque terrorista a la infraestructura petrolera, compartidas por todos ellos, es evidente que los directivos de esa organización

criminal no actuaron como *determinadores* de los ejecutores materiales, sino en calidad de *coautores*, porque no es cierto, al menos las pruebas no lo indican así, que dichos directivos hubiesen hecho nacer la idea criminal en los milicianos rasos y menos que dominaran la voluntad de éstos; pues, por el contrario, lo que se verifica razonablemente es que los guerrilleros del ELN implicados en la destrucción de la tubería desplegaron la conducta que les correspondía, con acuerdo previo, por convicción propia, por compartir las “políticas” del grupo armado ilegal, directrices que conocían y a las cuales habían adherido con antelación, en un proceso paulatino de reclutamiento, diseño de estrategias, entrenamientos, aprendizaje de doctrinas y estandarización de modos de actuar.

Mediando, como en el presente asunto, ideologías compartidas, voluntades concurrentes e intervención con aportes concretos según la división preacordada del trabajo criminal, se afirma que todos son *coautores* globalmente de la conducta delictiva realizada y responsables por sus consecuencias. No es, como suele entenderse, que cada uno sea autor sólo de la parte que le corresponde en la división del trabajo; ya que en este género de manifestaciones del crimen organizado se gesta un conocimiento común y una voluntad que también es común y por ello, el delito que recaiga en ese marco de acción, pertenece a todos como a sus autores.

Quizá, un entendimiento equivocado de esa temática, llevó al Tribunal Superior a concluir erróneamente que los integrantes del Comando Central del ELN son responsables únicamente por trazar “políticas” de ataques terroristas a la infraestructura petrolera, pero no así de las voladuras concretas de los oleoductos, que, serían atribuibles sólo a sus ejecutores. Y tal conclusión es incorrecta, porque parte de suponer que los directivos del grupo armado ilegal se limitan a trazar líneas de pensamiento político, como si ignorase que tales directrices también son de acción delictiva; y que para su materialización consiguen recursos, los administran, los adjudican a los planes operativos concretos y asignan prioridades a las

gestiones de ataque al “enemigo” o simplemente para el adoctrinamiento o la supervivencia cotidiana del grupo.

De otra parte, cuando existe división del trabajo criminal, para predicarse la *coautoría* impropia, no se requiere – como piensa el Tribunal Superior- que hasta los más mínimos detalles de las tareas que a cada uno corresponden, deban ser previamente determinados con la aquiescencia de todos.

Un “experto” en instalar artefactos explosivos no necesita recibir instrucciones minuciosas. Es más, él puede seleccionar el tiempo, modo y la ubicación que estime adecuados y no por ello desarticula el vínculo de *coautoría* con los restantes partícipes que aportaron su gestión para lograr el delito común. En ello consiste precisamente la división del trabajo según la habilidad o especialidad de cada quien, todo para lograr una finalidad ilícita compartida; ya que, si así no fuera, indistintamente cualquiera acudiría a realizar las diversas acciones, caso en el cual la intervención plural podría no ser necesaria.

6. En síntesis, como se anticipó, el Tribunal Superior de Antioquia incurrió en violación directa de la ley sustancial, porque no condenó a los procesados como coautores, a pesar de admitir que son directivos o líderes de ese grupo armado ilegal, que el Ejército de Liberación Nacional ELN tiene entre sus políticas la de atacar la infraestructura petrolera, que el grupo “*Cimarrones*” perpetró materialmente el atentado y que el incendio devastador en Machuca se produjo con la ignición del petróleo derramado.

2. AUTORÍA MEDIATA

Noción

7. Sin embargo, como se constata en las reflexiones anteriores, la Sala difiere tanto de la Procuradora 161 Judicial Penal II, como del Procurador Primero Delegado para la Casación Penal, en cuanto

ellos, en la demanda y en el concepto, respectivamente, sostienen que en este caso específico los procesados deben responder como *autores mediatos* bajo la figura de las *estructuras o aparatos organizados de poder*; y, en cambio, para la Sala de Casación Penal, la *coautoría* predicable de los procesados es simplemente *coautoría impropia*, por división del trabajo en la empresa criminal común, perteneciente por igual a los subversivos que dinamitaron a propia mano el oleoducto, como a los cuadros de mando del Ejército de Liberación Nacional y de sus frentes de combate.

Se estima preciso aclarar que en este caso no existe autoría mediata, ni hay “sujeto de atrás”, como parece sugerirlo la libelista, porque los subversivos que colocaron los explosivos en el tubo no fueron meros instrumentos del Comando Central del ELN, sino que a su vez, ellos -los que acudieron a perpetrar materialmente la detonación- desarrollaron el rol que les correspondía en su propio delito, por su voluntad consciente dirigida con conocimiento e inteligencia al logro de los fines compatibles con su propia ideología; lo hicieron por convicción política propia; sin ser “utilizados”, sin ser instrumentalizados y sin engaños. En otras palabras, también era de los militantes del grupo “Cimarrones” la estrategia político militar consistente en interrumpir por la vía de los hechos la exportación del petróleo crudo hacia los Estados Unidos.

M.P. Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
Dr. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Radicado 25889 – 26 de abril de 2007
Homicidio, secuestro agravado, terrorismo,
y concierto para delinquir

1. DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA

Miembros de las Fuerzas Militares: garantes de protección
frente a los eventuales transgresores de los derechos
fundamentales de las personas

Al analizar la situación del entonces Sargento Segundo (...) y otros procesados militares en iguales condiciones, la sentencia consideró que los delitos a ellos imputados -homicidio y secuestro agravados, terrorismo y concierto para delinquir- se avenían “de manera inobjetable a la omisión prevista en el inciso segundo del artículo 21 de la Ley 100 de 1980, en cuanto el resultado antijurídico se causó y materializó por la vía de la abstención consciente y voluntaria de no impedirlo, pudiendo hacerlo.

A esa conclusión arribó tras considerar que los miembros de las fuerzas militares son garantes de protección frente a los eventuales transgresores de los derechos fundamentales de las personas, máxime cuando los mismos prestan sus funciones en zonas de alto conflicto. Por lo tanto, cuando eluden deliberadamente el cumplimiento de esos deberes de seguridad o protección, consintiendo la producción de su lesión, o en otras palabras, no actúan permitiendo que se ocasionen resultados graves y dañinos, tales conductas de inactividad e indiferencia se colocan al margen del ordenamiento superior, y sus responsables sujetos a la sanción prevista en el delito de acción, porque el artículo 21 de la ley 100 de 1980, reproducido con mayor riqueza descriptiva en el artículo

25 de la Ley 599 de 2000, equipara, mediante un juicio de equivalencia puramente hipotético, la acción con la omisión.

Es cierto que los llamados delitos de omisión impropia o de comisión por omisión, son los que emanan del incumplimiento de las obligaciones impuestas al hombre por la Constitución y/o por la ley y que en su estructura dogmática, como lo advierte el Procurador, se considera como un tipo eminentemente abierto, en el que el deber jurídico y la posición de garante que generan la equiparación de la omisión al hacer activo descrito en un tipo penal, son elementos normativos.

No obstante, encuentra la Sala que aunque en el presente caso la imputación contra los militares involucrados, entre ellos (...) surgió, de un lado, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Constitución y la ley que les compelia a resguardar los bienes jurídicos de los pobladores de Mapiripán y sus cercanías, especialmente por la grave situación de orden público que para la época de los hechos se vivía la región, de otro, no puede desconocerse que la omisión de tales deberes se tradujo en verdaderas acciones positivas encaminadas a prestar una importante contribución para que los actos criminales planeados por el grupo armado al margen de la ley involucrado en este proceso contra la población de Mapiripán y sus alrededores, pudiera llegar a término, como en efecto ocurrió.

2. COAUTORÍA IMPROPIA

Noción

(miembros de las Fuerzas Militares)

Surge evidente el equívoco del fallador al dejar de lado el análisis de la coautoría impropia por división del trabajo criminal, pues los militares procesados y condenados en las instancias, compartieron conscientemente los fines ilícitos propuestos por el grupo de hombres armados al margen de la ley que arribaron en la

fecha de los acontecimientos a la región, y que, por supuesto, estuvieron de acuerdo con los medios delictivos para lograrlos, realizando cada uno de ellos la tarea asignada en el rol que les correspondía de acuerdo con sus funciones.

Así, por ejemplo, (...), como comandante de la unidad militar que prestaba servicios de vigilancia en el aeropuerto de San José del Guaviare, omitió cualquier control sobre el arribo de las dos aeronaves que transportaba a los paramilitares y la carga pesada, permitiendo que entraran a la pista de aterrizaje los camiones en los cuales se transportaron hasta el lugar de encuentro con otros paramilitares, y que salieran del terminal aéreo sin que fueran requeridos para el registro correspondiente. Sólo de esta manera el grupo de paramilitares que arribó al aeropuerto en cuestión pudo llegar hasta la población que había sido declarada como objetivo militar por el líder de la organización criminal.

Véase cómo esa cooperación del procesado se corresponde íntegramente con los elementos de la coautoría impropia, que de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Sala, se predica cuando plurales personas son gregarias por voluntad propia de la misma causa al margen de la ley, comparten conscientemente los fines ilícitos propuestos y están de acuerdo con los medios delictivos para lograrlos, de modo que cooperan poniendo todo de su parte para alcanzar esos cometidos, realizando cada uno las tareas que le corresponden, coordinadas por quienes desempeñen a su vez el rol de liderazgo¹.

Por lo tanto, los militares que así actuaron en este caso, coparticiparon criminalmente en calidad de coautores por acción, porque al incumplir con sus deberes permitiendo el paso de los paramilitares en la forma en que lo hicieron, colaboraron materialmente con la ejecución de la acción criminal de acuerdo al rol que cada uno desempeñaba, en lo que se vislumbra como una clara división de un trabajo criminal planificado de antemano o acordado desde su ideación, pues de no ser por esa cooperación, como se admite en el fallo demandado, nunca se habría logrado el

arribo del grupo criminal a la población de Mapiripán y menos su sometimiento en la forma como ocurrió.

De esa forma, mediaron en este caso las voluntades concurrentes de miembros de las fuerzas armadas, quienes intervinieron materialmente con aportes concretos según la división de un trabajo criminal previamente planificado y acordado, y por tanto, son coautores por acción de las conductas ejecutadas y responsables por sus consecuencias.

3. DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA

Delitos de concierto para delinquir y terrorismo

En lo que respecta al delito de concierto para delinquir, igualmente se advierte que de no ser por esa omisión deliberada de sus funciones de control, vigilancia y defensa de la población, el grupo armado involucrado no habría podido organizarse en la forma que lo hizo para cometer los actos degradadores de la dignidad humana, que son objeto de este juzgamiento, pues basta recordar que los miembros de la organización criminal llegaron de varias regiones del país, concentrándose en un punto específico cercano a una de las guarniciones militares que funcionaban en la región, para luego apoderarse por cinco días del control total del municipio azolado, concentración y permanencia que sólo fue posible gracias a la actividad de la fuerza pública.

Ahora bien, en la resolución de acusación dictada el 7 de abril de 1999, la fiscalía acusó a (...), como coautor de los delitos de concierto para delinquir, homicidio agravado, secuestro agravado y terrorismo, “al haber omitido sus deberes”, forma de participación que fue confirmada en segunda instancia bajo las siguientes consideraciones:

En cuanto a la modificación de la calificación jurídica provisional respecto de (...) y (...), considera esta

Delegada que la adecuación que hiciera el funcionario instructor está conforme a los cargos que les fueron imputados en sus indagatorias; del caudal probatorio allegado al proceso se desprende que (...), como Comandante del puesto militar ubicado en el aeropuerto de San José del Guaviare con su actuar omisivo, permitió, todo indica que previo acuerdo, que por ese sitio entraran los sujetos que iban a reforzar al grupo armado ilegal que entre el 15 y 20 de julio de 1997, masacró a varias decenas de personas en las localidades de la Cooperativa y Mapiripán (Meta). “(...) tenía la obligación jurídica de actuar, al no registrar a los pasajeros de los dos vuelos, uno comercial y otro privado, así como la carga que estos transportaban, contribuyó de esa manera a la verificación o ejecución del hecho punible investigado

De allí que aunque la acusación no hizo alusión específica al artículo 21, inciso 2º del Código Penal entonces vigente (Decreto 100 de 1980), el Juez de Primera instancia y el Tribunal, entendieron que esa forma de participación -”por omisión de deberes”- se refería a la llamada acción por omisión, y sobre esa base entraron a dictar la sentencia impugnada.

Para la Sala, lo relevante es que en el cuerpo de la resolución acusatoria se hayan especificado correctamente los fundamentos fáctico jurídicos de la coautoría impropia para los implicados, independientemente de que la participación se haya concretado a la “omisión de sus deberes”, pues, como ya se advirtió, fue ese el aporte determinante ofrecido por los procesados para alcanzar los fines buscados por la empresa criminal.

En el contexto de los presupuestos fácticos y jurídicos de la imputación, atendiendo las circunstancias que rodearon la ejecución de los hechos, no es esencial en este caso la distinción entre acción y omisión, porque, como lo advierte el Delegado, no es extraña a

la doctrina la pretensión dogmática que busca asimilar esas formas de participación en los llamados delitos de acción por omisión. En ese sentido, resulta pertinente traer a colación la puntual cita que al respecto trae el Delegado en su concepto:

Desde la perspectiva de la causación intencional, escribe Tomas S. Vives Antón, el que omite en ciertas situaciones de deber, mata como el que aprieta el gatillo. Y, de este modo, porque puede resultar causalmente equivalente a cualquier acción positiva la omisión puede adquirir un sentido de acción positivo y vulnerar, con ello, una norma prohibitiva².

La Sala comparte esta posición doctrinal, que incluso ha sido avalada por la jurisprudencia constitucional, que se refirió al punto al resolver la acción de tutela que se interpuso en relación con el conflicto de competencia que se suscitó en otro apéndice de este mismo caso, en los siguientes términos:

(...) si una persona tiene dentro de su ámbito de competencia deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos, en el juicio de imputación es totalmente accesorio precisar si los quebrantó mediante una conducta activa [...] o mediante una omisión [...]. En una grave violación a los derechos fundamentales, la conducta del garante que interviene activamente en la toma de una población, es similar a la de aquel que no presta la seguridad para que los habitantes queden en una absoluta indefensión.

(...)

Los hechos conocidos como la masacre de Mapiripán constituyen uno de los momentos más tristes de la historia colombiana. La situación de terror a la cual fue sometida la población de Mapiripán, los actos atroces de tortura general e individual, degradación

de la condición humana y homicidios, son conocidos por la opinión pública. En los antecedentes de esta sentencia se [...] da cuenta, en forma sintética - más no por ello, carente de suficiente capacidad descriptiva-, de las conductas realizadas en dicha zona del país, clasificadas como actos totalmente ajenos a cualquier sentimiento mínimo de humanidad.

Los relatos denotan la inusitada gravedad de los hechos, degradadores de manera absoluta del principio de dignidad humana y abiertamente contrario a la Constitución, además de su clarísima nota violatoria de los derechos constitucionales fundamentales de los asociados. Estas conductas, conforme a la jurisprudencia antes analizada, únicamente pueden ser objeto de investigación por parte de la jurisdicción ordinaria, por cuanto no guardan relación alguna con la misión propia de los integrantes de las fuerzas militares. En efecto, si los dos miembros de la Fuerza Pública tenían una posición de garante, que los obligaba a proteger la población, al imputárseles por omisión (comisión por omisión) las graves violaciones a los derechos humanos, es claro que se trata de un comportamiento que no tiene relación con el servicio.

Las anteriores consideraciones deberían bastar para que se hubiera dispuesto que la Fiscalía General de la Nación debía mantener la competencia para investigar la responsabilidad de (...) y (...). Sin embargo, estos oficiales no participaron directamente en tales actos de barbarie, sino que fueron vinculados al proceso penal por supuestas conductas omisivas.

[...]

Como se ha destacado antes, en Mapiripán se violó de manera flagrante el deber de respeto por la dignidad humana, por parte de un grupo que disputa el monopolio del uso de la fuerza en manos del Estado. Es decir, se violaron los principios fundamentales del

*orden constitucional, cuya preservación estaba encargada a los investigados. Su posición de garante les exigía intervenir para evitar la ocurrencia de los hechos degradadores de la humanidad y perseguir a los usurpadores del poder estatal. Debido a las gravísimas consecuencias derivadas de su omisión, no puede considerarse que exista relación alguna con el servicio (...)*³.

De este modo, la precisión terminológica que promueve la Sala en torno a la forma de participación de los procesados militares en las conductas delictivas que se juzgan, no genera una violación a la consonancia que debe existir entre la resolución de acusación y el fallo, pues ninguna repercusión tiene ello sobre el derecho a la defensa de los procesados cobijados en la acusación del 7 de abril de 1999, pues la imputación sigue siendo la misma.

-
1. Casación del 7 de marzo de 2007, radicado No. 23.825, entre otros.
 2. Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Valencia, Memorias XX Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, Página 324.
 3. Sentencia de la Corte Constitucional SU-1184 de 13 de noviembre de 2001.

**M.P. Dra. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ
DE LEMOS**

Radicado 25974 – 8 de agosto de 2007

Tentativa de homicidio agravado

1. AUTOR

Noción

Tiene la condición de autor, tanto quien realiza la conducta (autor material), como aquél que domina la voluntad de otro y lo objetiva como instrumento de su propósito criminal (autor mediato).

Se presenta cuando varios individuos mediante acuerdo previo o concomitante realizan la conducta, pero todos actualizan el verbo rector definido en el tipo, como cuando cada uno de los coautores hiere letalmente y con el propósito de causar la muerte a la víctima.

2. COAUTORÍA

Diferencia entre coautoría material propia e impropia.

La determinación y la autoría directa respecto de las conductas delictivas cometidas por integrantes de una organización criminal.

Responsabilidad de quien da la orden como de quien la acata a la luz del Código Penal vigente

En atención a que en su primera intervención, *JHON JAIRO BUITRAGO GONZÁLEZ* manifestó haber actuado en cumplimiento de órdenes impartidas por el comandante del Frente 53 de las FARC, es pertinente abordar la temática referida a la responsabilidad, tanto de quien da la orden como de quien la acata, de conformidad con los preceptos de la Ley 599 de 2000.

Para el mencionado propósito se tiene que el artículo 29 de la referida legislación dispone:

Autores. Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento”

“Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte.

También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurran en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.

El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible.

A su vez el inciso 2º del artículo 30 establece:

Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.

De los anteriores preceptos se deduce que tiene la condición de autor, tanto quien realiza la conducta (autor material), como aquél que domina la voluntad de otro y lo objetiva como instrumento de su propósito criminal (autor mediato).

También incluye el legislador la coautoría material propia y la impropia. La primera se presenta cuando varios individuos mediante acuerdo previo o concomitante realizan la conducta, pero todos actualizan el verbo rector definido en el tipo, como cuando cada uno de los coautores hiere letalmente y con el propósito de causar la muerte a la víctima.

La otra, la coautoría material impropia, tiene lugar cuando entre las personas que concurren a la comisión del delito media división de trabajo, figura también denominada “*empresa criminal*”, pues todos realizan una parte del delito, incluso algunos efectúan comportamientos objetivamente intrascendentes o atípicos, como cuando alguien finge ser víctima de un ataque dentro de las instalaciones de un banco y distrae la atención de los vigilantes, mientras sus compañeros toman poder de la situación y consiguen apropiarse ilícitamente de dinero.

A su vez, dentro de la misma preceptiva puede efectuarse un cotejo entre la determinación y la autoría mediata. En aquella se establece una relación persona a persona a partir de una orden, consejo, acuerdo de voluntades, mandato o coacción superable entre el determinador y el determinado (autor material), dado que ambos conocen de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del comportamiento realizado, pero sólo éste tiene dominio del hecho, motivo por el cual, también ambos responden penalmente de la conducta hasta la fase en que se haya cometido.

Por su parte, en la figura de la autoría mediata, entre autor mediato (también denominado “*el hombre de atrás*” o el que “*mueve los hilos*”) y ejecutor instrumental, se establece una relación persona a “*persona objetivada*” o cosa, pues se soporta en una coacción ajena insuperable, en una inducción en error o en el aprovechamiento de un error, de manera que sólo el autor mediato conoce de la tipicidad, ilicitud y culpabilidad del comportamiento, en tanto, que el ejecutor instrumental obra – salvo cuando se trata de inimputables – bajo una causal de exclusión de responsabilidad, motivo por el cual, mientras el autor mediato responde penalmente, el ejecutor instrumental, en principio, no es responsable.

En efecto, hay casos en los que el ejecutor sí responde, como ocurre cuando el autor mediato utiliza a inimputables, quienes responden penalmente al serles impuestas medidas de seguridad.

Autores como el profesor alemán Claus Roxin incluyen una tipología adicional dentro de la figura de la autoría mediata, y es aquella relativa a la condición de quien actuando como jefe de un aparato organizado de poder, imparte una orden, pues sabe que alguien de la organización – sin saber quién – la ejecutará , de modo que “*el hombre de atrás*” no necesita recurrir ni a la coacción ni a la inducción en error o al aprovechamiento de error ajeno (hipótesis tradicionales de la autoría mediata), puesto que, además, tiene certeza en que si el ejecutor designado no cumple con su tarea, otro la hará, es decir, que el autor inmediato resulta fungible y, por tanto, su propósito será cumplido.

Sobre este tema se impone recordar que recientemente la Sala en un caso que guarda algunas semejanzas con el aquí analizado puntualizó:

Se predica la coautoría, cuando plurales personas son gregarias por voluntad propia de la misma causa al margen de la ley, comparten conscientemente los fines ilícitos propuestos y están de acuerdo con los medios delictivos para lograrlos, de modo que cooperan poniendo todo de su parte para alcanzar esos cometidos, realizando cada uno las tareas que le corresponden, coordinadas por quienes desempeñen a su vez el rol de liderazgo.

En tales circunstancias, quienes así actúan, coparticipan criminalmente en calidad de coautores, aunque no todos concurren por sí mismos a la realización material de los delitos específicos; y son coautores, porque de todos ellos puede predicarse que dominan el hecho colectivo y gobiernan su propia voluntad, en la medida justa del trabajo que les correspondiere efectuar, siguiendo la división del trabajo planificada de antemano o acordada desde la ideación criminal.

En el presente caso, donde subversivos del ELN, de distintas jerarquías, sumaron sus voluntades libres para dinamitar el oleoducto cercano a Machuca, en cumplimiento de las políticas de ataque terrorista a la infraestructura petrolera, compartidas por todos ellos, es evidente que los directivos de esa organización criminal no actuaron como determinadores de los ejecutores materiales, sino en calidad de coautores, porque no es cierto, al menos las pruebas no lo indican así, que dichos directivos hubiesen hecho nacer la idea criminal en los milicianos rasos y menos que dominaran la voluntad de éstos; pues, por el contrario, lo que se verifica razonablemente es que los guerrilleros del ELN implicados en la destrucción de la tubería desplegaron la conducta que les correspondía, con acuerdo previo, por convicción propia, por compartir las ‘políticas’ del grupo armado ilegal, directrices que conocían y a las cuales habían adherido con antelación, en un proceso paulatino de reclutamiento, diseño de estrategias, entrenamientos, aprendizaje de doctrinas y estandarización de modos de actuar.

*Mediando, como en el presente asunto, ideologías compartidas, voluntades concurrentes e intervención con aportes concretos según la división preacordada del trabajo criminal, se afirma que **todos son coautores globalmente de la conducta delictiva realizada y responsables por sus consecuencias**. No es, como suele entenderse, que cada uno sea autor sólo de la parte que le corresponde en la división del trabajo; ya que en este género de manifestaciones del crimen organizado se gesta un conocimiento común y una voluntad que también es común y por ello, el delito que recaiga en ese marco de acción, pertenece a todos como a sus autores.*

Quizá, un entendimiento equivocado de esa temática, llevó al Tribunal Superior a concluir erróneamente que los integrantes del Comando Central del ELN son

responsables únicamente por trazar ‘políticas’ de ataques terroristas a la infraestructura petrolera, pero no así de las voladuras concretas de los oleoductos, que, serían atribuibles sólo a sus ejecutores. Y tal conclusión es incorrecta, porque parte de suponer que los directivos del grupo armado ilegal se limitan a trazar líneas de pensamiento político, como si ignorase que tales directrices también son de acción delictiva; y que para su materialización consiguen recursos, los administran, los adjudican a los planes operativos concretos y asignan prioridades a las gestiones de ataque al ‘enemigo’ o simplemente para el adoctrinamiento o la supervivencia cotidiana del grupo.

De otra parte, cuando existe división del trabajo criminal, para predicarse la coautoría impropia, no se requiere – como piensa el Tribunal Superior – que hasta los más mínimos detalles de las tareas que a cada uno corresponden, deban ser previamente determinados con la aquiescencia de todos.

Un ‘experto’ en instalar artefactos explosivos no necesita recibir instrucciones minuciosas. Es más, él puede seleccionar el tiempo, modo y la ubicación que estime adecuados y no por ello desarticula el vínculo de coautoría con los restantes partícipes que aportaron su gestión para lograr el delito común. En ello consiste precisamente la división del trabajo según la habilidad o especialidad de cada quien, todo para lograr una finalidad ilícita compartida; ya que, si así no fuera, indistintamente cualquiera acudiría a realizar las diversas acciones, caso en el cual la intervención plural podría no ser necesaria¹ (resaltado fuera de texto).

De lo expuesto, en punto del caso objeto de estudio observa la Sala que la orden de causar la muerte al periodista *Yamid Amat Ruiz* de Caracol, impartida por el comandante del Frente 53 de las FARC a los acusados, como acertadamente lo manifiesta la

Procuradora Delegada en su concepto, no incide de manera alguna en la declaración de su responsabilidad penal, dado que actuaron libremente y con conocimiento de la antijuridicidad de la misión dispuesta por “Romaña”, amén de que no tienen la condición de meros ejecutores instrumentales de aquél como autor mediato dentro de la concepción tradicional, pues quienes pertenecen a una organización guerrillera, como aquí se constató respecto de *JHON JAIRO BUITRAGO GONZÁLEZ*, tienen conocimiento del carácter delictivo que conlleva la ejecución de los actos dispuestos por sus jefes en la estructura de mando que tengan.

Además, respecto de los mandos o cabecillas de la organización se observa que tienen la condición de coautores, en el entendido de que los militantes de tales agrupaciones comparten no solo los ideales, sino las políticas de operación y, por ello, la responsabilidad por los hechos delictivos ordenados por las cabezas compromete en calidad de coautores, tanto a quienes los ejecutan, como a quienes los ordenaron, sin que, entonces, haya lugar a la configuración del instituto de la determinación.

(...)

Es oportuno señalar, que los críticos de la tesis de la coautoría material impropia para quienes dan la orden y los que la ejecutan, aseveran que con tal postura no se tiene en cuenta que la autoría mediata se estructura verticalmente de “*arriba abajo*”, encontrándose el autor mediato en la parte superior y el ejecutor instrumental en la parte inferior, mientras que la coautoría se organiza horizontalmente “*cara a cara*” (tareas similares y simultáneas).

Ahora, al verificar si el planteamiento anterior resulta aplicable al caso objeto de estudio, sin dificultad observa la Sala, de un lado, que no se discute aquí acerca de la responsabilidad de quien impartió la orden de ocasionar la muerte al periodista, sino la que corresponde a quienes dieron inicio a la fase ejecutiva de la

conducta encaminada a tal propósito, sin cumplir su cometido, gracias a la oportuna intervención de la autoridad policial.

Y de otro, que como ya se dilucidó en el numeral segundo de las consideraciones, en tales situaciones, la jurisprudencia de la Sala considera que quienes imparten las órdenes dentro de una de tales organizaciones tienen la condición de coautores materiales impropios por división de trabajo², y no, de autores mediatos como lo postula el profesor Roxin, de manera que ninguna incidencia tienen tales planteamientos en punto de la conducta aquí analizada.

3. TENTATIVA

Diferencia entre actos preparatorios y principio de ejecución.

Teorías subjetivas, objetivas y mixtas.

Clases de tentativa: acabada, inacabada, imposible o inidónea y la desistida

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

El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y esta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad (...).

La tentativa, entonces, supone un comportamiento doloso que ha superado las fases del *iter criminis* correspondientes a la ideación y a la preparación del delito y que ha comenzado a ejecutarse, sin conseguir la última etapa que es la consumación y, desde luego, tanto menos su agotamiento.

Por lo anterior, la doctrina insistentemente se ha ocupado de establecer criterios que permitan diferenciar entre los actos preparatorios – que salvo cuando autónomamente son considerados

delitos por el legislador, resultan impunes – de los actos ejecutivos que, a la postre, resultan sancionables en aplicación del dispositivo amplificador que se estudia.

Es así como se han propuesto, básicamente, tres clases de teorías. Son ellas, las subjetivas, las objetivas y las mixtas.

Las primeras, las teorías subjetivas, propugnan porque se indague únicamente por el plan del autor, esto es, por la intención de quien realiza la conducta, de manera que serán ejecutivos aquellos actos que según dicha planeación sean necesarios y suficientes para consumar el delito, con independencia del peligro o lesión del bien jurídico tutelado. Serán actos preparatorios los que de acuerdo con el plan del autor no se encuentren dirigidos al resultado final que pretende, aunque presten alguna utilidad.

El anterior planteamiento ha sido objeto de críticas, en la medida en que se desentiende del derecho penal de acto establecido en el artículo 29 de la Carta Política, además, porque no tiene en cuenta los principios de lesividad y antijuridicidad material.

Entre las teorías objetivas se encuentra la teoría formal objetiva, la cual plantea que la ejecución de la conducta comienza cuando se da inicio a la acción contenida en el verbo rector del tipo penal, es decir, cuando se comienza a matar, a hurtar, etc., mientras que los actos preparatorios carecen de tal condición.

Tal postura no ha tenido acogida, pues en la práctica resulta de dificultosa comprobación establecer cuándo se comienza a realizar la conducta rectora del precepto normativo, con lo cual, la pretendida distinción se torna difusa y ambigua.

También está la teoría material objetiva, según la cual, son actos ejecutivos aquellos que invaden la órbita del bien jurídico protegido y lo ponen en peligro, a la par que son actos preparatorios los que no alcanzan dicha situación riesgosa.

Este planteamiento ha sido objeto de reparos, en atención a que no define con claridad desde qué momento en la realidad puede considerarse que el bien jurídico objeto de tutela se encuentra efectivamente amenazado.

Finalmente, se han propuesto las teorías mixtas de carácter tanto objetivo como subjetivo, en virtud de las cuales se considera que para distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos, es preciso acudir mediante un juicio *ex ante*, de una parte, al plan del autor, y de otra, a la verificación de actos socialmente adecuados para asumir que el bien jurídico se encuentra realmente amenazado, con lo cual se garantiza, tanto el principio de antijuridicidad material de la conducta, como el elemento subjetivo de la misma, en cuanto requisito de la responsabilidad penal.

Concluye la Sala, que es a partir de la ponderación del plan del autor y de los actos socialmente adecuados para poner en peligro el bien jurídico, que se impone analizar en cada caso concreto si se está en presencia de actos preparatorios o ejecutivos y, con ello, constatar si se presenta o no la figura de la tentativa como dispositivo amplificador del tipo.

(...)

Oportuno resulta señalar que también la doctrina y la jurisprudencia han dicho que existen varias clases de tentativa. En el Código Penal de 1936 se distinguían la tentativa acabada, inacabada, imposible o inidónea y la desistida. En el estatuto penal de 1980 sólo aparecían las dos primeras, y en la Ley 599 de 2000 se consagraron tres clases, la tentativa acabada, la inacabada y la desistida (que guarda ciertos matices respecto de la así denominada en el Código de 1936, pero que no tiene las mismas características).

Pues bien, para el asunto objeto de estudio resulta útil señalar que la tentativa acabada se presenta cuando el agente ha realizado todos los actos que de conformidad con su plan son suficientes para

conseguir la producción del resultado pretendido, pero este no se reproduce por causas ajenas a su voluntad, como cuando dispara en múltiples ocasiones contra su víctima y consigue herirla, pero una oportuna y adecuada intervención médica logra salvarla.

Por su parte, la tentativa inacabada ocurre cuando el autor ha dado comienzo idóneo e inequívoco a la ejecución del delito, pero no ha realizado todos los actos que de acuerdo con su planeación son necesarios para que el resultado se produzca, momento en el cual el *iter criminis* se ve interrumpido por una causa ajena a su voluntad que le impide continuar.

Pues bien, efectuada la anterior precisión, considera la Sala que en este asunto se configura una tentativa inacabada del delito de homicidio agravado, pues los inculcados habían dado comienzo de ejecución al punible al realizar actos socialmente adecuados y unívocamente dirigidos a su pretensión delictiva, que se concretan en arribar al sitio, ubicar el vehículo, portar el explosivo listo para ser activado, acechar por largo tiempo a su víctima y sólo esperar el momento en que ésta abordara el automotor, para proceder a acercarse, adherir el artefacto y provocar la explosión.

Ahora, en punto del peligro efectivo para el bien jurídico es necesario expresar que la temática de la tentativa en casos como el analizado, no puede quedar simple y llanamente en la verificación físico – empírica de la proximidad de la conducta al resultado pretendido, más propia del causalismo, como si la ciencia penal no hubiera avanzado sobre el particular al abandonar la simple constatación de la relación causa – efecto, para propugnar, tanto por la exigencia de la responsabilidad subjetiva con todas las consecuencias que ello supone, conocimiento de hechos, conciencia potencial de la antijuridicidad, ausencia de error, miedo o coacción insuperables, como en la necesidad de dotar de sentido a las normas, entendidas no como simples decisiones inmotivadas y neutras del legislador, sino como preceptos dirigidos a mantener la convivencia tolerante propia de las sociedades democráticas y la confianza en

las relaciones sociales (teoría de la prevención positiva de la pena) a partir de restaurar la confianza en el derecho cuando alguien la ha defraudado, amén de interpretar las normas no solo lógicamente, sino dentro de un contexto social específico para el cual se hayan destinadas de conformidad con lo definido por la política criminal.

Y aún más, al analizar la conducta realizada por los acusados, consigue establecerse, que su proceder no correspondería simplemente al delito de porte de artefacto explosivo, en la medida en que desbordaron el peligro derivado de tal punible, dado que su conducta estaba idónea y unívocamente dirigida a quitar la vida a un periodista, es decir, comportó un riesgo real para la vida de éste, que no se concretó en su lesión efectiva, en atención a que, iniciada la ejecución del atentado, se produjo la aprehensión de quienes lo estaban realizando.

Es igualmente relevante precisar que no se trata de confundir la idoneidad del medio utilizado por los agresores con la capacidad letal del artefacto hallado en poder de *JHON JAIRO BUITRAGO*, como lo sugiere la Procuradora Delegada en su concepto, pues si bien lo primero encuentra acreditación dentro del diligenciamiento con lo manifestado por el mismo procesado en su injurada, al decir que *“la bomba (...) por dentro iba llena de explosivo TNT y cordón detonante, de alto poder, capaz de destruir cualquier vehículo y matar sus ocupantes”*, así como con lo dicho por los peritos expertos en explosivos, quienes dijeron que *“se trata de un artefacto explosivo de fabricación casera, compuesto aproximadamente por mil gramos de una sustancia amarillenta al parecer pentonita, utilizando como multiplicador trescientos cincuenta gramos aproximadamente quince (15) centímetros, con un sistema de ignición ineléctrico de acción directa (halón) (...) es un artefacto letal en un radio de acción de diez (10) metros”*, también se encuentra demostrada la idoneidad de la conducta. (resaltado fuera de texto)

En efecto, no hay duda que el comportamiento realizado por los acusados resulta idóneo e inequívocamente dirigido a causar la muerte al periodista, pues está demostrado que para realizar tal cometido fueron enviados directamente por el comandante del Frente 53 de las FARC, para lo cual recibieron un artefacto de gran poder explosivo, se reunieron en un hotel de Bogotá con otros guerrilleros y el día de su aprehensión estuvieron acechando a la víctima para colocar la bomba en su vehículo y provocar su inmediata explosión.

Por tanto, dado que no consiguieron colocar el explosivo y conseguir el resultado pretendido, en atención a que las autoridades de policía los aprehendieron al ser señalados por una llamada de la ciudadanía como individuos en actitud sospechosa, es evidente que la conducta que realizaron corresponde al comienzo de ejecución del delito de homicidio agravado por el cual fueron condenados en las instancias. Vale aquí preguntar, qué acción debía mediar entre el comportamiento de recibir instrucciones, recoger y alistar el explosivo, estar en cercanías al sitio de trabajo de la víctima esperando que esta abordara el vehículo para colocar y activar el artefacto, y el resultado muerte del periodista?

La respuesta es una sola, lo que faltó fue colocar el explosivo y retirar la espoleta, de manera que la conducta que realizaron los inculcados, como ya se dijo, corresponde al comienzo de ejecución del punible contra la vida agravado, sin que lograran, por causas ajenas a su voluntad, realizar la totalidad de actos ejecutivos necesarios para la consumación del delito, esto es, según ya se advirtió, se trata de un delito de tentativa inacabada.

1. Sentencia del 7 de marzo de 2007. Rad. 23815.

2. Partidario de esta tesis es el profesor Günther Jakobs.

M.P. Dr. AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN

Radicado 24448 – 12 de septiembre de 2007

*Homicidio con fines terroristas y concierto para delinquir
agravado*

1. POSICIÓN DE GARANTE O DEBER DE GARANTÍA

Estima la Sala que este es el que se puede denominar el ‘estado del arte’, no sin antes resaltar que, de otra parte, se tiene referencia jurisprudencial, con respecto al tema del deber de garantía o posición de garante que, sin ser el tema que nos ocupa, requiere de una especial consideración. Veamos:

En la Sentencia SU.1184/01¹, relevantes fueron los

Hechos

1. Durante los días 15 a 20 de julio de 1997, un grupo de personas que vestían prendas privativas de las fuerzas militares irrumpió en el municipio de Mapiripán, Meta. Arribaron al sitio, procedentes de San José de Guaviare, lugar al cual habían llegado por vía aérea días antes. Durante su estancia en dicho municipio “sometieron violentamente a la población de Mapiripán, impidieron el ejercicio de los derechos de locomoción y comunicación, cerraron varias oficinas públicas, interrumpieron el desenvolvimiento de las actividades normales de ese municipio y procedieron a retener, torturar y asesinar un total de 49 personas, cuyos cadáveres descuartizados en su gran mayoría fueron arrojados al Río Guaviare”². Se atribuye a dos miembros de la fuerza pública que

tenían competencia material, funcional y territorial sobre la zona (posición de garante), que frente a la agresión armada contra la población civil (situación de peligro generante del deber) no prestaron ningún tipo de ayuda (no realización de la acción esperada) cuando contaban con medios materiales para hacerlo (capacidad individual para realizar la acción). Durante los hechos, fueron informados sobre la forma como se desarrollaban en el municipio las graves violaciones a los derechos humanos (dolo o imprudencia).

Luego de la presentación de la ‘Actuación Judicial’, se hizo referencia al punto de la posición de garante, así:

La posición de garante. Deberes de seguridad en el tráfico y deberes de salvamento. Deberes originados en competencias institucionales.

La jurisprudencia de la Corte no ha considerado de manera expresa el tema de las conductas omisivas. Aunque ellas deben estar sujetas a las mismas condiciones fijadas en la sentencia C-358 de 1997, que constituye doctrina obligatoria en la materia, la Corporación estima necesario despejar cualquier duda sobre el punto.

12. La dogmática naturalista del siglo XVIII en materia penal, trató de edificar el delito de omisión sobre la base de los elementos característicos del delito de comisión. Con fundamento en el derecho liberal que surge después de la revolución francesa, Feurbach encontró que la “obligación originaria” de todo ciudadano estaba constituida por prohibiciones: no realizar conductas que pudieran ocasionar daño a terceros. Los mandatos –la obligación de realizar determinados comportamientos orientados a proteger bienes jurídicos– tenían una naturaleza excepcional,

porque en principio no se tiene el deber de iniciar acciones de salvamento a favor de otra persona. Para que ello ocurra, se requiere un “deber jurídico especial” que obligue a la evitación de determinados resultados. Los juristas del siglo XIX lo encontraron inicialmente en la ley y el contrato. Posteriormente le agregaron la injerencia (el comportamiento peligroso anterior) y las estrechas comunidades de vida. Este enfoque se caracterizó por el estudio de las fuentes formales; es decir, por determinar donde nacen los deberes jurídicos de evitación del resultado, mas no por precisar su fundamento³.

13. El énfasis hacia el estudio material de las posiciones de garante es una tarea del siglo XX, que tuvo su máximo exponente en la llamada teoría de las funciones: es la posición que ocupe el sujeto en la sociedad, independientemente del reconocimiento expreso del deber de actuar en una ley, lo que fundamenta la obligación de evitar determinados resultados. Si bien el concepto de garante, como criterio básico de equivalencia entre la acción y la omisión se debe a Nagler (1938), el principal representante de un criterio material fue Armin Kaufmann. Para él, la posición del sujeto con respecto al control de fuentes de peligro (garantes de vigilancia) o frente a bienes jurídicos que debe defender ante ciertos peligros que los amenace (garantes de protección) determina la posición de garante⁴.

14. El moderno derecho penal de orientación normativista, se caracteriza por el abandono de los criterios con base en los cuales la dogmática naturalista del siglo XIX -predominante hasta la década de 1980 en el siglo XX- edificó la teoría del delito: causalidad, evitabilidad y dolo. Actualmente, el juicio de imputación se fundamenta en la

delimitación de ámbitos de competencia: sólo se responde por las conductas o resultados que debo desarrollar o evitar en virtud de los deberes que surgen de mi ámbito de responsabilidad y que se desprenden de los alcances de la posición de garante. Lo demás – salvo los deberes generales de solidaridad que sirven de sustento a la omisión de socorro- no le concierne al sujeto, no es de su incumbencia⁵.

Desde esta perspectiva, el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar **si el sujeto era competente** para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁶. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la inevitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano.

(...)

Conclusión: si una persona tiene dentro de su ámbito de competencia deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos,

en el juicio de imputación es totalmente accesorio precisar si los quebrantó mediante una conducta activa – vg. facilitando el hecho mediante la apertura de la puerta para que ingrese el homicida- o mediante una omisión –vg. no colocando el seguro de la entrada principal⁷-. En una grave violación a los derechos fundamentales, la conducta del garante que interviene activamente en la toma de una población, es similar a la de aquel que no presta la seguridad para que los habitantes queden en una absoluta indefensión. En virtud del principio de igualdad, cuando la acción y la omisión son estructural y axiológicamente idénticas, las consecuencias deben ser análogas: Si la conducta activa es ajena al servicio, también deberá serlo el comportamiento omisivo.

2. COAUTORÍA IMPROPIA

Crimen organizado: se gesta un conocimiento y voluntad comunes (paramilitarismo)

Es relevante la reciente decisión –Sentencia de casación 23.825, del 7 de marzo de 2007, Caso Machuca-, en donde se compilan especiales precisiones sobre la coautoría con respecto al crimen organizado, así:

Mediando, como en el presenta asunto, ideologías compartidas, voluntades concurrentes e intervención con aportes concretos según la división preacordada del trabajo criminal, se afirma que todos son coautores globalmente de la conducta delictiva realizada y responsables por sus consecuencias. No es, como suele entenderse, que cada uno sea autor sólo de la parte que le corresponde en la división del trabajo; ya que en este género de manifestaciones del crimen organizado se gesta un conocimiento común y una voluntad que también es común y por ello, el delito

que recaiga en ese marco de acción, pertenece a todos como autores.

Y se referencia el desarrollo doctrinario de lo que se denomina “Estructuras o aparatos organizados de poder”, al señalarse:

Sin embargo, como se constata en las reflexiones anteriores, la Sala difiere tanto de la Procuradora 161 Judicial Penal II, como del Procurador Primero Delegado para la Casación Penal, en cuanto ellos, en la demanda y en el concepto, respectivamente, sostienen que en este caso específico los procesados deben responder como autores mediatos bajo la figura de las estructuras o aparatos organizados de poder; y, en cambio, para la Sala de Casación Penal, la coautoría predicable de los procesados es simplemente coautoría impropia, por división del trabajo en la empresa criminal común, perteneciente por igual a los subversivos que dinamitaron a propia mano el oleoducto, como a los cuadros de mando del Ejército de Liberación Nacional y de sus frentes de combate (...)

Tampoco se ha demostrado que los integrantes del Comando Central del ELN o los jefes de sus grupos o cuadrilla, hubiesen coaccionado a subversivos rasos o sin posición de mando a cometer el atentado so pena de sanciones disciplinarias; y nada indica que los autores materiales hubiesen sido instigados o presionados o actuado sin autonomía, hipótesis en la cual sería menester adentrarse en el estudio de lo atinente a la posible determinación; y si ésta llegare a desvirtuarse, entonces sí pasaría a explorarse la incidencia de las estructuras organizadas de poder,

elemento que también hace parte importante de esta presentación del “estado del arte”.

1. Sentencia SU 1184/01. de noviembre trece (13) de dos mil uno (2001). M.P. Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.
2. Resolución de la situación jurídica del Brigadier General Jaime Humberto Uscátegui Ramírez. Fiscalía General de la Nación, Unidad de derechos humanos. 20 de mayo de 1999.
3. Cfr. Jorge Fernando Perdomo. *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá. 2001. Págs. 17 y ss.
4. Cfr. Armin Kaufmann. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. (1959) Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen. 1988. Págs. 283 y ss. Siguen esta orientación, entre otros: Harro Otto. *Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre*. Vierte Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1992. Págs. 142 y ss. Enrique Bacigalupo. *Delitos improprios de omisión*. Ediciones editorial astrea. Buenos Aires. 1970. Págs. 119 y ss.
5. Cfr. Günther Jakobs. *Behandlungsabbruch auf Verlangen und § 216 StGB (Tötung auf Verlangen)*. Medizinrecht-Psychopathologie-Rechtsmedizin. Diesseits und jenseits der Grenzen von Recht und Medizin. Festschrift für Günter Schewe. Springer-Verlag. Berlin 1991. Págs. 72 y ss. Günther Jakobs. *La organización de autolesión y heterolesión especialmente en caso de muerte*. Publicado en: Estudios de Derecho Penal. UAM ediciones-Civitas. Madrid 1997. Traducción de Manuel Cancio Meliá, Enrique Peñaranda Ramos y Carlos Suárez González. Claus Roxin. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 2 Auflage. Verlag C.H Beck. München 1994. Págs. 332 y ss. Yesid Reyes Alvarado. *Imputación objetiva*. Temis. Bogotá. 1994. Págs 49 y ss.
6. Cfr. Günther Jakobs. *Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung*. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.
7. Cfr. Günther Jakobs. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (studienausgabe). “Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Págs. 212 y ss. Günther Jakobs. *La competencia por organización en el delito omisivo*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá. 1994. Traducción de Enrique Peñaranda Ramos. Págs. 11 y ss. Günther Jakobs. *La imputación penal de la acción y de la omisión*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá. 1996. Págs. 11 y ss. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Günther Jakobs. *Acción y Omisión en Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones en Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá. 2000. Págs. 7 y ss. Traducción de Luis Carlos Rey Sanfís y Javier Sánchez-Vera.

M.P. Dr. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Radicado 23898 – 30 de enero de 2008.

*Secuestro extorsivo agravado, porte ilegal de armas
de fuego de defensa personal y hurto calificado*

COAUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Teorías

Autoría mediata y coautoría

En orden a resolver el conflicto que plantea la intervención de varias personas en la realización de una conducta prohibida, la dogmática jurídicopenal hace distinción entre autoría y participación, para lo cual se ha empleado surtidas pautas de las cuales se desprenden diversas teorías, entre las que sobresalen las siguientes:

- a. La objetivo-formal, conforme con la cual es autor quien realiza el acto ejecutivo del delito.
- b. La subjetiva, fundamentada en el ánimo que el delincuente tenga en la ejecución del delito, de modo que si actúa con voluntad de autor adquiere tal condición, con prescindencia de su contribución material al delito, y si actúa con la de partícipe, adquiere esta designación con la consecuente atenuación de la punibilidad de acuerdo con el sistema jurídicopenal patrio. Dicho de otro modo, si en la ejecución del hecho, a pesar de la intervención de un número plural de sujetos, asume la conducta como propia, es autor, pero si tiene el convencimiento de que participa en un hecho ajeno, solamente será partícipe.

Sin embargo, como ha sido decantado por la jurisprudencia y la doctrina, el conocimiento del agente acerca de que los hechos en

los cuales interviene, como autor o partícipe, son constitutivos de infracción penal, no es elemento que sirva para hacer distinción de cuando se quiere el hecho como propio o ajeno, por lo que la diferencia indispensablemente debe escudriñarse en el aspecto objetivo-material de la contribución al delito, desarrollado en otras latitudes bajo el concepto de *dominio del hecho*, conforme con el cual es autor quien domina finalmente la realización del delito, abarcando las hipótesis de la autoría mediata y coautoría.

La primera hace referencia al “*hombre de atrás*” quien aprovecha la comisión del hecho de otra persona quien desconoce durante la realización del curso causal la relevancia jurídico-penal de su actuación o es compelida a realizar la conducta prohibida, respecto de quien aquél ostenta superioridad a través de la cual domina el hecho, como si lo estuviera ejecutando de propia mano.

En tanto que la segunda, representa la cooperación de varios intervinientes en la ejecución del ilícito, en quienes deben concurrir: a) la decisión común y anterior de realizar el hecho; b) la aportación objetiva de una contribución trascendente en la ejecución de la conducta delictiva y, c) que ese aporte no se encuentre en el ámbito de los actos preparatorios.

Así lo ha venido considerando la Sala de tiempo atrás, del siguiente modo:

*En tratándose de la participación criminal se parte del supuesto que la actividad de las diversas personas que intervienen en el hecho no lo ejecutan integralmente pero sí contribuyen a ese fin. Frente a la coautoría cada participante realiza, en unión con otros, la conducta típica, previa celebración de un acuerdo en virtud del cual se busca una contribución objetiva en la que cada uno tiene el **dominio del hecho** de tal manera que la tarea asumida individualmente, se torna indispensable para la total realización del plan.*

Frente a ese panorama no resulta indispensable que cada interviniente realice totalmente el hecho, como tampoco se puede responsabilizar a cada partícipe por la fracción del hecho realizada, tal como lo sugiere el libelista, porque la figura en estudio no tendría ninguna razón de ser”¹.

Criterio que ha mantenido, en los siguientes términos:

Se predica la coautoría, cuando plurales personas son gregarias por voluntad propia de la misma causa al margen de la ley, comparten conscientemente los fines ilícitos propuestos y están de acuerdo con los medios delictivos para lograrlos, de modo que cooperan poniendo todo de su parte para alcanzar esos cometidos, realizando cada uno las tareas que le corresponden, coordinadas por quienes desempeñen a su vez el rol de liderazgo.

En tales circunstancias, quienes así actúan, coparticipan criminalmente en calidad de coautores, aunque no todos concurren por sí mismos a la realización material de los delitos específicos; y son coautores, porque de todos ellos puede predicarse que dominan el hecho colectivo y gobiernan su propia voluntad, en la medida justa del trabajo que les correspondiere efectuar, siguiendo la división del trabajo planificada de antemano o acordada desde la ideación criminal.

En el presente caso, donde subversivos del ELN, de distintas jerarquías, sumaron sus voluntades libres para dinamitar el oleoducto cercano a Machuca, en cumplimiento de las políticas de ataque terrorista a la infraestructura petrolera, compartidas por todos ellos, es evidente que los directivos de esa organización criminal no actuaron como determinadores de los ejecutores materiales, sino en calidad de coautores, porque no es cierto, al menos las pruebas no lo indican

así, que dichos directivos hubiesen hecho nacer la idea criminal en los milicianos rasos y menos que dominaran la voluntad de éstos; pues, por el contrario, lo que se verifica razonablemente es que los guerrilleros del ELN implicados en la destrucción de la tubería desplegaron la conducta que les correspondía, con acuerdo previo, por convicción propia, por compartir las 'políticas' del grupo armado ilegal, directrices que conocían y a las cuales habían adherido con antelación, en un proceso paulatino de reclutamiento, diseño de estrategias, entrenamientos, aprendizaje de doctrinas y estandarización de modos de actuar”.

“Mediando, como en el presente asunto, ideologías compartidas, voluntades concurrentes e intervención con aportes concretos según la división precordada del trabajo criminal, se afirma que todos son coautores globalmente de la conducta delictiva realizada y responsables por sus consecuencias. No es, como suele entenderse, que cada uno sea autor sólo de la parte que le corresponde en la división del trabajo; ya que en este género de manifestaciones del crimen organizado se gesta un conocimiento común y una voluntad que también es común y por ello, el delito que recaiga en ese marco de acción, pertenece a todos como a sus autores”.

“Quizá, un entendimiento equivocado de esa temática, llevó al Tribunal Superior a concluir erróneamente que los integrantes del Comando Central del ELN son responsables únicamente por trazar 'políticas' de ataques terroristas a la infraestructura petrolera, pero no así de las voladuras concretas de los oleoductos, que, serían atribuibles sólo a sus ejecutores. Y tal conclusión es incorrecta, porque parte de suponer que los directivos del grupo armado ilegal se limitan a trazar líneas de pensamiento político, como si ignorase que tales directrices también son de acción delictiva;

y que para su materialización consiguen recursos, los administran, los adjudican a los planes operativos concretos y asignan prioridades a las gestiones de ataque al ‘enemigo’ o simplemente para el adoctrinamiento o la supervivencia cotidiana del grupo”.

“De otra parte, cuando existe división del trabajo criminal, para predicarse la coautoría impropia, no se requiere – como piensa el Tribunal Superior – que hasta los más mínimos detalles de las tareas que a cada uno corresponden, deban ser previamente determinados con la aquiescencia de todos”.

“Un ‘experto’ en instalar artefactos explosivos no necesita recibir instrucciones minuciosas. Es más, él puede seleccionar el tiempo, modo y la ubicación que estime adecuados y no por ello desarticula el vínculo de coautoría con los restantes partícipes que aportaron su gestión para lograr el delito común. En ello consiste precisamente la división del trabajo según la habilidad o especialidad de cada quien, todo para lograr una finalidad ilícita compartida; ya que, si así no fuera, indistintamente cualquiera acudiría a realizar las diversas acciones, caso en el cual la intervención plural podría no ser necesaria².

En el caso concreto, los defensores de MUÑOZ RENDÓN y RUBIANO CAMACHO niegan que estos sean coautores del delito de secuestro extorsivo por el que se les acusó. Así, el de aquél manifiesta que el delito atribuible es el de privación ilegal de la libertad (artículo 174 de la ley 599 de 2000), en tanto que el de éste, asiente que la privación de la libertad de locomoción de Rivera Barajas apenas constituye delito de secuestro simple.

Para demostrar las aludidas hipótesis se involucran en el análisis de los hechos escindiéndolos en dos episodios a partir de los cuales afirman que los procesados en mención, en su condición de investigadores del C.T.I. de la Fiscalía General de la Nación,

participaron en el primero, comprendido desde el momento en que el señor Rivera Barajas fue sustraído de su entorno hasta cuando se bajaron del vehículo particular que contrataron para movilizarse, en el sitio “La Violeta” de la vía que comunica a Chinchiná con Manizales, entregándolo a Camilo Grajales Flórez y desentendiéndose de su suerte.

Sin embargo, omiten los libelistas que las circunstancias en las cuales se desarrolló el suceso ilustran que, de comienzo a fin, se trató de una empresa criminal en la cual, de manera consciente y voluntaria, los codelincuentes, previo acuerdo, se distribuyeron roles en orden a obtener la producción del resultado típico, el cual se materializó desde cuando se produjo la privación de la libertad de la víctima, conservando cada uno el dominio funcional del hecho en la fase en que intervino y que la conducta ejecutada por los aludidos investigadores del C.T.I. de la Fiscalía General de la Nación, fue trascendente para la obtención del resultado perseguido.

Las pruebas recogidas en el expediente muestran que se trató de un plan concertado por los codelincuentes, en cuyo desarrollo cada uno ejecutó el rol previamente definido. Así MUÑOZ RENDÓN y RUBIANO CAMACHO en su condición de investigadores del C.T.I. con lugar de trabajo en Manizales, se trasladaron hasta la ciudad de Armenia, se presentaron en la bodega “Frutas y Verduras RR” de propiedad de Raúl Darío Rivera Barajas y simulando que actuaban en cumplimiento de sus funciones legales y reglamentarias, lo requirieron para que los acompañara con el argumento de que sería interrogado por un fiscal acerca de un hurto de ganado.

Solicitud a la cual accedió manifestando que iba a aclarar su situación porque no tenía nada que ver, sin saber que con tal argumento los procesados lo estaban sustrayendo con fines ilícitos de su órbita laboral y familiar para retenerlo en el fundo donde permaneció encadenado y bajo constante vigilancia por el término de quince días, al cabo del cual fue liberado por agentes del grupo Gaula.

De lo anterior se desprende que la participación de MUÑOZ RENDÓN y RUBIANO CAMACHO fue determinante para la ejecución del secuestro del señor Rivera Barajas y las exigencias económicas que ulteriormente le hicieron relacionadas con el supuesto hurto de ganado que de acuerdo con lo manifestado por Camilo Grajales Flórez quien fungía como administrador de la finca en la cual aquél fue confinado, se trataba de otro hecho contra el patrimonio económico en cuya consumación éste no tuvo ninguna injerencia”.

-
1. Sentencia de casación de 6 de mayo de 1998, radicación 9890
 2. Sentencia del 7 de marzo de 2007. radicación 23815, reiterada en sentencia de 8 de agosto de 2007, radicación 25974

Índice temático

A

Acción de revisión: <i>contundencia del hecho y/o prueba nueva para desvanecer los efectos de la cosa juzgada y establecer la inocencia del condenado. (Prosperidad de la causal)</i>	47
Acción de revisión: <i>efectos en relación con la cesación de procedimiento-Causal 4ª del artículo 192 de la Ley 906 de 2004</i>	248
Acción de revisión: <i>naturaleza de la acción-Diferente al recurso extraordinario de casación</i>	243
Aceptación de cargos: <i>presunto estado de anormalidad psicológica</i>	30
Análisis probatorio en revisión	260
Autor: <i>noción</i>	220
Autoría mediata: <i>noción</i>	213

B

Bloque de constitucionalidad- Respeto irrestricto a los derechos humanos- Constitucionalización del derecho penal- <i>Precisiones conceptuales de dolo, dolo específico, dolo eventual, connivencia y aquiescencia</i>	134
--	-----

C

Coautoría impropia - <i>Jefe de inteligencia los integrantes de la organización criminal responden como autores (Grupos paramilitares)</i>	34
Coautoría impropia - <i>Crimen organizado: se gesta un conocimiento y voluntad común (Paramilitarismo)</i>	232
Coautoría impropia: <i>Coadyuvancia en la consolidación del resultado integral de la acción cumplida por la empresa criminal. (Grupo guerrillero)</i>	212
Coautoría impropia: <i>desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales-Organización criminal: sus directivos responden como coautores-Crimen organizado: se gesta un conocimiento y voluntad común. (grupo guerrillero)</i>	212
Coautoría impropia: <i>noción (Miembros de las Fuerzas Militares)</i>	216
Coautoría impropia: <i>realización mancomunada de un hecho delictivo</i>	43
Coautoría y participación: <i>teorías- Autoría mediata y coautoría</i>	233
Coautoría: <i>diferencia entre coautoría material propia e impropia-La</i>	

<i>determinación y la autoría directa respecto de las conductas delictivas cometidas por integrantes de una organización criminal-Responsabilidad de quien da la orden como de quien la acata a la luz del Código Penal vigente</i>	220	D	
Colisión de competencia: <i>precisión y alcance del concepto "ley del proceso"-Excepcionalidad que permite variar la competencia ante la aparición de nuevos hechos, ello en preservación del principio constitucional de juez natural</i>	173	Debido proceso: <i>garantía constitucional que no se afecta por la ruptura de la unidad procesal como consecuencia del cierre parcial de la investigación- Nom bis in idem</i>	63
Concierto para delinquir - <i>Financiamiento del terrorismo: expedición de la Ley 1121 de 2006 responde a los requerimientos exigidos por los tratados internacionales</i>	124	Delito de rebelión - <i>Prescripción de la acción penal: situaciones que acontecen cuando se presenta la captura del procesado-Extinción de la acción penal</i>	88
Concierto para delinquir: <i>asociación para conformar grupos de justicia privada</i>	148	Delito de rebelión: <i>concepto-Efectos de la declaratoria de inexequibilidad del artículo 127 del Decreto 100 de 1980-Delitos cometidos en combate</i>	202
Coparticipación criminal: <i>uso de las reglas de la sana crítica para establecer la calidad de determinante</i>	48	Delito de rebelión: <i>el derrocamiento del gobierno nacional o la supresión del régimen constitucional vigente comportan permanencia en la actividad rebelde-Delitos de ejecución permanente</i>	88
Corte Interamericana de Derechos Humanos: <i>cumplimiento obligatorio de sus fallos por parte del Estado colombiano</i>	267	Delito de sedición: <i>los delitos cometidos por personas vinculadas a grupos paramilitares no pueden ser asimilados al concepto delito político</i>	210
Corte Interamericana de Derechos Humanos: <i>intangibilidad e inobjektividad de sus fallos</i>	269	Delito político - <i>Difiere del delito de concierto para delinquir: fundamentación desde la teoría del delito</i>	212
		Delito Político: <i>extinción de la acción penal y de la pena: Alcance de la ley 104 de 1993- Actos de</i>	

<i>ferocidad y barbarie: noción</i>	184	<i>diente de su denomina- ción jurídica</i>	61
Delitos de omisión impropia - <i>Miembros de las Fuerzas Militares: garantes de protección frente a los eventuales transgresores de los derechos fundamentales de las personas</i>	215	Derecho de defensa: <i>ponderación entre los derechos de la sociedad a la convivencia pacífica, al orden justo y a la represión de toda expresión delictiva y los derechos de los procesados a ser tratados con dignidad</i>	106
Delitos de omisión impropia: <i>delitos de concierto para delinquir y terrorismo</i>	217	Derecho Internacional Humanitario: <i>“su objeto son las víctimas de los conflictos armados y la humanización de los métodos y medios usados por los combatientes”</i>	181
Derecho de defensa material: <i>afectación cuando se impide al procesado conocer la prueba que milita en su contra</i>	105	Derecho Internacional Humanitario: <i>actos de ferocidad y barbarie- Utilización de artefactos explosivos- Delitos cometidos en combate</i>	187
Derecho de defensa técnica: <i>cuando se alega mejor condición profesional o estrategia defensiva- Actitud pasiva del defensor</i>	122	Derecho Internacional Humanitario: <i>el secuestro de civiles se encuentra proscrito en el derecho internacional humani- tario como método de guerra</i>	196
Derecho de defensa técnica: <i>distinción entre vigilancia racional y abandono de la defensa</i>	79	Derecho Internacional Humanitario: <i>involucra conflicto armado internacional o interno- Delito Político- Concurso entre los punibles de rebelión y concierto para delinquir</i>	198
Derecho de defensa técnica: <i>prohibición de designar como defensor a un servidor público en indagatoria</i>	108	Derecho Internacional Hu- manitario: <i>no tipifica los delitos ni señala las sanciones- Homicidio cometido fuera de combate</i>	191
Derecho de defensa técnica: <i>su desconocimiento no se demuestra por la diversidad de criterios estratégicos ni por la ausencia de visitas del apoderado al procesado privado de la libertad</i>	29		
Derecho de defensa: <i>derecho del sindicado a conocer la imputación fáctica en la indagatoria, indepen-</i>			

Dolo eventual: “Los directivos del ELN estaban en plena posibilidad de prever los resultados de los riesgos que crearon en Machuca, por la experiencia previa de ese grupo subversivo en otros atentados, que también arrojaron consecuencias funestas”	115	<i>del servicio” diferente al perpetrado “en relación con la función constitucional de las fuerzas militares”- Acogimiento de la sentencia C-358/97</i>	176
J			
Dolo eventual: conceptualización en el marco del derecho penal internacional	144	Justicia Penal Militar - Competencia: delito relacionado con el servicio	171
Dosificación punitiva: personalidad del agente excluido como criterio para la tasación punitiva	89	Justicia Penal Militar - Competencia: delitos típicamente militares y comunes	196
<hr/>			
E			
Extradición: protección de los derechos de las víctimas	160	Justicia Penal Militar - Juez natural: Código Penal Militar se ajusta a la política estatal de protección de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario	198
<hr/>			
F			
Fuero militar - Nulidad: incompetencia por errada interpretación del fuero militar	183	Justicia Penal Militar - Nulidad: la actuación de la justicia penal militar en asuntos ajenos a su competencia vulnera el debido proceso y el principio de juez natural	207
Fuero militar: conductas relacionadas con el servicio- Interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	187	Justicia Penal Militar - Nulidad: la actuación de la justicia penal militar en asuntos ajenos a su competencia vulnera el debido proceso y el principio de juez natural	192
Fuero militar: conductas relacionadas con el servicio- Interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	202	Justicia penal militar - Veredicto ambiguo: no se patenta a los vocales para plasmar temas ajenos al juicio	72
Fuero militar: delito cometido “con ocasión			

Justicia Penal Militar: <i>fases del proceso penal militar-Competencia del Fiscal Penal Militar para imponer medida de aseguramiento</i>	180	Prescripción de la acción penal: <i>delitos de ejecución permanente</i>	99
Justicia Penal Militar: <i>grado jurisdiccional de consulta en relación con la decisión que dispone cesar procedimiento</i>	179	Prescripción de la acción penal: <i>delitos permanentes</i> (Salvamento parcial de voto)	89
Justicia Penal Militar: <i>incompetencia funcional para el juzgamiento de civiles</i>	170	Prescripción: <i>inoperancia del término prescriptivo cuando se acude a la acción de revisión</i>	239
Justicia penal militar: <i>incongruencia de la sentencia</i>	76	Procesos por violaciones de los derechos humanos o infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario: <i>admisibilidad de la causal 4ª del artículo 192 de la Ley 906 de 2004</i>	248
Justicia penal militar: <i>noción de veredicto contradictorio, inexistente, contradictivo y ambiguo</i>	72	Procesos por violaciones de los derechos humanos o infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario: <i>admisibilidad de la causal 4ª del artículo 192 de la Ley 906 de 2004-Aplicación retroactiva de la causal por hechos acaecidos en el año de 1985</i>	248
N		<hr/>	
Nulidad: <i>Falta de competencia por el juez que dictó la sentencia- Restauración del ordenamiento jurídico para el acatamiento de los tratados internacionales en la investigación de delitos de lesa humanidad- Justicia Penal Militar: delitos cometidos con ocasión del servicio y en connivencia con grupos paramilitares</i>	56	Procesos por violaciones de los derechos humanos o infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario: <i>admisibilidad de la causal 3ª del artículo 220 de la Ley 600 de 2000-Exequibilidad de la norma (Sentencia C-004/03)</i>	264
Nulidad: <i>momento desde el cual se declara la invalidez de lo actuado</i>	255	Procuraduría General de la Nación - <i>Legitimidad del Ministerio Público: autorizado constitucionalmente para cumplir</i>	
P		<hr/>	
Posición de garante o deber de garantía	229		

<i>con las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</i>	244	<i>incorporación del Estado colombiano</i>	222
R		T	
Procuraduría General de la Nación - <i>Legitimidad del Ministerio Público: autorizado constitucionalmente para cumplir con las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos- Legitimidad del Procurador Judicial Comisionado</i>	244	Tentativa: <i>diferencia entre actos preparatorios y principio de ejecución- Teorías subjetivas, objetivas y mixtas-Clases de tentativa: acabada, inacabada, imposible o inidónea y la desistida</i>	224
		Terrorismo <i>alcance la de la expresión "causar terror"</i>	40
		Testigo con identidad reservada: <i>limitación constitucional de las declaraciones de testigos con reserva de identidad</i>	69
Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: <i>naturaleza y alcance en el ordenamiento interno</i>	248	Testigo con identidad reservada: <i>su consideración probatoria resulta violatoria de los principios de publicidad del proceso, de la imparcialidad del juez y de la contradicción de la prueba</i>	86
Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: <i>naturaleza y alcance en el ordenamiento interno</i>	152	Testimonio: <i>apreciación probatoria del testimonio de la víctima</i>	130
Recurso extraordinario de casación: <i>el juicio de legalidad de la sentencia lleva implícito la verificación de los vicios que puedan afectar derechos fundamentales o no</i>	53	V	
		Víctimas: <i>-Concepto-Protección por los estándares internacionales y el ordenamiento interno- Derecho a la verdad, justicia y reparación patrimonial</i>	233
S			
Secuestro extorsivo - <i>Fines políticos: nacionalidad de la víctima</i>	158		
Sistema Interamericano de Derechos Humanos:			

La protección de los derechos humanos a través de la jurisprudencia penal.
Corte Suprema de Justicia de Colombia se terminó de imprimir en los
talleres de Opciones Gráficas Editores Ltda, en la ciudad
de Bogotá, D.C. Colombia el 13 de diciembre de 2008

